

A Consensualidade no âmbito da Administração Pública e os Precedentes Administrativos

VIVIANE LUCI MAIA DA COSTA

Mestre em Direito – Universidade Estácio de Sá.

Técnica de Controle Externo – Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO

A presente pesquisa analisa a possibilidade da aplicação da consensualidade pela Administração Pública, tendo em vista a suposta incompatibilidade entre as prerrogativas públicas e o ambiente do consenso. Nesse sentido, não obstante a permanência das prerrogativas da Administração Pública no ordenamento jurídico, aborda-se a necessária releitura deste plexo de poderes, sobretudo em razão do seu caráter instrumental. Com efeito, a supremacia do interesse público como pedra angular do sistema jurídico administrativo merece prestígio. Contudo, o aludido fundamento da prerrogativa não consubstancia ferramenta capaz de respaldar condutas arbitrárias do administrador tampouco decisões ilegítimas, dissonantes do genuíno interesse público. Pelo contrário, a supremacia do interesse público somente encontra respaldo se efetivamente voltada para satisfação dos anseios da sociedade à luz dos princípios consagrados pelo artigo 37, *caput* da Constituição Federal. Em relação à indisponibilidade do interesse público, um novo olhar desse embasamento das prerrogativas impõe-se em razão da reconstrução do seu conceito e da indispensável tutela dos direitos fundamentais. Nessa esteira, o cabimento do consenso na seara administrativa é reconhecido com base na releitura das prerrogativas públicas, à luz do princípio da eficiência e do direito fundamental à boa administração, a fim de garantir a gestão pública proba. Desse modo, a aplicação dos precedentes no cenário da consensualidade aplicável à Administração Pública ganha relevância, notadamente em razão dos inúmeros benefícios gerados pela mudança da mentalidade litigiosa disseminada nas relações desenvolvidas entre o cidadão e o Estado-Administração em prol da cultura do consenso. A metodologia de abordagem da pesquisa será a dedutiva, amparada em revisão bibliográfica, normativa, científica e documental.

Palavras-chave: Prerrogativas públicas; Interesse público; Direito Fundamental à Boa Administração.

ABSTRACT

This research analyzes the possibility of applying consensuality by the Public Administration in Brazil, considering the alleged incompatibility between public prerogatives and the consensus environment. In this regard, despite the persistence of the Public Administration's prerogatives in the legal system, this study addresses the necessary reinterpretation of this array of powers, especially due to the instrumental nature of these prerogatives. Indeed, the supremacy of the public interest as the cornerstone of the administrative legal system deserves recognition. However, the aforementioned prerogative does not constitute a tool capable of supporting arbitrary actions by the administrator or illegitimate decisions that are inconsistent with the genuine public interest. On the contrary, the supremacy of the public interest is only justified if it effectively aims to satisfy the needs of society in light of the principles enshrined in Article 37, caput of the Federal Constitution. Regarding the unavailability of the public interest, a new perspective on the prerogative is required due to the reconstruction of the concept and the indispensable protection of fundamental rights. In this context, the admissibility of consensus in the administrative sphere is recognized based on the reinterpretation of public prerogatives, especially concerning their instrumental nature, as well as based on the principle of efficiency and the fundamental right to good administration, which presuppose a probative public management capable of managing public resources rationally and productively. In this scenario, the application of precedents in the scenario of consensuality applicable to Public Administration gains relevance due to the numerous benefits generated by the change in the litigious mentality disseminated in the relations developed between the citizen and the State-Administration in favor of the culture of consensus.

Keywords: *Public prerogatives; Public interest; Fundamental Right to Good Administration.*

1 INTRODUÇÃO

A instabilidade jurídica e o desperdício de recursos humanos e financeiros gerados pela litigiosidade exacerbada envolvendo a Administração Pública exigem a busca de mecanismos capazes de prevenir o ingresso de novas demandas junto ao Poder Judiciário, bem como propiciar a resolução célere dos processos judiciais outrora instaurados. Nesse cenário, a consensualidade surge como relevante mecanismo preventivo e extintivo de lides travadas entre o Poder Público e o indivíduo, em consonância com os valores perseguidos pela ordem jurídica brasileira, em especial no que diz respeito ao princípio da eficiência. Entretanto, em um primeiro momento, a visão clássica das prerrogativas da Administração Pública parece inibir a aplicação do consenso quando o ente público integrar um dos polos da relação jurídica.

Com efeito, persiste no espaço público uma certa desconfiança sobre as práticas consensuais sempre que presente a figura do Estado-Administração, sobretudo em razão da incidência dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade desse interesse, verdadeiros dogmas na seara administrativa. Com efeito, nota-se uma mentalidade arraigada na seara pública partindo do pressuposto de que no espaço administrativo toda vontade estatal deve prevalecer frente aos interesses individuais. Portanto, a formulação de acordo entre o Poder Público e o cidadão seria um verdadeiro contrassenso.

Contudo, a leitura das prerrogativas públicas está atrelada à unidade do sistema jurídico, do qual pode-se extrair informações relevantes para alcançar a verdadeira finalidade das prerrogativas conferidas à Administração Pública e o real significado do interesse público. Assim, a reprovação ao consenso com base nas citadas prerrogativas públicas parece precipitada, notadamente considerando que as aludidas prerrogativas públicas não têm o condão de legitimar condutas arbitrárias ou distantes do genuíno interesse público. Nessa linha, será analisado o significado adequado da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e a indisponibilidade desse interesse, assim como a possibilidade de releitura das prerrogativas da Administração Pública em relação ao indivíduo, notadamente à luz do princípio da eficiência consagrado pelo artigo 37, *caput* da Constituição Federal.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Prerrogativas Públicas

A presença do Estado-Administração na relação jurídica atrai a aplicação de regime normativo especial e, por consequência, a incidência das prerrogativas públicas, com base no princípio da supremacia do interesse público em relação ao particular e no princípio da indisponibilidade do interesse público.

Como será analisado adiante, a existência desse plexo de poderes não é um fim em si mesmo, pelo contrário, as prerrogativas públicas como por exemplo, a autoexecutoriedade e a autotutela almejam a satisfação do interesse público, e somente quando aplicadas nesse desiderato encontram legitimidade. Entretanto, a adoção da consensualidade no espaço da Administração Pública gera resistência entre os operadores do Direito, tendo em vista a suposta incompatibilidade entre as prerrogativas públicas e o ambiente do consenso. Nesse sentido, indaga-se: será que a existência das prerrogativas públicas por si só inibe a consensualidade na seara da Administração Pública?

O primeiro aspecto que merece enfrentamento diz respeito ao objetivo das prerrogativas públicas conferidas à Administração Pública, a saber: garantir a efetividade de suas decisões em prol da concretização dos interesses da sociedade.

