

A CONSENSUALIDADE ABUSIVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO: NOTAS INICIAIS DE TEORIZAÇÃO

ABUSIVE CONSENSUALITY IN ADMINISTRATIVE LAW: INITIAL THEORIZING NOTES

ANDRÉ CYRINO¹

FELIPE SALATHÉ²

RESUMO: O Direito Administrativo tem apostado na adoção de formas consensuais de atuação administrativa. Não obstante, há casos em que a Administração Pública celebra acordos administrativos com particulares com suposto lastro na consensualidade, mas que, na essência, escondem imposições unilaterais de vontade do Estado. Isso ocorre em situações nas quais o particular se vê circunstancialmente premido a celebrar o acordo e a aceitar determinadas cláusulas que sejam desproporcionais. O objetivo deste artigo é, sem esgotar o tema, explorar esse fenômeno, o qual denominaremos *consensualidade abusiva*. No intuito de sugerir caminhos iniciais para a sistematização teórica da questão, traçaremos contornos para uma noção de consensualidade abusiva, apontaremos casos concretos nos quais ele teria ocorrido na prática do Direito Administrativo brasileiro, e sugeriremos possíveis formas de controle.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; Transformações do Direito Administrativo; Consensualidade; Abuso de Direito; Consensualidade abusiva; Acordos administrativos; Assimetria negocial; Cláusulas abusivas.

ABSTRACT: Administrative law has focused on the adoption of consensual forms of administrative action. Nevertheless, there are cases in which Public Administration enters into administrative agreements with private individuals, supposedly based on consensus, but which, in essence, hide unilateral impositions by public authorities. This occurs in situations where the private party is circumstantially forced to enter into the agreement and accept certain disproportionate clauses. The aim of this article is, without exhausting the theme, to explore this phenomenon, which we will call abusive consensuality. In order to suggest initial ways to theoretically systematize the issue, we will outline a notion

¹ Professor Adjunto de Direito Administrativo da UERJ. *Master of Laws pela Yale Law School* (EUA). Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ.

² Mestre em Direito Público pela UERJ. Membro do Laboratório de Regulação Econômica pela UERJ (UERJ Reg.).



of abusive consensuality, point out concrete cases in which it would have occurred in the practice of Brazilian Administrative Law, and suggest possible forms of control.

KEYWORDS: Administrative law; Transformations in administrative law; Consensuality; Abuse of powers; Abusive consensuality; Administrative agreements; Asymmetric negotiation; Abusive clauses.

INTRODUÇÃO

A *consensualidade* é assunto que possui *locus* definitivo no cardápio dos temas importantes do Direito Administrativo brasileiro. Numa via de mão dupla, o direito positivo³ e a academia⁴ têm apostado no uso de instrumentos mais

³ Notadamente após Constituição de 1988. É o caso, por exemplo, da aposta em acordos substitutivos, instrumentos voltados à conversão de sanções em obrigações, algo que foi absorvido em larga escala sobretudo nas agências reguladoras federais (Vide ANTT - Resolução nº 5.823/2018 e Portaria nº 24/2021; ANATEL – Resolução nº 629/2013, art. 5º da Resolução nº 589/2012, art. 54 do Regimento Interno; ANS - art. 29 da Lei nº 9.656/1998, Resolução nº 372/2015; ANTAQ - art. 46 incisos III e IV do Regimento Interno, Resolução nº 92/2022; ANCINE - art. 3º inciso XXIX do Regimento Interno, Instrução Normativa nº 118/2015; ANAC - art. 479 da Resolução nº 472/2018, Portaria nº 534/2012, art. 22 inciso V do Regimento Interno da ANAC, Instrução Normativa nº 126/2018; ANP – Resolução nº 848/2021; ANA – Portaria nº 418/2022; Banco Central – arts. 11 a 15 da Lei nº 13.506/2017). No Brasil, os acordos substitutivos também ganharam notoriedade para dirimir casos de corrupção, a exemplo do que se observou com os acordos de leniência (incorporados pela Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção) e pelos acordos de não persecução civil (previstos na Lei nº 8.429/1992).

⁴ V., dentre outros: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – o Caso Brasileiro*, Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, 2003; BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 180 e ss.; PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A Superação do Ato Administrativo Autista*. In: Odete Medauar; Vitor Rhein Schirato. (Org.). *Os Caminhos do Ato Administrativo*. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 89-113; BINENBOJM, Gustavo. *A Consensualidade Administrativa como Técnica Juridicamente Adequada de Gestão Eficiente de Interesses Sociais*. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, 2020; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Consensualidade no Direito Administrativo: Acordos Regulatórios e Contratos Administrativos*. Revista de Informação Legislativa, v. 42, n. 167, 2005, pp. 293 – 294; FREITAS, Juarez. *Direito Administrativo não Adversarial: a Prioritária Solução Consensual de Conflitos*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 276, 2017; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Consensual: a Experiência das Agências Reguladoras de Infraestrutura com Termos de Ajustamento de Conduta*, Revista de Estudos Institucionais, v. 3, n.1, 2017, p. 95); DANTAS, Bruno. *Consensualismo na administração pública e regulação. Reflexões para um direito administrativo do século XXI*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2023.

dialógicos e menos impositivos de atuação administrativa, com a tônica de que esse caminho seria mais eficiente e legítimo. Essa virada pró-consenso trouxe desafios, mas se consolidou. É difícil imaginar uma regressão da consensualidade nas administrações públicas atuais.

Sem embargo, na contramão dessa transformação, há situações nas quais os instrumentos consensuais são desvirtuados. Em casos tais, alcançam-se resultados não tão legítimos e concertados, mas definições impositivas, unilaterais e até arbitrárias pelo Poder Público. Esse possível desvio é o que chamamos de *consensualidade abusiva*. Refere-se a fenômeno em que, apesar da aparente composição, há um *excesso de autoridade* por parte do Poder Público a implicar desequilíbrio, circunstâncias que fazem com que o particular contraia obrigações ilegítimas⁵.

No âmbito do STF, por exemplo, uma situação nesse sentido, que ainda pende de julgamento, é a da ADPF nº 1.051⁶, a qual discute a constitucionalidade de acordos de leniência após a celebração de acordo de cooperação entre o MPF, a AGU, a CGU, o TCU e o Ministério da Justiça, em 2020. Sem opinar sobre o acerto do que se sustenta, discute-se se tais acordos não teriam sido objeto de consenso, mas de pressão ilegítima; de estratégias abusivas de condução da acusação.

Outro caso que ganhou notoriedade foi o acordo celebrado pela CGU com professores da Universidade Federal de Pelotas (UFPel), por intermédio do qual se lhes obrigava a não fazer críticas ao então presidente da república por um prazo de 2 anos. O caso chegou ao conhecimento do STF via ADI nº 6.744⁷, argumentando-se pela abusividade na atuação do controlador no sentido de frustrar a liberdade de expressão dos docentes.⁸

Citem-se, ainda, a ADPF nº 508 e a Reclamação nº 33.667, que se dirigem a questionar acordos celebrados entre a Petrobras, o MPF e o *Department of Justice* dos EUA. Esses acordos previram, em essência: (i) o ressarcimento de valores decorrentes dos desvios de verbas em episódios de corrupção descobertos pela chamada Operação Lava-Jato; e (ii) que parte dos pagamentos que seriam feitos, a título de indenização, sejam vertidos para a constituição de entidade voltada ao financiamento de políticas e programas de combate à corrupção. Para esse segundo

⁵ As relações entre agentes administrativos e órgãos de controle podem também ser marcadas por abusos. Essa abusividade, que é objeto específico das discussões sobre controle da Administração Pública, não será o nosso objeto de estudo, embora se possa admitir que muito do que examinaremos tenha aplicação similar.

⁶ STF, ADI nº 1.051, Plenário, Rel. Min. André Mendonça.

⁷ STF, ADI nº 6.744, Decisão Monocrática, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 06/06/2022.

⁸ Não obstante a sua relevância, a ação foi extinta sem resolução de mérito por inadequação da via eleita.

item, seria instituído um comitê de administração da entidade composto por membros do MPF.⁹⁻¹⁰

O que se discutia nesse caso era se, entre outros pontos, tais acordos poderiam conferir poder ao controlador de administrar bens de entidades privadas para fins de financiamento de políticas públicas. Ou seja, a abusividade das cláusulas, segundo a argumentação apresentada na inicial, decorreria do ganho de poder do MPF, para além de suas competências constitucionalmente definidas.

Nessa linha, a discussão sobre a ocorrência de consensualidade abusiva tem sido levada a conhecimento do Poder Judiciário. Isso foi notado pelo legislador, e a preocupação com o desequilíbrio da consensualidade administrativa aparece no art. 26 da LINDB, que prevê o dever de proporcionalidade nos acordos celebrados de uma maneira geral. Nada obstante, ainda que presente na jurisprudência e inerente ao art. 26 da LINDB, a literatura especializada ainda não se debruçou especificamente sobre o assunto no País. Muito embora haja comentários ao referido dispositivo¹¹, bem como menções gerais à preocupação com excessos administrativos em seus acordos¹², parece-nos que carece-se de atenção direta e sistemática ao abuso da consensualidade no Brasil. Grosso modo, a academia advoga pela proporcionalidade dos acordos, mas há pouca teorização sobre como identificar o desequilíbrio ou sobre como controlá-lo. Igualmente, inexistem estudos que enfrentem diretamente o tema da abusividade, que será uma das formas de vislumbrar a desproporcionalidade a que se refere o art. 26 da LINDB.

Daí a demanda para que se aprofunde o tema, sugerindo-se caminhos de sistematização e desenvolvimento de uma dogmática. A consensualidade não deve ser abandonada, e entender quando ela é disfarce para excessos é fundamental para preservá-la. O objeto deste artigo é tentar iniciar o exame específico dos contornos

⁹ STF, ADPF nº 508, Decisão Monocrática, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 17/09/2019.

¹⁰ Antes de os processos serem pautados para julgamento, foi celebrado novo acordo entre as partes para sanar os vícios inquinados nas ações, o que foi homologado por decisão monocrática proferida pelo Min. Alexandre de Moraes e o processo foi extinto. Na decisão homologatória, o relator ressaltou sobretudo o desvio de finalidade do acordo, nos moldes argumentados na inicial. (*Ibidem*) Ainda assim, o caso é um exemplo de como o tema da abusividade foi argumentado e tratado pelo STF, ainda que em *obiter dictum* e em sede de decisão monocrática, homologatória do acordo.

¹¹ V.: GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Art. 26 da LINDB – Novo Regime Jurídico de Negociação com a Administração Pública*. Revista De Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018; MARQUES NETO, Floriano Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. *Comentários à Lei n 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para a Inovação Pública)*. São Paulo: Fórum: 2019, pp. 97 e ss. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo: O Novo Olhar sobre a LINDB*. São Paulo: Fórum, 2023, p. 53.

¹² V., e.g., FARIA, Luzardo. “O fenômeno de consensualização do Direito Administrativo: fundamentos, repercussões e críticas”. *In Interesse Público*, ano 22, n. 121, 2020, p. 111-143.

de caracterização dessa modalidade. Não se tem a pretensão de esgotar o tema, mas provocar reflexões sobre possíveis desvios de finalidade nas posturas dialógicas, por vezes, celebradas sem maiores críticas, sugerindo alguns encaminhamentos.

O desenvolvimento de uma noção de consensualidade abusiva tem relevância teórica e prática. No mundo das ideias, será possível enriquecer os debates sobre a consensualidade na Administração Pública, propondo análises críticas sobre seus eventuais descaminhos por parte do administrador. No plano prático, pretende-se indicar estratégias voltadas a mitigar os problemas da consensualidade abusiva, bem como ser base para a constituição de ferramentas para solucionar casos concretos, como os listados acima.

Para tanto, o texto está organizado em cinco capítulos, sendo o primeiro esta introdução. No segundo capítulo, abordaremos a aposta que o direito administrativo brasileiro fez na consensualidade. A ideia é mostrar que o tema se tornou inafastável, mas ainda traz desafios, como o risco de abusividade. No terceiro capítulo, ofereceremos ao leitor uma noção inicial de consensualidade abusiva e demonstraremos a relevância de que essa ideia seja aprofundada. Além disso, apresentaremos de que forma, sob determinadas circunstâncias, as ferramentas dialógicas podem encobrir estratégias autoritárias do Poder Público. No quarto capítulo, indicaremos possíveis maneiras para se lidar com o problema, tanto por meio da aproximação da figura da consensualidade abusiva a algumas categorias tradicionais do direito brasileiro, quanto por meio de algumas sugestões de mudanças normativas. Ao final, há um breve encerramento conclusivo.

2. A APOSTA DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA CONSENSUALIDADE

2.1. A CONSENSUALIDADE E SUAS VIRTUDES

Entre as grandes transformações do Direito Administrativo contemporâneo está a de uma dita *administração consensual*, que é regida por um *Direito Administrativo do consenso*, fundado numa *administração concertada*¹³ e orientada pela ideia de *transigibilidade*.¹⁴ Essas e outras nomenclaturas ressoam a ideia de um Estado cujas ações são tomadas, ao menos em parte, de comum acordo com particulares, ou levando seus posicionamentos em consideração.¹⁵⁻¹⁶

¹³ ALMEIDA, Fernando Menezes Dias de. *Mecanismos de Consenso*. In. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (org.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 336.

¹⁴ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, 3ª ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 352.

¹⁵ JACQUES CHEVALLIER refere-se a um direito negociado, em contraposição a um direito imposto (CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 163 e ss).

¹⁶ Pode-se dizer que a ideia relativiza o paradigma dito *bipolar* do Direito Administrativo, caracterizado pela contraposição entre público e privado, liberdade e autoridade, rumo a um *paradigma relacional* e outras formas de percepção e efetivação da atividade administrativa, entre

O traço distintivo da consensualidade, portanto, é a dialeticidade. Isto é: a acomodação e a composição dos múltiplos interesses existentes nas relações mais ou menos conflituosas entre Administração e particulares. Tal abordagem se contrapõe às imposições unilaterais de vontade pela Administração e à ideia de *puissance publique* (prerrogativas estatais), que conduzem a assimetrias de poder entre as esferas pública e privada.¹⁷

Há dois sentidos possíveis para a noção de consensualidade: um restrito e outro amplo. Do ponto de vista **restrito**, o sentido de consensualidade remete ao de *acordos administrativos*. Nesse sentido, ela abrange técnicas negociais de resolução de conflitos públicos, a exemplo dos acordos substitutivos, as transações judiciais e negócios jurídicos processuais envolvendo a Fazenda Pública, a mediação e da conciliação etc.¹⁸ A depender do autor, essa categoria pode sofrer expansões ou contrações, ampliando ou restringindo seu alcance, mas sem abarcar todo o universo das contratações públicas, o que a distância da contratualização.¹⁹

elas a composição de interesses. A propósito, v. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação*. In. SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 406 e ss..

1.2. ¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – o Caso Brasileiro*, *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, 2003; MARQUES NETO, Floriano Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. *Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção*, *Revista de Direito Administrativo Econômico*, n. 27, 2011; MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, 3^a ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 352; SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi. *Consenso e Legalidade: Vinculação da Atividade Administrativa Consensual ao Direito*. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 24, 2011, Bahia; BINENBOJM, Gustavo. *A Consensualidade Administrativa como Técnica Juridicamente Adequada de Gestão Eficiente de Interesses Sociais*. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, 2020; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Consensual: a Experiência das Agências Reguladoras de Infraestrutura com Termos de Ajustamento de Conduta*, *Revista de Estudos Institucionais*, v. 3, n.1, 2017, p. 95.

¹⁸ Como adepta desse conceito, cite-se PATRÍCIA BAPTISTA, que narra as dificuldades oferecidas pela polissemia da categoria jurídica dos acordos e como na prática o termo vem sendo utilizado para referir a meios alternativos de resolução de conflitos (BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. 2^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 180 e ss.)

¹⁹ Por exemplo, PATRÍCIA BAPTISTA inclui no conceito de acordos os negócios jurídicos intragovernamentais (*Ibidem*), enquanto JULIANA PALMA os exclui (PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atuação administrativa consensual: Estudo dos Acordos Substitutivos no Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade São Paulo, 2010, p. 135).