Com efeito, a efetividade dos comandos exarados pelo Poder Público exige mecanismos que garantam a prevalência da vontade coletiva em relação ao universo individual, em que pese a necessária tutela dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Entretanto, as prerrogativas da Administração Pública não constituem um fim em si mesmo, uma vez que correspondem a instrumentos de materialização do interesse público. Nesse sentido, Juliana Bonacorsi de Palma (2010) reconhece o caráter instrumental antes comentado, ressaltando a consecução do interesse público como o objetivo a ser alcançado, nos termos a seguir colacionados:

Considerada por vários administrativistas como legítimos “instrumentos de trabalho”, as prerrogativas públicas seriam poderes meramente instrumentais conferidos à Administração Pública para viabilizar ou otimizar o desenvolvimento de suas atividades em prol da tutela do interesse público ou para garantir a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. (Palma, 2010, p. 43)

Desse modo, o caráter instrumental das prerrogativas públicas exige o devido olhar para a finalidade que respalda a sua manutenção, a saber: a satisfação do interesse público em detrimento da própria existência do aludido “poder” ou “privilégio” atribuído ao Estado. Sendo assim, a legitimidade do manejo das prerrogativas condiciona-se à existência de uma finalidade que visa alcançar o resultado favorável à coletividade. Como ressalta Juliana Bonacorsi de Palma (2010):

Toda e qualquer atividade administrativa se atrela a um escopo de utilidade pública. É a finalidade pública determinada na regra de competência que impulsiona e conforma o desenvolvimento das atividades administrativas, fator de justificação da primazia da finalidade no âmbito da atuação administrativa funcionalizada. Sob tal perspectiva, as prerrogativas seriam meramente instrumentais na medida em que condicionadas pela finalidade pública propulsora da atuação administrativa. Em relação ao fim público, portanto, tem-se a *instrumentalidade-fim* das prerrogativas públicas.

Independentemente da específica instrumentalidade que à prerrogativa se confira – satisfação do interesse público, supremacia da vontade administrativa ou eficiência – o fato é que a doutrina administrativista brasileira não considera prerrogativas desarrraigadas a um dado fim de utilidade pública. (Palma, 2010, p. 44-45)

Nesse contexto, a autora (2010, p. 44) aborda as múltiplas funcionalidades das prerrogativas públicas no plano do Direito Administrativo nacional, a saber: (i) satisfação do dever de tutela do interesse público; (ii) posição de supremacia do interesse público sobre o privado; e (iii) consecução dos seus fins (eficiência).

Em relação a temática ventilada por Bonacorsi de Palma, é cediço que a supremacia do interesse público sobre o interesse do particular, erigido como diretriz que norteia a atuação estatal, sobretudo no que diz respeito à gestão da coisa pública, gera a prevalência do interesse público nas relações travadas entre o Estado-Administração e o indivíduo enquanto cidadão, diga-se, sujeito de direitos e não mero objeto da vontade soberana. Por longo tempo, a supremacia do interesse público apresentou-se como um dogma intransponível pelos operadores do Direito para aplicação do consenso no espaço da Administração Pública.

Entretanto, a subsistência das prerrogativas públicas depende do fim para o qual ela está sendo invocada haja vista a natureza instrumental. Logo, sendo o interesse público o móvel da atuação estatal, merece aprofundamento o que de fato significa o interesse público. Em que pese a ausência de unanimidade acerca do tema, Hugo Nigro Mazzilli (2015, p. 47) leciona: “essa expressão tem sido predominantemente utilizada para alcançar o interesse de proveito social ou geral, ou

seja, o interesse da coletividade, considerada em seu todo”. Nessa vertente, o autor aborda a possibilidade de algumas decisões exaradas pelos governantes a pretexto de satisfazer o interesse público não consistirem, de fato, na melhor opção para os governados, como, por exemplo, políticas econômicas e sociais ruins, guerras, desastres fiscais e malbaratamento dos recursos públicos. Mazzilli (2015, p. 49), então, identifica o interesse público primário: como aquele que visa ao bem geral, conceituado como “o interesse social, (o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo).”.

Nesse diapasão, Fábio Medina Osório (2000) reconhece como interesse público genuíno o interesse público primário, segundo a lição colacionada *in verbis*:

A verdade é que a supremacia do interesse público sobre o privado não traduz possibilidade de arbítrio aos agentes públicos e tampouco significa que a Administração Pública possa atuar com a mesma liberdade conferida aos particulares, antes pelo contrário, traduz limitações ainda mais rígidas à atividade administrativa. Quem exerce função administrativa está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses, de outrem: a coletividade. Há deveres-poderes dos administradores públicos sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações. Nesse sentido, interesse verdadeiramente público é o interesse público primário, aquele que pertence à coletividade, independentemente do interesse eventualmente diverso da entidade pública. A observância da ordem jurídica, em última análise, traduz respeito ao interesse público primário. (Osório, 2000, p. 90)

Sendo assim, a indagação quanto à viabilidade do consenso no ambiente estatal deve afastar eventuais sofismas e pautar-se nas seguintes premissas: (i) o interesse público autêntico é o primário, ou seja, aquele que efetivamente atende aos interesses da coletividade e não aos anseios do administrador; (ii) a supremacia do interesse público sobre a esfera dos interesses privados não tem o condão de validar a atuação arbitrária do Estado-Administração, desprovida de respaldo jurídico ou com déficit de legitimidade democrática; e (iii) as prerrogativas públicas ostentam caráter instrumental e não um fim em si mesmo.

Assim sendo, Marcella Araujo da Nova Brandão (2009) aponta a transição do modelo coercitivo para o consensual, em especial no que toca à ausência de monopólio estatal quanto à fixação do interesse público, e por conseguinte o consenso e a participação ganham protagonismo:

A consensualidade pode se configurar como meio para a produção de uma conduta administrativa em que a coerção seja substituída pelo consenso; o comando pela negociação; a decisão imperativa pela persuasão; a imposição pelo acordo; a subordinação pela coordenação; e a intervenção controladora

por mecanismos descentralizados de autodireção. Há uma ideia de troca de pontos de vista na elaboração comum de soluções, na busca de uma compatibilidade de interesse. A administração não mais tem exclusividade no estabelecimento do interesse público. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

O resultado deste processo dialético é o direito consensual, que, na prática, prescinde da coerção, poder típico do Estado. Isso porque as regras que derivam do consenso coletivo possuem em seu bojo legitimidade e, por conseguinte, maior aceitação social e uma autoregulação com resultado eficiente, garantindo-lhe a sua aplicação. Ocorre, assim, o aperfeiçoamento do espírito democrático desenhado na Constituição de 1988. (Brandão, 2009, p.44).