Outros trabalhos dos quais se poderia extrair esse mínimo são: VALLE, Vanice Lírio. *Transigibilidade na Administração Pública: uma Faceta da Consensualidade no Direito Administrativo do Século XXI*, *Fórum Administrativo*, São Paulo: Fórum, ano 11, n. 123, 2011;

Já de uma perspectiva **ampla**, a consensualidade denota toda forma de atuação administrativa de teor *contratualizável*²⁰, a abarcar não só os acordos da perspectiva restritiva, mas também: (i) todos os demais meios de contratação pública e parcerias²¹; (ii) as formas de participação popular na atividade administrativa, como consultas e audiências públicas; e (iii) os instrumentos menos vinculativos de imposição da vontade estatal, como o fomento.²²

MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução, 3ª ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, pp. 355 e ss; entre outros.

²⁰ “A contratualização constitui um instrumento privilegiado de formalização da governança. Com efeito, ela traduz juridicamente a abordagem contratualista e consensual da ação pública — que figura entre os fundamentos da governança. A contratualização implica relações jurídicas fundadas não mais sobre o unilateralismo e a coerção, mas sobre o acordo de vontades. Se, de um lado, ela pressupõe que seja levada em consideração a existência de atores autônomos (dos quais se deve obter a cooperação), de outro, ela passa por um processo de negociação visando a definir os contornos de uma ação comum.” (CHEVALLIER, Jacques. *A Governança e o Direito. Revista de Direito Público da Economia*, ano 3, nº 12, Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 07).

²¹ FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA segmenta as parcerias estatais em quatro conjuntos: (i) módulos consensuais instrumentais: típicos contratos que instrumentalizam obrigações de realizar tarefas relacionadas a atividades meio do Estado, como obra, compra e venda, doação, locação, financiamento e serviços em geral; (ii) módulos consensuais de cooperação: quando há interesses convergentes a uma finalidade pública comum aos partícipes; (iii) módulos consensuais de concessão: por intermédio dos quais há uma delegação de atividades fim do Estado a um parceiro privado; e (iv) módulos consensuais substitutivos de decisão unilateral do Estado: que instrumentalizam a conversão de uma decisão unilateral do Poder Público por acordos de vontade (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Contrato Administrativo*, São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 236 – 297).

Em um tom mais abrangente, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO fala em parcerias, conceito que abarca “todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público.” Na visão da autora, a categoria das parcerias estaria segmentada em quatro instrumentos jurídicos: (i) as formas de delegação de serviços públicos, como concessões e permissões; (ii) os meios de fomento, como convênios, contratos de gestão e termos de parceria; (iii) a cooperação, que caracteriza os contratos administrativos em geral; e (iv) os mecanismos de desburocratização, a que se refere a chamada administração gerencial, a exemplo, dos contratos de gestão (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, pp. 22 – 23). Cabe notar que, por outro lado, ao final da obra, a autora questiona a expansividade das parcerias entre Poder Público e particular para além dos lindes da legalidade, segundo ela (*Ibid.* pp. 299 – 303).

²² A concepção ampla de consensualidade pode ser encontrada em: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 315 – 319; e em outra oportunidade: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Políticas Públicas e Parcerias: Juridicidade*

Embora possa haver relação entre essas ideias²³, daremos foco ao sentido restrito – ainda que a abusividade possa ocorrer em ambas as perspectivas²⁴. Nada obstante, parece-nos que as dificuldades mais evidentes estão nas composições que prevejam ou ponham fim a conflitos que envolvam a autoridade pública.

Essa perspectiva restrita da consensualidade foi incorporada com relativo vigor no Ordenamento Jurídico brasileiro. Um dos primeiros exemplos foi a *desapropriação consensual*, prevista no art. 10 do Decreto nº 3.365/1941. Com o tempo, notadamente após a Constituição de 1988, vários microssistemas de direito público caminharam em sentido semelhante. Nesse sentido, vejm-se: (i) as normas sobre resolução de conflitos em processos envolvendo a Fazenda Pública²⁵; (ii) as normas relativas a agências reguladoras²⁶; (iii) as normas sobre controle e combate à

Flexibilidade Negocial e Tipicidade na Administração Consensual, Revista de Direito do Estado, nº 01, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 113.

²³ VASCO MANOEL DIAS PEREIRA DA SILVA sugere que há atos administrativos que se encontrariam no meio termo, mesclando características da unilateralidade e da consensualidade, pois que, muito embora a palavra final seja da Administração Pública, há participação do particular no processo decisório. Cuida-se daquilo que se poderia chamar de *atos concertados*, que apresentam a um só tempo a estrutura de ato e o conteúdo de contrato. Como exemplo, cita o autor atos de liberação condicionados à realização de certas tarefas ou obrigações que sejam de interesse público. Nesse caso, o particular se habilita à prestação de determinado serviço contanto que ofereça certa prestação à sociedade. (SILVA, Vasco Manoel Dias Pereira da. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*. Coleção Teses, Coimbra: Almedina 2003, p. 470).

²⁴ As relações contratuais públicas também podem ser marcadas por abusos. Essa abusividade, no entanto, costuma ser tratada no âmbito da teoria dos contratos administrativos. O nosso foco, como adiantado, não será esse, embora possa haver relações bastante similares.

²⁵ Para os quais temos a Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), que legitimou a celebração de termos de ajustamentos de conduta (TACs) em processos coletivos. Ao lado dela, a Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem, com a redação empregada pela Lei nº 13.129/2015), a Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação), a Lei nº 9.469/1997, (que regulamenta a intervenção da União Federal em processos judiciais) e a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil de 2015), as quais direcionaram alguns instrumentos para a resolução de conflitos públicos, como a arbitragem, a conciliação, a mediação, a transação judicial envolvendo a Fazenda Pública e as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos.

²⁶ Em matéria de acordos substitutivos nas agências, listem-se os seguintes instrumentos: ANTT - Resolução nº 5.823/2018 e Portaria nº 24/2021; ANATEL - Resolução nº 629/2013, art. 5º da Resolução nº 589/2012, art. 54 do Regimento Interno; ANS - art. 29 da Lei nº 9.656/98, Resolução nº 372/2015; ANTAQ - art. 46 incisos III e IV do Regimento Interno, Resolução nº 92/2022; ANCINE - art. 3º inciso XXIX do Regimento Interno, Instrução Normativa nº 118/2015; ANAC - art. 479 da Resolução nº 472/2018, Portaria nº 534/2012, art. 22 inciso V do Regimento Interno da ANAC, Instrução Normativa nº 126/2018; ANP - Resolução nº 848/2021; ANA - Portaria nº 418/2022; Banco Central - arts. 11 a 15 da Lei nº 13.506/2017. A busca foi feita nos portais de legislação das próprias agências pelos termos “acordo substitutivo”; “termo de ajustamento”; e “termo de compromisso”,

corrupção²⁷; (iv) as normas que regem as contratações públicas²⁸; e (v) como cláusula geral, as normas do art. 26 da LINDB, regulamentado pelo art. 10 do Decreto nº 9.830/2019.

O avanço da consensualidade no direito positivo foi acompanhado pela jurisprudência. Tanto no âmbito judicial²⁹⁻³⁰, quanto no plano administrativo³¹,

bem como suas respectivas variações no plural. Não foram encontrados resultados para a ANM, ANEEL, ANVISA e ANPD (convertida em agência reguladora pela Lei nº 14.460/2022).

²⁷ Nesse diapasão, vejam-se: (i) a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), por meio dos acordos de leniência; (ii) a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) (com alteração dada pela Lei nº 13.964/2019), pelo aproveitamento dos acordos de não persecução civil; e (iii) a Instrução Normativa nº 91 do TCU, que instituiu as Solicitações de Solução Consensual (SSCs) e também pela adoção de Termos de Ajustamento de Gestão (TAGs).

²⁸ No regime geral de contratações públicas, a Lei nº 8.666/1993 ficou-se silente sobre o tema, ao contrário da Lei nº 14.133/2021, que mais recentemente previu a adoção de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, aí inclusas a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Especificamente para as concessões e permissões de serviços públicos, as Leis nº 8.987/1995 e 11.079/2004 também viabilizaram o emprego de mecanismos de resolução de conflitos, nomeadamente a arbitragem.