Visto isso, percebe-se o vínculo entre a aplicação das prerrogativas públicas à satisfação do genuíno interesse público em detrimento da vontade subjetiva do administrador, a fim de garantir, em última análise, a proteção dos direitos fundamentais.

Nesse prisma impende avançar no estudo dos institutos supracitados, sobretudo à luz do princípio da eficiência e do direito fundamental à boa administração.

Com efeito, o dogma da supremacia do interesse público sobre o interesse particular merece uma releitura, sobretudo em razão da limitação do poder de império do Estado frente ao núcleo de direitos protetivos e essenciais do ser humano.

Dessa forma, a negação automática do consenso na seara administrativa não se coaduna com a Administração comprometida com os deveres de eficiência e probidade, expressamente contemplados pela ordem constitucional no artigo 37, *caput* da Constituição cidadã. A consagração expressa do princípio da eficiência pela ordem constitucional em seu artigo 37, *caput*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)” (Brasil, 1988) revela a necessidade de a atuação administrativa alcançar resultados quantitativos e qualitativos benéficos para sociedade na contramão da atuação burocrática e engessada de tempos remotos.

Desse modo, a incidência da supremacia do interesse público em relação ao particular, por si só, não tem o condão de inviabilizar a aplicação da consensualidade no campo administrativo, principalmente pelos inúmeros benefícios gerados pelo consenso no que tange à prevenção ou a resolução do litígio, o que representa, em síntese, a obtenção da pacificação social, e por conseguinte, a concretização do interesse público primário.

O princípio da legalidade é outro elemento que poderia ser suscitado como obstáculo ao implemento da consensualidade na seara da Administração Pública, pois consubstancia fator limitante do poder de império do Estado frente aos indivíduos, uma vez que cumpre ao administrador fazer apenas o que a lei determina, exceto quando há expressa previsão normativa conferindo certo grau de liberdade de conformação. Seguindo esse raciocínio, a aplicabilidade do consenso no universo da Administração Pública parece não encontrar respaldo, vez que o espaço de atuação do administrador estaria limitado pela lei, conforme revela o conceito clássico do princípio da legalidade apresentado por Hely Lopes Meirelles (2020):

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.¹

Entretanto, a concepção do princípio da legalidade vem sendo transformada, em razão da incapacidade de abarcar o campo de atuação da gestão pública, em especial no que tange às fronteiras. Sobre a temática, Marcela Araujo da Nova Brandão (2009) elucida: “O pilar do princípio da legalidade que sustentou toda a base do direito administrativo torna-se insuficiente: não basta a investidura legítima dos representantes do povo para garantir os limites e a forma de atuação da administração pública.”²

Nesse sentido, a autora aborda o perecimento da ideia de liberdade que respaldou o modelo de legalidade de Rousseau, já que o aludido princípio passou a servir como rótulo formal e desprovido de legitimidade, sobretudo diante do pluralismo das sociedades contemporâneas, nas quais se “torna praticamente impossível extrair o que seria o conceito de vontade geral. Assim, o modelo rousseauiano não mais se adequava à definição da consulta geral e abstrata protegida pelo direito ou para realizar justiça.”³

Seguindo esse raciocínio quanto à insuficiência da legalidade frente à vivência humana, impende colacionar os ensinamentos de Sérgio Guerra sobre o tema:

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 44. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020.

² BRANDÃO, Marcela Araújo da nova. *A consensualidade e a administração pública em juízo*. 2009. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito Rio, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 17.

³ *Ibidem*, p. 18.

A concepção positivista e a própria sacralização da legalidade levaram ao legalismo, ao formalismo excessivo de decretos, circulares e portarias, com a predominância da letra dos textos sobre seu espírito ou sobre a realidade dinâmica da vida. Além desses aspectos, que demonstram a crise do princípio da legalidade, tem-se, ainda, a “desvalorização” ou “esgarçamento” da lei pela inconcebível “inflação legislativa”. A ideia oitocentista de uma sociedade livre, movendo-se dentro de uma moldura legal e codificada, em textos claros, concisos e tendencialmente estáveis transformou-se pela inundação de leis e regulamentos instáveis – o mundo das incertezas jurídicas – e com frenéticas alterações. Antes mesmo de proceder à interpretação sistemática das normas, o jurista tem de transformar-se em “jurista detetive”.⁴

Diante do exposto, a discussão referente ao cabimento do consenso perpassa elementos essenciais para o deslinde da questão, a saber: a identificação do real teor dos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público no contexto do consenso e a concepção contemporânea do princípio da legalidade na ordem jurídica nacional. Em relação à questão, Marcela Araujo da Nova Brandão (2009) aborda a matéria nos seguintes moldes:

A clássica ideia da supremacia do interesse público sobre o particular não legitima a visão tradicional do princípio da legalidade como impedimento absoluto à aplicação da consensualidade na atuação administrativa. Sabino Cassese, a respeito da então supremacia do interesse público, analisa que ela deixa de ser um atributo permanente e prevalente “*e se convierte en un privilegio que debe ser concedido caso por caso por la ley. Después, supremacía e unilateralidad se substituyen por consenso y bilateralidad.*” Até porque, vale lembrar que o princípio da legalidade, mesmo considerando a legalidade estrita, sempre foi fundamento de validade da proteção do particular contra abusos do Estado. É uma proteção do direito subjetivo individual contra atos do Estado que restrinjam esses direitos.⁵

Nesse plano, denota-se a superação do posicionamento doutrinário que se contentava com a simples aplicação automática da lei pelo administrador como consequência lógica do regime jurídico de direito público, uma vez que não se mostra suficiente a mera subsunção do fato à norma jurídica para conferir legitimidade à atuação do Estado-Administração. Com efeito, a legitimidade da gestão pública pressupõe a observância das normas jurídicas, mas se condiciona à satisfação dos interesses coletivos.

A releitura da legalidade proposta por Juliana Bonacorsi de Palma (2010) esclarece:

⁴ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 130.

⁵ BRANDÃO, Marcela Araújo da Nova. *A consensualidade e a administração pública em juízo*. 2009. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito Rio, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 39.

Por muito tempo o entendimento da atuação administrativa se resumia à máxima “*administrar é aplicar a lei de ofício*”. O tradicional brocardo bem sintetiza a concepção de uma Administração simplesmente reprodutora da vontade do Parlamento, nos termos da legalidade formal. No entanto, constata-se a tendência de não limitar a função administrativa à mera realização concreta da prescrição normativa, i.e., não limitar a função administrativa a seu aspecto estrutural, mas a condicionar à satisfação concreta de finalidades públicas. Nessa medida, os efeitos práticos da atuação administrativa importam ao Direito Administrativo funcionalizado, ditado pela legalidade material, eminentemente finalística. A função do Direito Administrativo cada vez mais corresponde à prestação eficaz das competências administrativas por meio de instrumentos jurídicos adequados e com resultados concretos satisfatórios ao desenvolvimento econômico-social.⁶

Corroborando com o exposto, cabe ressaltar o olhar ampliado do princípio da legalidade no campo da discricionariedade administrativa à luz do parâmetro da juridicidade, conforme proposto por Helena Elias Pinto e Daniel Cardoso de Moraes (2014):

A legalidade da atividade administrativa passa, então, a ter uma concepção ampliada, carecendo de um caráter substancial em sua realização. Não basta agora o cumprimento dos pressupostos legais. Para se conceber a discricionariedade legítima, torna-se necessário perquirir a concreção de uma gama de princípios e valores democrático-constitucionais. Então, no lugar da legalidade formal ou estrita, passa-se a compreender uma dimensão mais alargada do princípio da legalidade, para que alcance um “status” de juridicidade, mais compatível com a concepção de legitimidade da atuação estatal. Desse modo, será legítima a atuação discricionária, não apenas se estiver respaldada em uma norma, mas se também foi guardada obediência aos princípios republicanos democráticos implícitos e expressos no ordenamento jurídico, desde o nascedouro do processo decisório até o resultado concreto. Essa é a nova concepção da legalidade da atividade administrativa no Estado Democrático de Direito. Essa é a compreensão da juridicidade como instrumento de aferição da legitimidade da atividade da Administração.

A concepção de juridicidade no Estado Democrático de Direito faz com que a Administração atue de modo a buscar a concreção dos fins constitucionais como um todo, para o fiel cumprimento dos poderes e competências outorgadas pelo povo. Não se exige mais que a Administração apenas atue nos limites e na forma estabelecida pela lei. O Estado Democrático de Direito pressupõe uma concepção mais abrangente do sentido legal, haja vista que “amplia o conteúdo de juridicidade, ao expandir o conceito de legalidade estrita do positivismo, de modo a possibilitar a inserção de novos valores dinâmicos da sociedade em sua aplicação”. Com isso, o conteúdo da juridicidade impõe, quanto à substância, a satisfação efetiva dos valores positivados, e, quanto à forma, os valores instrumentais para satisfação dos valores substantivos. Então, a legitimidade da atividade administrativa só se dará se for prestigiada a maximização dos princípios, e o cumprimento das regras constitucionais consagradoras do ideal democrático, pois a legalidade

⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 96.

“se estende aos valores que se compreendem no conceito de legitimidade democrática pós-positivista”.⁷

Isso posto, a vedação do consenso no espaço da Administração Pública em razão do princípio da legalidade não se coaduna com a atual concepção do mencionado princípio que pressupõe uma visão expandida, a fim de exigir a concretização dos valores constitucionais e não o mero enquadramento formal da regra pelo administrador. Em outras palavras, a aplicação do princípio da legalidade pressupõe a satisfação dos valores contemplados pela ordem constitucional e não mera subsunção do fato à regra formal.

Como destacado por Marcela Araujo da Nova Brandão (2009): “Assim, o mito do ‘império da lei’ como síntese de um modelo de Estado legislativo e democrático cede com a eclosão dos movimentos de valorização das constituições e de garantias individuais dos cidadãos.”.⁸ Nessa esteira, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Mariana Freitas de Souza abordam a necessidade dos atores do cenário jurídico semearem o comportamento do consenso, nos seguintes moldes:

Cabe a nós, operadores do direito, disseminar essa verdadeira cultura da pacificação, referida por Kazuo Watanabe, ressignificando o acesso à justiça, por meio da valorização da jurisdição voluntária extrajudicial e dos meios consensuais e adjudicatórios de solução de conflitos.⁹

Em relação à indisponibilidade do interesse público como fator que inviabiliza a consensualidade na seara administrativa, Marcella Araujo da Nova Brandão (2009) aduz:

Em princípio, diz-se que a administração pública defende direitos indisponíveis e sobre os quais não poderia transigir. Tal fato poderia levar à

⁷ PINTO, Helena Elias; MORAES, Daniel Cardoso de. Entre discricionariedade legítima e a arbitrariedade camuflada: os impactos dos novos paradigmas de juridicidade democrática no exercício da função administrativa. In: MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; NOHARA Irene Patrícia; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes CALDAS, Roberto (org.). Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI: Direito e Administração Pública I. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 9. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33edf41c0becd0d5>. Acesso em: 21 jun. 2024.

⁸ BRANDÃO, Marcela Araújo da Nova. *A consensualidade e a administração pública em juízo*. 2009. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito Rio, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 20.

⁹ SOUZA, Mariana Freitas de, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O tratamento legal da mediação no código de processo civil de 2015 – Lei n. 13.105/15. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samanta, JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 317-332.

conclusão de ser impossível aplicar o instituto da conciliação – no qual o consenso é essencial – a estes litígios.¹⁰

Contudo, defende a aplicação do consenso envolvendo a Administração Pública em juízo, nos motivos sintetizados assim (i) o direito do cidadão ao tempo razoável do processo, não obstante a indeterminação do conceito e da dificuldade de mensuração de densidade; (ii) garantia do acesso à justiça, em especial no que tange à abrangência material, “ou seja, a garantia à tutela jurisdicional de mérito.”¹¹; (iii) inserção da consensualidade na seara da administração como instrumento de concretização da eficiência.¹²

Diante dos alicerces mencionados, Marcela Araujo da Nova Brandão (2009) reconhece o cabimento da consensualidade, notadamente à luz da compreensão a respeito do conceito de eficiência:

O entendimento da eficiência como *comando de otimização das decisões administrativas* corresponde ao conceito mais difundido no Direito Administrativo brasileiro. Segundo essa orientação, a eficiência administrativa força o incremento da qualidade da decisão tomada pela Administração Pública, fazendo-a mais consentânea ao interesse público que visa tutelar. Além da decisão administrativa propriamente dita, o princípio da eficiência, nos termos desta proposição, incidiria também sobre o exercício da competência administrativa pela Administração ao requisitar a presença de elementos potencializadores de um procedimento mais célere e técnico, por exemplo.¹³

Quanto à indisponibilidade do interesse público, cumpre salientar os artigos 3º e 32 da Lei nº 13.140/2015, esse último calcado na regra constante do artigo 174 do Código de Processo Civil, corroboram a releitura do tema,¹⁴ conforme apontado pela doutrina.¹⁵

¹⁰ BRANDÃO, Marcela Araújo da Nova. *A consensualidade e a administração pública em juízo*. 2009. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito Rio, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009, p. 11.

¹¹ *Idem, loc. cit.*

¹² *Idem*, pp. 11-12.

¹³ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação Administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 92.