²⁹ No STF, veja-se, por exemplo, o reconhecimento da validade de transação celebrada entre municípios, ao argumento de que a indisponibilidade do interesse público não é absoluta, o que habilita a negociação na esfera judicial, ainda que diante da inexistência de lei que ampare expressamente essa estratégia processual (STF, RE nº 253.885-0, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 04/06/2002).

³⁰ Podemos lembrar, e.g., do *Caso Lage*, precedente no qual o Supremo reconheceu, ainda na década de 70, a legitimidade na adoção da arbitragem (STF, AI nº 52.181, Plenário, Rel. Min. Bilac Pinto, in RTJ 68/382. Na origem, tratava-se de ação ajuizada pelos espólios de Henrique Lage e Renaud Lage com o intuito de receber indenização fixada por juízo arbitral, em razão da incorporação, pela União, de bens e direitos do espólio de Henrique Lage, bem como das empresas da Organização Lage. A pretensão dos herdeiros foi acolhida em primeira instância, tendo a sentença sido integralmente mantida pelo Tribunal Federal de Recursos. (CYRINO, André; DEFANTI, Francisco. *Notas sobre a consensualidade administrativa e a obra da Professora Patrícia Baptista*. In: Cristina Telles; Thiago Magalhães Pires; Wallace Corbo. (Org.). *O Direito Público por elas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, v. 1, p. 61-74). Esse entendimento foi reproduzido pela jurisprudência do STJ, em momento subsequente. (Vide STJ, MS nº 11.308, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09/04/2008; STJ, REsp nº 612.439, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio, Noronha, j. 25/10/2005).

³¹ Além do Poder Judiciário, veja-se, no TCU, o Acórdão nº 2.121/2017. O processo teve como pano de fundo a celebração de acordos entre a ANATEL e a Telefônica, mas seu resultado teve repercussões em diversos setores, na medida em que a corte de contas federal reputou legítima a celebração de acordos substitutivos conquanto respeitados os *standards* por ela definidos (TCU, Acórdão nº 2.121/2017, Processo nº 022.280/2016-2, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, j. 27/09/2017). Por outro lado, o que se seguiu foi o entendimento de que o TCU poderia controlar *ex ante* a

houve fortalecimento dessa diretriz, em diferentes contextos. Os precedentes em geral reconhecem que esse movimento é capaz de legitimar a atuação da Administração Pública com mais eficiência e legitimidade.

Não se trata, claro, de panaceia. A atuação unilateral do Poder Público seguirá sendo a regra. Contudo, a consensualidade, segundo essa forma de pensar, é uma via que pode: (i) gerar eficiência, pois o interesse público de solucionar impasses e problemas se satisfaz com menores custos, os quais seriam inerentes à judicialização ou outros instrumentos adversariais de solução de conflitos³²; (ii) fortalecer a confiança, pois os particulares tendem a questionar menos a vontade do Poder Público quando aderem a ela voluntariamente, depositando-lhe maior confiabilidade³³; e (iii) fomentar a ideia de *participação*³⁴ na Administração em um ambiente de transparência, pois se facilita a compreensão dos particulares às razões que levam ao resultado concertado³⁵.

Em suma: a consensualidade veio para ficar e traz vantagens. É um traço inseparável do direito administrativo brasileiro de hoje. Se dificuldades existem, não parece que elas sejam, por ora, capazes de afastar esse movimento. Elas devem, porém, ser enfrentadas. A consensualidade abusiva é um exemplo dessa necessidade.

3. CONSENSUALIDADE ABUSIVA: POSSÍVEIS DESVIRTUAMENTOS DOS INSTRUMENTOS CONSENSUAIS DE ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA NA PRÁTICA

3.1. NOÇÃO³⁶ DE CONSENSUALIDADE ABUSIVA

celebração de acordos substitutivos, tal qual o faz, por exemplo, em projetos de desestatização, o que é questionável pela doutrina majoritária (SALATHÉ, Felipe. *Controle e Consensualidade: o Controle de Acordos Substitutivos por Tribunais de Contas*. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente. *Transformações do Direito Administrativo: Debates e Estudos Empíricos em Direito Administrativo e Regulatório* (org.). Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022, pp. 138 e ss.). Há ainda entendimento recente do TCU reconhecendo a legitimidade de cláusulas arbitrais em contratos administrativos (TCU, Acórdão nº 3.160/2020, Processo nº 000.723/2020-7, Plenário, Rel. Min. Vital do Rego, j. 15/11/2020).

³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos*. Revista Forense, vol. 389, 2007, pp. 4-5.

³³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 349.

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O Caso Brasileiro*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2003.

³⁵ CYRINO, André; DEFANTI, Francisco. *Notas sobre a Consensualidade Administrativa e a Obra da Professora Patrícia Baptista*. In: TELLES, Christina; PIRES, Thiago Magalhães; CORBO, Wallace (Org.). *O Direito Público por Elas*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, v. 1.

³⁶ Não nos parece que seja o caso de formular um conceito, mas uma noção que pode (e deve) ser aprofundada em estudos futuros.

Há casos em que o discurso do consenso é usado para acobertar posturas autoritárias. Refere-se a hipóteses em que, no lugar de diálogo, tem-se decisão unilateral por parte daquele a quem compete exercer autoridade: o Poder Público. Casos em que a celebração de um acordo foi imposta por determinada instituição pública sem grande margem de manobra para que o destinatário possa evadir-se. É o que chamamos de *consensualidade abusiva*.

A consensualidade abusiva é problemática, primeiro, porque é um disfarce ilegítimo. Ela pretende ser algo que não é; uma hipótese em que “[p]or trás da concertação, em princípio voluntária, se esconde a coação de uma maneira apenas velada”³⁷, diriam Eduardo García de Enterría e Thomás-Ramón Fernández. Isso traz desafios ao controle da autoridade e esvazia a transparência administrativa. O abuso, portanto, deve ser combatido e colocado às claras. Daí a necessidade de maiores estudos sobre o problema.

Lars Noah³⁸, professor de Direito Administrativo da Universidade da Flórida, estuda fenômeno semelhante da realidade dos EUA que identifica como *administrative arm twist* (torção de braço administrativa). Trata-se de alusão a processo de negociação hierarquizado e não dialógico entre as partes pública e privada, no qual a primeira se sobrepuja à segunda, de forma pouco aparente. O autor elenca as seguintes situações nas quais se observa esse desvirtuamento de instrumentos consensuais: (i) cláusulas abusivas em processos de licenciamento; (ii) cláusulas abusivas em contratos celebrados com o Estado; (iii) cláusulas abusivas em acordos substitutivos; (iv) quando se impõe determinados *recalls* de produtos de saúde³⁹; (v) autorizações em processos de zoneamento, quando impõem finalidades públicas irrazoáveis a bens privados; e (vi) acordos penais, em que o acusado reconhece o cometimento de determinado crime e oferece informações em troca da sua não persecução penal.

Esse último item aproxima o raciocínio com o processo penal, para o qual, não raro, os ordenamentos jurídicos preveem acordos que habilitam a transação da responsabilidade criminal. Nos EUA, tem-se como exemplo a figura do *plea bargaining*, que reproduz essa lógica.⁴⁰ Sobre esse ponto, a literatura norte-americana tem se debruçado em alguma medida sobre como essas pactuações

³⁷ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 20ª ed., Madrid: Thomson Civitas, 2005, p. 682.

³⁸ NOAH, Lars. *Administrative Arm-Twisting in the Shadow of Congressional Delegations of Authority*, *Wisconsin Law Review*, v. 1997, n. 5, 1997, pp. 874 – 890.

³⁹ É que a legislação confere ao FDA a prerrogativa de realizar *recall* compulsório, mas por vezes a agência prefere estimular os voluntários. Essa medida, porém, vem de estímulos impositivos feitos pela agência a particulares.

⁴⁰ Um instituto que se aproxima desse no Brasil seriam os *acordos de colaboração premiada*, em matéria criminal, previstos na Lei de Organizações Criminosas (arts. 3-A e ss). Na esfera administrativa, os simétricos seriam os acordos de leniência e os acordos de não persecução civil, consagrados respectivamente pelas Leis nº 12.846/2013 (art. 16) e nº 8.429/1992 (art. 17-B).

podem ser utilizadas para coagir os acusados a aceitarem os acordos, a ponto de alguns falarem em *coercive plea bargain* ou *hard bargain*, como veremos ao longo do texto.

Essas e outras questões do Direito Penal recaem, possivelmente, sobre situações mais extremas que aquelas tratadas no Direito Administrativo. Uma condenação criminal pode acarretar riscos à liberdade e à integridade psicofísica que desbordam do crivo da seara administrativista. Ainda assim, é possível que nos valhamos das discussões havidas nesse âmbito, notadamente quando há similaridades entre os instrumentos e situações versadas pelas duas.⁴¹ Embora de contextos diferentes, podem auxiliar na compreensão do problema. Inclusive no Brasil.

Daí ser possível traçar um paralelo entre a literatura penalista com a seara administrativa. As experiências, frutíferas ou infrutíferas, de um ramo do Direito com os acordos podem contribuir para o aperfeiçoamento de instituto com lógica semelhante no Direito Administrativo, ainda que *cum grano salis*. Nessa empreitada, nos parece que o desenvolvimento de uma noção de *consensualidade abusiva* no direito administrativo pode ser positivo.

Uma forma de delimitar essa noção seria vinculá-la a dois elementos: (i) o reconhecimento da assimetria de poder entre particular e poder público, que é manejada para fazer o primeiro aderir a determinados acordos, com pouca possibilidade de negociação; e (ii) a existência de cláusulas abusivas nessas pactuados. O primeiro é pressuposto. O Poder Público possui prerrogativas não franqueadas ao privado, o que abre margens para que a autoridade estatal imponha a celebração de um acordo. A autoridade pode, acima de tudo, punir. O segundo seria um elemento accidental, no sentido de que, em alguns casos, não só o particular se vê obrigado a aceitar o acordo como, no topo disso, assumir obrigações excessivas. Esses dois elementos serão retomados nos próximos itens.

3.2. COMO A CONSENSUALIDADE ABUSIVA OCORRE?

O Estado está vinculado à dimensão positiva do Princípio da Legalidade (art. 37 *caput* da Constituição). Ele só pode atuar quando a lei o autorizar.⁴² Mas, por vezes, a lei deixa espaços decisórios ao agente público. Trata-se da *discricionariedade*. Isso traz dificuldades e a literatura é pródiga em soluções para lidar com os problemas dos excessos de espaços decisórios dos agentes públicos⁴³. De toda

⁴¹ Sobre essa relação do direito penal com o direito administrativo, v. VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. São Paulo: Fórum, 2018.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 32^a ed., rev., at. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 104.

⁴³ Diríamos que a grande tendência é a de definição de legalidade como juridicidade; ou de vinculação da Administração Pública a todo o direito, notadamente à Constituição. Nessa visão, não existiriam atos realmente discricionários, porque toda ação administrativa deve ter supedâneo no direito constitucional, ainda que a lei não disponha sobre a questão. A propósito, veja-se

forma, independentemente dos remédios sugeridos pelos estudiosos, fato é que num ambiente negocial existe bastante espaço para juízos de conveniência e oportunidade. Nesse âmbito, pode haver incentivos ao abuso. A consensualidade abusiva geralmente ocorre aí.

As margens discricionárias têm o desiderato de oportunizar ao administrador: (i) escolher se irá ou não celebrar o acordo; e (ii) negociar (ou impor) seu conteúdo. Em vista disso, é possível que agentes públicos se valham desses espaços de conveniência e oportunidade para obrigar o particular à assinatura do acordo ou mesmo à aceitação de determinados termos negociais desproporcionais.

Como consignado, a abusividade fomenta-se pela **assimetria de poder de negociação** que se observa entre Poder Público e particular. Uma vulnerabilidade inerente, aliás, como reconhece a Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica). De fato, conforme seu art. 2º inciso IV, é premissa do exercício de atividades econômicas no Brasil, o “reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado”.

Os níveis de assimetria de poder de negociação podem variar para mais ou para menos. A variação para menos pode ocorrer, *e.g.*, à proporção em que se confere ao particular a autonomia para apresentar propostas de cláusulas para o acordo. Se é ele quem apresenta a primeira minuta, então presume-se que seu poder de condução da negociação seja um pouco mais elevado. Isso muitas vezes, porém, não desqualifica a assimetria de poder com o Estado no cerne de uma relação negocial. Primeiro, porque em diversos microssistemas a lei prevê cláusulas obrigatórias aos acordos ou condições para a sua celebração, o que limita o conteúdo a ser sugerido pelo agente privado⁴⁴. Segundo, porque, possivelmente, a não celebração do ajuste nos moldes preconizados pela autoridade sujeitará o particular à continuidade do processo administrativo ou judicial sancionatório, em seu desfavor.

Esses fatores reforçam que, mesmo quando se amplia o leque de possibilidades de participação do acusado na dinâmica de celebração dos acordos, o desequilíbrio e o risco de abuso tendem a permanecer presentes.

Já a variação para mais ocorre, *e.g.*, quando, além de definir o conteúdo do acordo e poder imputar responsabilização ao particular, a Administração ou as circunstâncias do caso concreto reduzem ainda as possibilidades de decisão do ator privado, o que pode decorrer tanto da lei quanto do comportamento do administrador. Por *comportamento*, referimo-nos às estratégias que podem ser manejadas para conduzir forçosamente o administrado à aceitação do acordo.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Portugal: Almedina, 2003, pp. 733 e ss.; BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª ed., rev. e at., Rio de Janeiro: Renovar, pp. 131 e ss.

⁴⁴ Para ilustrar, remetemos ao art. 45 do Decreto nº 11.129/2022, que regulamenta a Lei Anticorrupção, o qual lista as cláusulas obrigatórias dos acordos de leniência.

Diante da diferença de pontos de partida entre os *players* público e privado em uma mesa de negociação, há um rol de meios de convencimento dispostos ao primeiro que não estão presentes para o segundo.

Andrew Manuel Crespo⁴⁵, professor de ciências criminais da Universidade de Harvard, apresenta algumas estratégias que frequentemente são utilizadas pela acusação para pressionar o réu a aceitar um acordo, a variar conforme a legislação de cada estado, quais sejam: (i) somar várias acusações em uma só⁴⁶; (ii) incluir mais fatos que podem ser prejudiciais à defesa do acusado; (iii) manipular o enquadramento em determinado tipo legal, prestigiando aquele cuja pena é maior; e (iv) pleitear a condenação sempre com o máximo da pena prevista em lei; e por aí vai.⁴⁷ Em que pese o autor tome como base o Direito Penal dos EUA, nada indica que posturas semelhantes não possam ser adotadas em processos administrativos sancionadores no Brasil.

Afinal, também pode o administrador: (i) somar várias infrações administrativas num só rito; (ii) incluir fatos que dificultem a defesa administrativa; (iii) usar os tipos que tragam gravames maiores; e (iv) adiantar que almeja a maior sanção cominada.

Estratégias mais gravosas, próprias do universo criminal, como manter os investigados presos o maior tempo possível até que assinem o acordo;⁴⁸⁻⁴⁹ bem como manter diferentes acusados em ambientes diversos, incomunicáveis, sugerindo para cada um que os demais estão em vias de aceitar delatá-los em troca

⁴⁵ CRESPO, Andrew Manuel. *The Hidden Law of Plea Bargain*. Columbia Law Review, Vol. 118, v. 5, 2018. Disponível em: <<https://columbialawreview.org/content/the-hidden-law-of-plea-bargaining/>> Acesso em 05/05/2023.

⁴⁶ Um precedente nesse sentido foi o caso *Bordenkircher v. Hayes* no qual a Suprema Corte dos EUA entendeu que o acusador pode incluir cláusula prevendo não ajuizar outras ações contra o acusado por ilegalidades alheias àquelas do acordo. Em outros termos, caso o acusado se recuse a aceitar esses termos, então o promotor estaria habilitado a instaurar outros inquéritos / ajuizar ações penais em face dele. (ROSS, Stephen F. *Bordenkircher v. Hayes: Ignoring Prosecutorial Abuses in Plea Bargaining*. Penn State Law, 1978).