¹⁴ O artigo 3º, parágrafo 2º, que autoriza a autocomposição das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, consiste em verdadeiro divisor de águas no que diz respeito à definição dos limites objetivos do consenso a partir da espécie de direito em disputa. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Limites e Possibilidade do Acordo em Direitos Indisponíveis: exame do art. 3º, § 2º da Lei nº 13.140/2015. *In: Diálogos sobre o Código de Processo Civil: Críticas e Perspectivas*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019, p. 169-178, p. 170.

¹⁵ Para maior aprofundamento vide SOUZA, Mariana Freitas de, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O tratamento legal da mediação no código de processo civil de 2015 – Lei nº 13.105/15.

Diante dos argumentos expostos, a compatibilidade da consensualidade no espaço da Administração encontra-se demonstrada, sobretudo em decorrência da necessária releitura das prerrogativas da Administração Pública, em prol da atuação eficiente e dialógica da Administração Pública contemporânea.

2.2 O direito fundamental à boa administração pública

O reconhecimento ou a negação do direito fundamental à boa administração encontra-se atrelado ao modelo de Estado constitucional. Segundo os ensinamentos de Canotilho, “o Estado constitucional não é, nem deve ser, apenas um Estado de direito”.¹⁶ pois “Ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo”.¹⁷

Nessa linha, Canotilho vincula a organização e o exercício do poder nos moldes democráticos, visto que o princípio da soberania popular é um dos fundamentos do Estado constitucional, e o poder político deriva do “poder do cidadão”.¹⁸ Logo, o destinatário da atuação estatal é a coletividade.

Na concepção apresentada por Juarez Freitas (2010) sobre o tema, tem-se que:

O Estado Constitucional pode ser traduzido como Estado das escolhas administrativas legítimas e sustentáveis. Assim considerado, nele não se admite a discricionariedade irrestrita, intátil, desviante, imediatista. Em outras palavras, impõe-se combater os recorrentes vícios de arbitrariedade por ação ou omissão.¹⁹

Nessa toada, o autor exige a exposição dos fundamentos fáticos e jurídicos da eleição de prioridades na tomada de decisões, visto que “impõe-se uma consistente (intertemporalmente) e coerente (valorativamente) justificação das escolhas administrativas”.²⁰

Com efeito, o Estado de Direito qualificado pelo princípio democrático não é aquele em que apenas impera a legalidade estrita, pelo primado da supremacia do interesse público. O Estado Democrático de Direito demanda a legitimidade da

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 97.

¹⁷ *Ibidem*, p. 98.

¹⁸ *Ibidem*, p. 97-98.

¹⁹ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 13.

²⁰ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 13.

atividade administrativa, pelo princípio da supremacia da ordem jurídica democrática. Desse modo, para que a vontade legítima seja realizada, a atividade administrativa deverá respaldar-se não somente em uma norma específica, mas, igualmente, sintetizar e concretizar vários princípios expressos e implícitos em seu exercício. O filtro da validade da atividade administrativa será a vontade geral voltada à satisfação dos direitos fundamentais.

Em razão da dinâmica dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático, conforme assinalado por Canotilho, passa-se, agora, à análise da existência ou não de um direito fundamental à boa administração.

Marianna Montebello Willeman (2020) aborda as primícias do direito em comento e aponta a origem da noção de boa administração no direito público à construção de Maurice Hauriou em sua teoria institucionalista, quando foi associado à ideia de moralidade administrativa como critério de identificação de desvio de poder, na forma que segue:

Ao realizar uma leitura funcionalista da noção de boa administração mediante sua assimilação à moralidade administrativa, Hauriou vislumbrava como uma diretiva a guiar a administração na realização de suas funções e, assim, o autor prestou decisiva contribuição para estender o controle incidente sobre o desvio de poder para além dos limites da legalidade, ampliando assim, a utilização do recurso por excesso de poder (*recours pour excès de pouvoir*).²¹

Juarez Freitas (2010) sustenta a existência de um verdadeiro dever do Estado — dever que o obriga a “facilitar e prover acesso ao direito fundamental à boa administração pública”.²² Assim, impõe-se investigar o que seria esse direito.

Freitas considera um “lídimo plexo de direitos, regras e princípios, encartados numa síntese, ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos”.²³ Nesse sentido, ele reconhece outros direitos:

(i) direito a uma administração pública transparente, exceto nos casos em que o sigilo se mostre justificável;

(ii) direito a uma administração pública sustentável, na qual preponderam os benefícios sociais, ambientais e econômicos sobre os custos diretos e indiretos (externalidades negativas), a fim de garantir bem-estar multidimensional;

²¹ WILLEMAN, Mariana Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 95.

²² FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21.

²³ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21-22.

(iii) direito a uma administração pública dialógica, por meio do respeito ao devido processo legal, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa, com duração razoável e motivação explícita, clara e congruente;

(iv) direito a uma administração pública imparcial e desenviesada, ou seja, aquela que evita desvios cognitivos, não praticando discriminação negativa e, ao mesmo tempo, promovendo discriminações inversas ou positivas, com o fito de reduzir as desigualdades;

(v) direito a uma administração pública proba, que diz respeito a uma conduta ética universal;

(vi) direito a uma administração pública respeitadora da legalidade temperada, visto que contrária à “absolutização irrefletida das regras”;²⁴

(vii) direito a uma administração pública preventiva, precavida e eficaz, pois comprometida com resultados positivos de qualidade de vida por extenso período.

Na visão de Juarez Freitas (2010), “O Estado Democrático, em sua crescente afirmação (nem sempre linear) da cidadania, tem o compromisso de facilitar e prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública (...)”.²⁵ Nesse contexto, o autor fornece o seguinte conceito acerca do direito fundamental à boa administração pública:

(...) trata-se do direito fundamental à boa administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades.²⁶

Em relação à natureza fundamental desse direito, quando se olha para os ensinamentos de Canotilho, que identifica como requisito para o exercício da democracia a observância de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral), bem como a legitimidade popular como elemento de validade do exercício do poder estatal, surgem fortes indícios para se enquadrar o direito à boa administração na categoria dos direitos fundamentais.

²⁴ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 22.

²⁵ *Ibidem*, p. 21.

²⁶ *Ibidem*.