⁴⁷ Há trabalhos que chegam a questionar a própria legitimidade do *plea bargain* nos EUA, por estimularem a confissão daqueles que não cometeram crimes e, de outro lado, garantir benefícios àqueles que cometeram e, ainda, desestimular investigações mais minudentes por parte dos promotores (FINE, Ralph Adam. *Plea Bargaining: An Unnecessary Evil*. Marquette Law Review, Vol. 70, nº 4, 1987).

⁴⁸ Durante a pandemia, por exemplo, esse tempo de prisão se tornou mais longo, o que aumentava os estímulos para a aceitação de *plea bargain* nos moldes preconizados pelo acusador, máxime considerando o cenário de risco à saúde que a sobre-estadia no sistema carcerário poderia acarretar naquele momento (JOHNSON, Thea. *Criminal Law: Coercitive Plea Bargain*. The Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 111, No. 1, 2020).

⁴⁹ BIANCHI, Bruno Guimarães. *Acordos de Leniência: entre a Consensualidade e a Imperatividade na Lei Anticorrupção*. Curitiba: Editora Ítala, 2023, pp. 187 – 192.

de abatimentos em sua pena⁵⁰, não teriam a mesma aplicabilidade no direito administrativo. Nada obstante, ainda assim, é possível a criação de situações que repliquem os incentivos próprios de dilemas de prisioneiros em relações administrativas, que podem, eventualmente, ser excessivas.⁵¹

Uma última estratégia que pode incorporar abusos seria o inadimplemento do acordo pela autoridade pública ou mesmo a sua declaração de nulidade, seja por ela própria ou por outra instituição. Tratando do primeiro caso, o administrador poderia descumprir cláusulas do ajuste por ele pactuado, causando prejuízos ao particular. No segundo, a declaração de nulidade sobreviria a partir de um exercício de autotutela administrativa (art. 53 da Lei nº 9.784/99 e Súmula nº 473 do STF), pela própria instituição pactuante, ainda que tempos após a sua pactuação. Também pode ser requerida por outro órgão ou ente público, alheio ao acordo (mas, por vezes, até estimulado pela Administração que mudou de ideia), quando discordar do seu conteúdo, valendo-se das vias judiciais ou outro controle externo.⁵²⁻⁵³

A adoção de posturas contraditórias pelo Poder Público, uma durante a fase de negociação e outra após a sua conclusão, ainda que por instituições distintas entre si, tem como efeito a insegurança jurídica, além de criar incentivos para que o particular aceite o acordo nos termos apresentados pela autoridade. Isso porque, quanto mais benéficas para o Estado forem as obrigações contraídas pelo particular, menores as chances de descumprimento ou declaração de nulidade do acordo pelos entes públicos.

⁵⁰ Essa hipótese ficou conhecida pela literatura sobre análise econômica do Direito como o dilema do prisioneiro e frequentemente é abordada em tom não pejorativo, pois que supostamente facilitaria que um dos acusados delatasse o outro, criando incentivos para a colaboração com autoridades públicas. (MCADAMS, Richard H. *Beyond the Prisoners' Dilemma: Coordination, Game Theory, and Law*. University of Chicago, Working Paper nº 437, 2009, pp. 1 – 8.).

⁵¹ A propósito da incorporação da lógica empregada no dilema do prisioneiro ao direito administrativo, confira-se CANETTI, Rafaela Coutinho. *Acordo de Leniência: Fundamentos do Instituto e os Problemas de seu Transplante ao Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 71 e ss.

⁵² Um caso em trâmite no STF que pode ser ilustrativo do tema é a ADPF nº 568, cujo objeto é a nulidade de acordo celebrado pelo MPF de Curitiba com a Petrobras relacionado ao *Non Prosecution Agreement* firmado entre Petrobrás e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América (DoJ) e ao ato *cease-and-desist order da Security and Exchange Commission* (SEC) (STF, ADPF nº 568, Plenário, Rel. Min. Alexandre de Moraes).

⁵³ Outro seria a ADPF nº 1.051, que objetiva a declaração de nulidade de todos os acordos de leniência celebrados após a assinatura de acordo de cooperação técnica entre o MPF, o TCU, a AGU e o Ministério da Justiça para a definição das competências de cada um desses órgãos na negociação de acordos de leniência em geral (STF, ADPF nº 1.051, Plenário, Rel. Min. André Mendonça).

A *contrário sensu*, se de algum modo o administrador flexibiliza os termos avençados em prol do polo privado, há maiores chances de um futuro ocupante do seu cargo ou mesmo aqueles que se situam em outras esferas do Estado venham a, futuramente, questionar o texto acordado, reputando-o ilegal por algum motivo.

Essas e outras atitudes públicas recrudescem a assimetria de poder entre as partes e criam incentivos para que o particular não possa discordar do acordo nos moldes apresentados pela Administração.

Tim Wu⁵⁴ comenta o comportamento institucional das agências reguladoras e sugere que elas, muitas vezes, se valem de ameaças regulatórias (*regulatory threats*) como forma de impor sua vontade. Isto é, no lugar de processos administrativos burocráticos e passíveis de judicialização, os reguladores dão sinais do que esperam dos agentes econômicos, e aguardam posturas voluntárias de cumprimento espontâneo dessas vontades, ainda que despida de maiores formalidades ou estudos que lhes deem subsídios. Essas atitudes informais de atuação administrativa tornam-se instrumentos regulatórios que se aproximam da lógica do comando e controle. Trata-se, certo modo, daquilo que Eduardo García de Enterría e Thomás-Ramón Fernández⁵⁵ chamam de *coaçoões diretas ou imediatas*, que seriam condutas informais perpetradas pelos agentes públicos para fazer valer sua vontade.

Somado ao comportamento público de abuso de sua posição de autoridade, tem-se a inclusão de **cláusulas abusivas** aos acordos supostamente consensuais. Não raro, dentro de um processo negocial assimétrico, o particular se vê obrigado a aceitar obrigações mais gravosas do que as programadas para o Poder Público. A delimitação dessa ideia evocaria discussões que desbordariam os limites deste artigo. Todavia, há boas razões para afirmar que as cláusulas abusivas podem ser identificadas quando inexistir correspondência com as obrigações direcionadas ao Estado. Uma desproporcionalidade impositiva indevida, que se aproxima da noção de abuso de poder. Abuso, aliás, que muito provavelmente veio desde o momento das negociações, com a postura oportunista da posição assimétrica de autoridade. Disso pode surgir uma dúvida: se a hipótese já se aproxima da lógica do abuso de poder, haveria utilidade no argumento deste artigo? Isto é: a consensualidade abusiva não seria apenas abuso de poder ou um desvio de finalidade?

3.3. POR QUE A CONSENSUALIDADE ABUSIVA É UMA CATEGORIA ÚTIL?

Reitere-se: será que o direito administrativo já não teria soluções para enfrentar a consensualidade abusiva? O instituto do abuso de poder (ou desvio de poder ou de finalidade), inerente ao art. 2º “e” parágrafo único “e” da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), não se faria bastante para abarcar condutas disfuncionais dos agentes públicos como as que analisamos neste estudo?

⁵⁴ WU, Tim. *Agency Threats*. Duke Law Review, Vol. 60, 2011.

⁵⁵ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 20ª ed., Madrid: Thomson Civitas, 2005, p. 814.



Respondendo às indagações conjuntamente, a teoria do abuso de poder foi desenhada sobretudo para casos que versem sobre a disfuncionalidade de atos administrativos impositivos; hipóteses que seguem a lógica do comando e controle, a exemplo das desapropriações, da aplicação de sanções disciplinares, do uso do Poder de Polícia etc.⁵⁶ A noção de consensualidade abusiva, porém, insere-se não no universo da unilateralidade, mas da dialeticidade. Daí a relevância desse aprofundamento analítico. Nesse sentido, o que se propõe é darmos um passo além nas teorizações tradicionais sobre condutas abusivas do Poder Público. É preciso vislumbrá-las no ambiente negocial.

Todavia, a consensualidade abusiva não é fenômeno apartado da lógica da teoria do abuso de poder. Em verdade, cuida-se de um tipo de ato abusivo que recai especificamente sobre ambientes consensuais de atuação administrativa. Ou seja, trata-se de trazer a lume que mesmo acordos podem ser abusivos, o que pode aperfeiçoar a teoria do abuso de poder, alargando o espectro de disfuncionalidades que ela examina.

A consensualidade abusiva transplanta a teoria geral do abuso de poder às peculiaridades dos processos de celebração de acordos, como a necessidade de se examinarem os ambientes negociais nos quais são celebrados e as cláusulas pactuadas entre as partes. Não seria, assim, uma categoria jurídica dissociada da teoria tradicional de abuso de poder, mas um meio de subsumi-la a outras espécies de ações estatais cada vez mais comuns: as ações consertadas (ao menos supostamente).

4. POSSÍVEIS LIMITES E MEIOS DE CONTROLE DA CONSENSUALIDADE ABUSIVA

Negociar com quem *tem o porrete na mão* é desafiador⁵⁷. O ambiente assimétrico reduz a autonomia negocial, e faz com que sejam aceitas obrigações que, possivelmente, em uma relação horizontalizada, teriam outro destino. Mas há formas de se combater o problema. A solução pode começar com a fixação de normas jurídicas, e pode, também, contar com o apoio do Poder Judiciário.

Em primeiro lugar, é factível cogitar de leis e regulamentos que reduzam as margens de discricionariedade do Estado quando da celebração de acordos,

⁵⁶ A teoria do abuso de poder foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro sob inspiração da doutrina francesa e da jurisprudência do Conselho de Estado francês, com menções pontuais a outros ordenamentos que a previram, como o italiano, o espanhol, o português, entre outros (Cf. FAGUNDES, Seabra. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, nº 23, 1951; LEAL, Victor Nunes. *Poder Discricionário da Administração - Abuso Dêsse Poder - Mandado de Segurança - Direito Líquido e Certo*. Revista de Direito Administrativo, nº 14, 1948; VASCONCELOS, Caio Tácito Sá Viana Pereira de. *Desvio de Poder em Matéria Administrativa*. Tese apresentada para o concurso de livre docente de Direito Administrativo, na faculdade de Direito do Rio de Janeiro (*no prelo*), 1951.

⁵⁷ É difícil negociar com quem tem o “tacape na mão”, comentou, em palestra, Eduardo Jordão. Está certo.

positivando direitos para os particulares ou vedando cláusulas restritivas de determinados direitos. Sem correr o risco do engessamento administrativo, é viável a criação de normas que estreitem espaços de negociação ou, ao menos, que criem procedimentos que mitiguem o risco de arbítrio.

É desejável que normas delimitem os procedimentos a serem seguidos pela Administração no curso das negociações, prevendo principalmente meios de registrá-las e promover transparência. Isso pode ser observado no Decreto nº 11.129/2022, que regulamenta a Lei Anticorrupção, e cujo art. 38 § 5º prevê que a análise da proposta de acordo de leniência “*será instruída em processo administrativo específico, que conterà o registro dos atos praticados na negociação.*”

O art. 26 da LINDB é, também, exemplo importante da tentativa da fixação de regras aptas a conter abusos. O dispositivo, ao passo em que possibilita a composição de interesses de forma ampla, alerta que o acordo: (i) deve ter como norte solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; (ii) não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; e (iii) deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

O Poder Judiciário, com base nessas normas, pode exercer algum tipo de controle. Em primeiro lugar, pode impor, na prática, os limites determinados nas normas que vinculam a ação administrativa material e processualmente. Além disso, será possível a utilização de uma série de opções do cardápio de controle da ação administrativa. Por exemplo, como já afirmado, a consensualidade abusiva é forma de desvio de finalidade, de abuso de poder: a abusividade em questão implica usar uma estratégia (acordo) para fim diverso da negociação consensual entre as partes, em violação ao art. 2º “e” parágrafo único “e” da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), tal como visto no item III.2.

A consensualidade abusiva também poderá ser identificada em conjunto com a violação aos deveres de motivação, publicidade e moralidade (arts. 2º *caput* da Lei nº 9.784/1999 e 37 *caput* da Constituição). Afinal, quando celebra pactos, como em qualquer outra esfera, a Administração deve atuar de forma transparente, fundamentada e pautada nos interesses públicos. Podemos registrar, ainda, dentre outras possíveis fundamentações, a vulnerabilidade do particular diante do Poder Público na mesa de negociação (art. 2º inciso IV da Lei de Liberdade Econômica e 113 § 1º, IV do CC).

Numa outra banda, a consensualidade abusiva também pode ser vislumbrada com base em abordagens típicas do Direito Civil. A despeito de possuir lógica diversa daquela do direito público, trata-se de um ponto de partida viável. Dessa perspectiva, a noção se aproxima da ideia de *abuso de direito*, incorporada pelo art. 187 do CC, de acordo com a qual “*comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.

Ainda com inspiração na esfera civilista, a celebração de acordos desproporcionais pode ser lida à luz da tipologia dos vícios de consentimento dos negócios jurídicos de um modo geral, a exemplo da *coação*, quando houver ameaça iminente à integridade ou aos bens do sujeito (arts. 151 e ss. do Código Civil – CC), ou mesmo da *lesão*, se ficar demonstrado que, diante da premente necessidade ou inexperiência, houve a assunção de obrigações desproporcionais (art. 157 do CC). Também se poderia falar em *simulação* do negócio jurídico, ao revelar uma estrutura que difere de seus reais objetivos. Tudo isso implica violação aos princípios da boa-fé e da função social dos negócios jurídicos (arts. 421 e 422 do CC), que devem nortear a celebração, execução e interpretação dos negócios jurídicos em geral.

À luz desse ferramental, é possível aventar, ainda que introdutoriamente⁵⁸, alguns caminhos de atuação por parte dos magistrados. Pode-se, por exemplo, cogitar-se de posturas que incluam: (i) interpretar o acordo em favor do particular, caso sobrevenham dúvidas quando da sua execução; (ii) anular as cláusulas ou o acordo como um todo, no intuito de evitar a assunção de obrigações desproporcionais; e/ou (iii) reduzir gravames excessivos ou desproporcionais do acordo ao particular, de modo a torná-los mais equânimes para as duas partes⁵⁹.

Essas três soluções devem considerar as peculiaridades do caso concreto. Não necessariamente a nulidade será a melhor medida a ser tomada. Em alguns casos, inclusive, geraria distorções, e as consequências devem ser sopesadas. Daí a necessidade de se empregarem soluções adequadas para lidar com a consensualidade abusiva *vis-à-vis* as respectivas peculiaridades das situações específicas.

Questão jurídica interessante é saber se a Lei nº 13.869/2019 (Lei do Abuso de Autoridade), que tipifica determinadas condutas como sendo abusivas, seria parâmetro para avaliar abusos consensuais no direito administrativo. Parece-nos que o diploma é voltado a tipificar condutas do ponto de vista criminal. Nada obstante, determinadas vedações previstas na norma se aplicam a ações abusivas perpetradas em processos administrativos, a exemplo dos artigos 27, 30 e 32, os quais podem ter uma relação com a consensualidade abusiva. O art. 27 trata da requisição de instauração de procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática do ato ilícito. Ressalvam-se as sindicâncias sumárias e preliminares devidamente justificadas. Deixando de lado as dúvidas sobre a sua constitucionalidade, o art. 27 é possível norte para identificar abusos. Ele mostra a preocupação do legislador

⁵⁸ É claro que os caminhos sugeridos ensejam reflexões, inclusive quanto ao risco de excesso de ativismo judicial. Isso pode ser o foco de estudos futuros, incompatíveis, porém, com o objetivo deste artigo que se volta a iniciar reflexões a propósito da consensualidade abusiva, enquanto fenômeno do Direito Administrativo atual.

⁵⁹ Algo similar, aliás, ao autorizado pelo art. 413 do Código Civil que permite ao magistrado reduzir equitativamente o valor da cláusula penal em contratos privados se manifestamente excessivo aos fins que perquire.

com a conduta de investigar sem o mínimo de indícios, o que pode ser instrumento para impor posições em acordos supostamente consensuais. Diga-se o mesmo para o art. 30, que criminaliza a perseguição administrativa contra quem se sabe inocente. Naturalmente, além de criminosa, a conduta será abusiva, inclusive como meio de alcançar acordo com o particular. Cite-se, por fim, o art. 32, que reputa inválido o ato de negar ao interessado acesso aos autos de processo investigatório de natureza criminal, civil ou administrativa. É relevante que essas condutas sejam tipificadas, de modo a evitar seu uso de forma a forçar negociações na esfera administrativa.