No âmbito da normatização transfronteiriça, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, aprovada em Nice, em 7 de setembro de 2000, traz no artigo 41º o direito à boa administração e impõe aos organismos públicos a observância de princípios que carregam os valores essenciais para gestão pública proba e eficiente.²⁷

Juliana Ferraz Coutinho (2018b) identifica a previsão do dever de boa administração no artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: “reconduzível entre nós a um conjunto de normas fundamentais e primárias que impõe o cumprimento, de forma eficiente e eficaz, do interesse público (...)”.²⁸

A autora condiciona a existência da boa administração à racionalização das decisões administrativas, em especial no que se refere ao atendimento aos princípios da igualdade, imparcialidade, transparência na prossecução do interesse público, ressaltando a necessidade de proteção do particular de uma má administração. Na concepção de Coutinho,

a ideia de boa administração evoluiu com a Administração Pública e com a cultura de organização, e numa Administração Pública de resultado, embora não deixe de se reconduzir aos princípios gerais da atuação administrativa, tem um sentido mais amplo e ambicioso – impõe uma prossecução otimizada, isto é, segundo critérios de eficiência e eficácia, do interesse público, que se estende ao desenho organizativo, vinculando o legislador na elaboração das normas de organização e a Administração na tomada de opções organizativas.²⁹

Dessa forma, cumpre trazer os benefícios promovidos pela aplicação da consensualidade na órbita administrativa, tanto no campo preventivo como no espaço judicial, a saber: (i) redução dos custos pela movimentação da máquina administrativa,

²⁷Artigo 41º: 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte (*sic*) desfavoravelmente, o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua. (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. 7 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C.2007.303.01.0001.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2007%3A303%3ATOC>. Acesso em: 15 set. 2024.

²⁸ COUTINHO, Juliana Ferraz. *O público e o privado na organização administrativa*: da relevância do sujeito à especialidade da função. Coimbra: Almedina, 2018b. p.134.

²⁹ COUTINHO, Juliana Ferraz. *O público e o privado na organização administrativa*: da relevância do sujeito à especialidade da função. Coimbra: Almedina, 2018b. p. 134-35.

incluída a força de trabalho empregada para a solução das demandas; (ii) desenvolvimento da cultura do consenso em detrimento da mentalidade do litígio; (iii) fortalecimento da isonomia material; (iv) celeridade; (v) construção do processo administrativo compatível com o modelo cooperativo e dialógico; e (vi) concretização do direito fundamental à boa administração.

À vista disso, nota-se a estreita ligação entre o cumprimento do direito fundamental à boa administração e o consensualismo, pois o atendimento daquele direito encontra-se condicionado aos resultados obtidos pela gestão da coisa pública, segundo os parâmetros da legitimidade, economicidade e probidade.

Isso posto, é indubitável a relação de dependência entre os anseios ínsitos ao direito fundamental à boa administração e os resultados obtidos mediante a aplicação do consenso no cenário da Administração Pública, sobretudo no que diz respeito ao cumprimento do princípio da eficiência previsto pelo artigo 37, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil.

2.3 A aplicação dos precedentes administrativos na esfera consensual

Os tópicos anteriores abordaram os fundamentos que revelam a compatibilidade do consenso junto ao ambiente da Administração Pública. Desse modo, cumpre avançar e examinar a possibilidade do emprego de precedentes administrativos na esfera da consensualidade. Nessa ótica, impende trazer o questionamento formulado por Alysson Paulo Melo de Souza sobre a matéria:

“Seria possível estabelecer uma relação entre precedentes administrativos e a consensualidade administrativa? Sendo mais preciso: um precedente administrativo pode resultar, entre outros aspectos, de uma atuação administrativa consensual?”³⁰

Nessa perspectiva, Souza extrai os elementos nucleares do conceito de precedente administrativo: (i) norma jurídica que encontra o fundamento de validade em outra norma; (ii) existência de uma decisão administrativa prévia e vinculante.

Em relação ao conceito de precedente administrativo, Gustavo Marinho de Carvalho (2016) elucida:

³⁰ VALE, Luís Manoel Borges do; OLIVEIRA, Rafael Carvalho de Rezende. *Por uma Teoria dos Precedentes Administrativos*. Salvador: JusPodivm, 2022. p.15.

Precedente administrativo é a norma jurídica extraída por indução de um ato administrativo individual e concreto, do tipo decisório, ampliativo ou restritivo da esfera jurídica dos administrados, e que vincula o comportamento da Administração Pública para todos os casos posteriores e substancialmente similares. Em outras palavras: casos substancialmente similares deverão ter a mesma solução jurídica por parte da Administração Pública.³¹

A doutrina,³² quando analisa a decisão administrativa que origina o precedente, salienta o seu caráter concretista, uma vez que é deflagrada por uma situação concreta, bem como ressalta a convergência dessa decisão com o interesse público. Outro traço levantado por Luís Manoel Borges do Vale consiste na diferença entre o precedente administrativo e a jurisprudência administrativa, nos termos colacionados a seguir:

Desse modo, não é possível confundir o precedente administrativo com a jurisprudência administrativa, na medida em que, como delineia Michele Taruffo, a jurisprudência pressupõe um conjunto reiterado de decisões em um mesmo sentido, enquanto o precedente é oriundo de um pronunciamento administrativo único com viés paradigmático.³³

Nessa toada, não há óbice para que a construção do precedente administrativo ocorra a partir da atuação consensual da Administração Pública junto ao particular, pelo contrário, a legitimidade democrática será prestigiada justamente pela ampla participação do indivíduo, diga-se, sujeito de direitos, na formação daquele precedente administrativo. Não se olvide a carga participativa que o consenso fornece às partes envolvidas em consonância com o direito de influência, ínsito ao contraditório efetivo.

Portanto, o emprego dos precedentes administrativos promove inúmeros benefícios à máquina administrativa: (i) inibe a judicialização das controvérsias entre indivíduos e o Estado-Administração, e assim, evita-se o dispêndio suportado pelo erário, com base no princípio da eficiência, segundo o disposto no art.37, *caput* da Constituição Federal³⁴; (ii) reduz os custos pela movimentação da máquina administrativa; (iii) fortalece a ideia do consenso em detrimento da mentalidade belicosa; (iv) preserva a isonomia material; (v) contribui para a razoável duração do processo administrativo; (vi) atua na construção do processo administrativo

³¹ CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no Direito brasileiro*. São Paulo: Contra Corrente, 2016. p.121.

³² VALE, Luís Manoel Borges do; OLIVEIRA, Rafael Carvalho de Rezende. *Por uma Teoria dos Precedentes Administrativos*. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 18-19.

³³ *Ibidem*, p. 107.

³⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jan. 2022.

compatível com o modelo cooperativo e dialógico da Administração Pública contemporânea.

Gustavo Marinho de Carvalho (2016), ao abordar as vantagens de se empregarem os precedentes administrativos e de se analisar sua operatividade, registra o principal alicerce dos precedentes administrativos, assim como dos precedentes judiciais: o dever de conceder tratamento igualitário aos cidadãos no momento da aplicação de uma lei ou de qualquer outra norma jurídica. Em suas palavras:

Este verdadeiro dever de aplicação *in concreto* do princípio da igualdade, de uniformização da atuação administrativa, garante à Administração Pública maior *credibilidade*, robustece o senso de *justiça* nas pessoas e as torna mais confiantes na *veracidade* do conteúdo das decisões tomadas.³⁵

Carvalho finaliza apresentando as vantagens para a Administração Pública da utilização dos precedentes administrativos: “(i) incremento de sua credibilidade perante os administrados; (ii) melhoria da qualidade das decisões tomadas; (iii) celeridade na tomada de decisões; (iv) combate à corrupção.”³⁶

Nesse contexto, o autor apresenta na conclusão da sua obra uma síntese dos principais fundamentos para a aplicação dos precedentes na esfera administrativa, dentre os quais destaca-se a natureza de norma jurídica e a eficácia vinculante decorrente dos princípios da igualdade, segurança jurídica, boa-fé, eficiência, bem como da interpretação do artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, e do artigo 50, inciso VII, ambos da Lei de Processo Administrativo Federal.³⁷

Quanto à previsão expressa da consensualidade na seara administrativa podemos rememorar a desapropriação prevista pelo artigo 10-B do Decreto-lei nº 3.365/41, alterado pela Lei nº 13.867, de 2019 e o artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que nasce como verdadeira cláusula geral para promover o consenso no espaço da Administração Pública, o qual desponta como relevante embasamento normativo de legitimação da consensualidade nas relações travadas entre o Estado-Administração e o particular, a fim de garantir a segurança jurídica a essas relações.

³⁵ CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no Direito brasileiro*. São Paulo: Contra Corrente, 2016. p. 181.

³⁶ CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no Direito brasileiro*. São Paulo: Contra Corrente, 2016. p. 193.

³⁷ *Ibidem*, p.191.

Nesse universo do consenso, vale mencionar o conceito de mediação trazido pelo parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 13.140/15, o qual considera mediação a “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia³⁸”, bem como os princípios aplicáveis no que concerne a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, nos termos dos incisos I ao VII do artigo 2º do Diploma citado, a saber: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade e boa-fé.

Cumprido salientar a necessidade de releitura do princípio da confidencialidade, notadamente em razão do dever de transparência dos atos praticados pela Administração Pública, tendo em vista o princípio da publicidade insculpido no art. 37, CF, ressalvadas as hipóteses cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, CF, e art. 3º, I, e 27 da L. 12.527/2011).³⁹Sobre o assunto, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Patrícia Elael Nunes suscitam “um ponto sensível, no que permite a atividade de conciliar o dever de sigilo e o princípio da publicidade dos atos públicos, que é típico do Poder Público, como prevê a Constituição federal de 1988, em seu art. 37, caput.”⁴⁰Nessa seara, a doutrina leciona:

Já no tocante ao princípio da confidencialidade e a Administração Pública há um ponto sensível, no que permite a atividade de conciliar o dever de sigilo e o princípio da publicidade dos atos públicos, que é típico do poder público, como prevê a Constituição federal de 1988, em seu art. 37, caput. Além disso, a Lei de Acesso à Informação, nº 12.527/2011, que regulamenta o direito constitucional do cidadão solicitar e receber dos órgãos públicos e de todos os entes e Poderes, informações públicas por eles produzidas ou custodiadas, prescreve o sigilo como exceção, definindo o que é informação sigilosa. A doutrina majoritária defende que, quando houver mediação com pessoa jurídica de direito público, o procedimento não deverá seguir as regras da confidencialidade, pois há prevalência do interesse público na publicidade

³⁸ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm.

³⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina; QUEIROZ, Pedro Gomes. As Garantias Fundamentais do Processo e o Instituto da mediação judicial: pontos de tensão e de acomodação. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3, n. 5, p. 849-913, 2017.

⁴⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina; NUNES, Patrícia Elael. A Confidencialidade e suas Peculiaridades no Procedimento de Mediação Envolvendo a Fazenda Pública. [S. l.]: Academia, 2017, p. 9.

das informações obtidas, em detrimento do interesse no acordo sobre o litígio que envolva a administração pública.⁴¹

Ainda no ambiente legislativo merece destaque o Termo de Ajustamento de Gestão previsto pelo artigo 11⁴² do decreto nº 9.830/19⁴³ como instrumento adequado para a correção de falhas detectadas pelas instâncias de controle, a fim de viabilizar o aprimoramento dos procedimentos e assim a satisfação do interesse público.

Com efeito, a expressa previsão do aludido instrumento denota o avanço do Direito Administrativo contemporâneo rumo à mentalidade do consenso no espaço da gestão pública, pois representa ferramenta de atuação democrática dos Tribunais de Contas.

No que toca às esferas de controle, cabe salientar a edição da Instrução Normativa-TCU nº 91/22, alterada pela instrução normativa nº 97, de 27 de março de 2024⁴⁴, trazendo expressamente, a aplicação de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal nos procedimentos desenvolvidos no âmbito do Tribunal de Contas da União, não obstante o questionamento judicial a respeito da matéria.⁴⁵

Nessa linha de raciocínio, Levy Castro Filho e Vanessa Reis (2021) examinam a adoção de instrumentos consensuais pelos Tribunais de Contas, em especial a Mediação e a Arbitragem no seguinte sentido:

⁴¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina; NUNES, Patrícia Elael. A Confidencialidade e suas Peculiaridades no Procedimento de Mediação Envolvendo a Fazenda Pública. [S. l.]: Academia, 2017, p. 9.

⁴² Art. 11. Poderá ser celebrado termo de ajustamento de gestão entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública com a finalidade de corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral.

§ 1º A decisão de celebrar o termo de ajustamento de gestão será motivada na forma do disposto no art. 2º.

§ 2º Não será celebrado termo de ajustamento de gestão na hipótese de ocorrência de dano ao erário praticado por agentes públicos que agirem com dolo ou erro grosseiro.

§ 3º A assinatura de termo de ajustamento de gestão será comunicada ao órgão central do sistema de controle interno.

⁴³ BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9830.htm. Acesso em: 16 set. 2024.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 97, de 27 de março de 2024. Altera a Instrução Normativa-TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022, a qual institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/DF Nº 1183. Relator: Ministro Edson Fachin, julgado em 1º out. 2024. Controle abstrato. Instrução Normativa n. 91/2022, do Tribunal de Contas da União. Solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública.

O fato é que a Administração Pública não pode ficar à margem do atual momento de transformação, e a participação dos Tribunais de Contas nesse cenário colaborativo de mudanças é fundamental para o aperfeiçoamento dos instrumentos ora abordados que, em muito, podem contribuir para a proteção do interesse público, prestigiando a segurança jurídica das questões legitimamente escolhidas pelas partes.⁴⁶

Sendo assim, salienta-se a aplicabilidade da via consensual não somente pela Administração Pública, mas sobretudo junto às instâncias de controle da gestão pública, a fim de conferir às instituições republicanas por excelência, a possibilidade de fiscalizar o trato da coisa pública e empregar o consenso como mecanismo preventivo da judicialização das questões submetidas ao seu crivo. Desse modo, a ampliação dos instrumentos consensuais contribuirá para que a prestação jurisdicional seja efetivada nos casos em que a via do consenso não seja possível, em consonância com o princípio da eficiência previsto pelo artigo 37, *caput* da Constituição Federal.

3 CONCLUSÃO

A ideia do consenso no cenário da Administração Pública, em um primeiro momento, pode ensejar dúvidas quanto ao seu cabimento, sobretudo em razão dos dogmas da supremacia do interesse público e da indisponibilidade desse interesse.

Contudo, não obstante a relevância do regime jurídico especial que respalda as prerrogativas públicas para a satisfação dos genuínos anseios coletivos, impõem-se a necessária releitura deste plexo de direitos, notadamente em razão do caráter instrumental das prerrogativas, da prevalência dos direitos fundamentais perante à ordem constitucional, da incidência do princípio da eficiência contemplado pelo artigo 37, *caput* do texto constitucional e do direito fundamental à boa administração.

Sendo assim, uma vez superada a visão obsoleta quanto ao real sentido da manutenção das prerrogativas públicas junto ao ordenamento jurídico brasileiro, o consenso desponta como mecanismo relevante para a gestão administrativa proba e eficiente, principalmente pelos benefícios gerados para a satisfação do interesse público primário, a saber: i) desenvolvimento da cultura do consenso em detrimento

⁴⁶ CASTRO FILHO, Levy Pinto de; CARVALHO, Vanessa Cerqueira Reis de. Mediação, Arbitragem & Tribunais de Contas: Reflexões e Propostas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 26, 2021.

da mentalidade do litígio; (ii) redução dos recursos financeiros e humanos na solução dos conflitos entre o Estado-Administração e o particular; (iii) fortalecimento da isonomia material em convergência com o Estado Democrático de Direito; (iv) contribuição para duração razoável do processo administrativo, em especial quanto à celeridade na solução das controvérsias envolvendo o Poder Público e o indivíduo, incluído o espaço das instâncias de controle; (v) construção do processo administrativo compatível com o modelo cooperativo e dialógico; e (vi) concretização do direito fundamental à boa administração.

Assim, a aplicação dos precedentes administrativos no campo da consensualidade - ao conferir a mesma solução jurídica por parte da Administração Pública em casos substancialmente similares - concretiza, em última análise, a garantia de acesso à ordem jurídica administrativa justa, quando viabiliza o tratamento isonômico entre os particulares e produz a necessária segurança jurídica às relações desenvolvidas pelo Estado-Administração.

Desse modo, a evolução do Direito Administrativo imperativo e adversarial, calcado na cultura da litigiosidade, com base na mentalidade belicosa, que gera grandes prejuízos financeiros e extrapatrimoniais às instituições, exige uma inadiável mudança de paradigma.

Logo, a aplicação dos precedentes administrativos no campo da consensualidade, constitui mecanismo adequado e em consonância com o princípio da eficiência consagrado pela ordem constitucional, nos termos do artigo 37, *caput*, pois viabiliza a concretização do direito fundamental à boa administração, sobretudo no que diz respeito aos anseios por uma gestão pública proba e eficiente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2025]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/decreto/d9830.htm. Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1.183/DF**. Relator: Ministro Edson Fachin, julgado em 1º out. 2024. Controle abstrato. Instrução Normativa n. 91/2022, do Tribunal de Contas da União. Solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública. Disponível em: <https://atrimon.org.br/wp-content/uploads/2024/07/ADPF-1183-Parecer-PGR.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2025.

BRANDÃO, Marcela Araújo da nova. **A consensualidade e a administração pública em juízo**. 2009. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito Rio, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/ac0013d3-9663-473f-8671-a7262bef07e4>. Acesso em: 21 dez. 2025.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. 7 de dezembro de 2000. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2007.303.01.0001.01.POR&toc=OJ%3AC%3A2007%3A303%3ATOC. Acesso em: 15 set. 2024.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no Direito brasileiro**. São Paulo: Contra Corrente, 2016.

CASTRO FILHO, Levy Pinto de; CARVALHO, Vanessa Cerqueira Reis de. Mediação, arbitragem & Tribunais de Contas: reflexões e propostas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 18-27, 2021.

COUTINHO, Juliana Ferraz. Introdução. *In*: COUTINHO, Juliana Ferraz; Ricardo PERLINGEIRO (org.). **Direito administrativo de garantia**: contributos sobre os mecanismos de proteção dos administrados. Porto: Biblioteca Red, 2018a.

COUTINHO, Juliana Ferraz. **O público e o privado na organização administrativa**: da relevância do sujeito à especialidade da função. Coimbra: Almedina, 2018b.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, cultural, patrimônio público e outros interesses. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Malheiros, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro?. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 69-107, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>. Acesso em: 21 dez. 2025.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; QUEIROZ, Pedro Gomes. As garantias fundamentais do processo e o instituto da mediação judicial: pontos de tensão e de acomodação. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Portugal, ano 3, n. 5, p. 849-904, 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/5/2017_05_0849_0913.pdf. Acesso em: 21 dez. 2025.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina; NUNES, Patrícia Elael. **A confidencialidade e suas peculiaridades no procedimento de mediação envolvendo a fazenda pública**. [S. l.]: Academia, 2017. p. 9. Disponível em: https://www.academia.edu/36470896/A_CONFIDENCIALIDADE_E_SUAS_PECULIARIDADES_NO_PROCEDIMENTO_DE_MEDIAC_A_O_ENVOLVENDO_A_FAZEND_A_PU_BLICA_13122017.docx. Acesso em: 21 dez. 2025.

PINTO, Helena Elias; MORAES, Daniel Cardoso de. Entre discricionariedade legítima e a arbitrariedade camuflada: os impactos dos novos paradigmas de juridicidade democrática no exercício da função administrativa. *In*: MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; NOHARA Irene Patrícia; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes CALDAS, Roberto (org.). **Anais do XXII Encontro Nacional do CONPEDI: Direito e Administração Pública I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33edf41c0becd0d5>. Acesso em: 21 jun. 2024.

VALE, Luís Manoel Borges do; OLIVEIRA, Rafael Carvalho de Rezende. **Por uma Teoria dos Precedentes Administrativos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2022. p. 15.

SOUZA, Mariana Freitas de, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O tratamento legal da mediação no código de processo civil de 2015 – Lei n. 13.105/15. *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samanta, JONATHAN, Eva (coord.). **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 317-332.

WILLEMANN, Mariana Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil**. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

Sobre a autora

Viviane Luci Maia da Costa | e-mail: vivianel@tcerj.tc.br

Mestre em Direito – Universidade Estácio de Sá. Técnica de Controle Externo – Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

 <https://orcid.org/0009-0000-5473-4825>

 <http://lattes.cnpq.br/5976712039646317>