Ademais, há boas razões para afirmar que a lógica geral da Lei do Abuso de Autoridade pode ajudar na compreensão do que é indesejável no âmbito consensual do direito administrativo. Por exemplo: assim como previsto na Lei de Abuso de Autoridade, não parece lícito – embora não necessariamente configure crime – constranger o administrado, com grave ameaça (*e.g.* de multa) para fins de celebrar um acordo (v. art. 13). O mesmo raciocínio seria possível para a prática de se estender injustificadamente um processo administrativo sancionador, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou fiscalizado (art. 31). Neste exemplo do art. 31, aliás, talvez seja o caso de incidência do art. 27 da LINDB. Os custos gerados ao particular poderiam ensejar compensação.

Em síntese, a consensualidade abusiva se manifesta de várias formas no cotidiano e há ferramentas para lidar com essa prática, as quais devem ser selecionadas e aplicadas à luz das peculiaridades de cada caso. Importante, ainda, que o legislador (e o regulador) esteja atento ao fenômeno e que busque desenhar mecanismos para lidar com as suas dificuldades específicas, como a criação de normas processuais gerais para a prática da consensualidade administrativa. Pense-se, por exemplo, em regras de transparência, de motivação de propostas negociais, ou mesmo sobre quem apresenta a primeira minuta de acordo. Tudo isso pode ter um papel relevante. Mas o fundamental é que existam caminhos a serem desenvolvidos; cada um com suas vantagens e desvantagens, mas sempre com os cuidados necessários e a atenção devida aos riscos que buscamos apontar. De toda forma, já existem disposições na legislação nacional que podem ser consideradas para que se reprimam atividades negociais abusivas envolvendo a administração pública, a exemplo das normas citadas de direito civil, da lei de abuso de autoridade, a legislação que veda o desvio de finalidade e abuso de poder, bem como o próprio art. 26, LINDB. Resta-nos aprofundar o tema sobre como manejar esses institutos quando se observar tal fenômeno em cada caso concreto. Esse pode ser objeto de novos estudos que aprofundem a sistematização teórica que propomos, de alguma forma, iniciar neste texto.

5. CONCLUSÃO

A consensualidade administrativa, conquanto consagrada como instrumento relevante de atuação pública, traz desafios. A consensualidade abusiva é um deles. Trata-se dos casos em que, ao ensejo de buscar solução dialógica, o Poder Público

esconde imposições arbitrárias. Cuida-se de um desvio de finalidade no processo negocial, em que, no lugar de um diálogo entre as partes, os agentes públicos se valem de estratégias para impor sua vontade ao particular. A jurisprudência começa a apresentar casos nos quais essa discussão ganha espaço no Brasil, mas ainda faltam aprofundamentos acadêmicos específicos sobre ela.

O estudo de uma noção de consensualidade abusiva tem relevância teórica e prática. No mundo das ideias, ela enriquece os debates sobre a consensualidade na Administração Pública, propondo análises críticas sobre seus eventuais descaminhos por parte do administrador. No plano prático, sugere estratégias voltadas a mitigar os problemas da consensualidade abusiva em casos concretos, bem como ser base para a constituição de ferramentas para solucionar casos concretos, como os listados acima.

O objetivo neste trabalho não foi o de exaurir a discussão ou propor soluções definitivas e absolutas para contornar o problema, mas provocar discussões sobre o tema, sugerindo caminhos para sua sistematização. Caminhos que partem, primeiro, da constatação de que há **assimetria de poder de negociação** entre o Poder Público e o particular, o que, por vezes, é usado com ainda mais intensidade. Essa assimetria, num segundo momento, desdobra-se na adoção **cláusulas abusivas**, que seriam aquelas nas quais o Estado estabelece obrigações para o particular desproporcionais aos fins que buscam. Não necessariamente todo acordo imposto terá cláusulas abusivas, mas é possível que a consensualidade abusiva ganhe espaço tanto na proposição e aceitação do acordo quanto na redação de suas disposições.

Como possíveis soluções para enfrentar o problema, o direito público brasileiro possui normas, ainda que não sistematizadas, que podem ser úteis para reprimir o desvio de finalidade na celebração de acordos administrativos, a exemplo: (i) dos arts. 26 e 27 da LINDB, que versam sobre o dever de proporcionalidade nos acordos e nos processos administrativos; (ii) do art. 2º alínea “e” e parágrafo único alínea “e” da Lei de Ação Popular, que torna causa de nulidade o desvio de finalidade na ação administrativa em geral; (iii) dos arts. 2º *caput* da Lei nº 9.784/1999 e 37 *caput* da Constituição, que consagram os deveres de motivação e publicidade na administração pública; e (iv) de alguns dispositivos da Lei de Abuso de Autoridade (notadamente os arts. 27, 30 e 32), os quais reprimem certas condutas das autoridades públicas em processos administrativos. Isso sem mencionar normas de direito civil que vedam o abuso de direito, a coação, a lesão e a simulação (arts. 187, 151, 157, 421 e 422), as quais são nortes para identificação de situações ilícitas.

Tudo isso fornece um aporte jurídico relevante para subsidiar o combate à consensualidade abusiva. Amparado por elas, é possível adotar estratégias que vão desde a sugestão de mudanças legislativas voltadas a enfrentar o problema, notadamente com normas processuais, até o destaque para que o Poder Judiciário possua caminhos para inibir essas práticas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**, São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ALMEIDA, Fernando Menezes Dias de. **Mecanismos de Consenso**. In. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (org.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, Eficiência e Modelões de Gestão Pública: um Ensaio. **Revista do serviço público**, nº 03, v. 48, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª ed., rev. e at., São Paulo: Malheiros, 2014.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BIANCHI, Bruno Guimarães. **Acordos de Leniência: entre a Consensualidade e a Imperatividade na Lei Anticorrupção**. Curitiba: Editora Ítala, 2023, pp. 187 – 192.

BINENBOJM, Gustavo. A Consensualidade Administrativa como Técnica Juridicamente Adequada de Gestão Eficiente de Interesses Sociais. **Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, 2020.

CANETTI, Rafaela Coutinho. **Acordo de Leniência: Fundamentos do Instituto e os Problemas de seu Transplante ao Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CHEVALLIER, Jacques. A Governança e o Direito. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 3, nº 12, Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os Grandes Traços do Direito Administrativo no Século XXI. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 16, n. 63, Belo Horizonte, 2016.

CRESPO, Andrew Manuel. The Hidden Law of Plea Bargain. **Columbia Law Review**, Vol. 118, v. 5, 2018. Disponível em:
<<https://columbialawreview.org/content/the-hidden-law-of-plea-bargaining/>>



CYRINO, André; DEFANTI, Francisco. **Notas sobre a Consensualidade Administrativa e a Obra da Professora Patrícia Baptista**. In: TELLES, Christina; PIRES, Thiago Magalhães; CORBO, Wallace (Org.). *O Direito Público por Elas*. 1ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, v. 1.

DANTAS, Bruno. **Consensualismo na administração pública e regulação. Reflexões para um direito administrativo do século XXI**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33ª ed., rev., at. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas**, 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2011.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, Vol. I, 20ª ed., Madrid: Thomson Civitas, 2005.

FAGUNDES, Seabra. Conceito de Mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, nº 23, 1951.

FARIA, Luzardo. O Fenômeno de Consensualização do Direito Administrativo: Fundamentos, Repercussões e Críticas. In **Interesse Público**, ano 22, n. 121, 2020, p. 111-143.

FINE, Ralph Adam. Plea Bargaining: An Unnecessary Evil. **Marquette Law Review**, Vol. 70, nº 4, 1987.

FREITAS, Juarez. Direito Administrativo não Adversarial: a Prioritária Solução Consensual de Conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, 2017.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB – Novo regime Jurídico de Negociação com a Administração Pública. **Revista De Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018.

JOHNSON, Thea. Criminal Law: Coercitive Plea Bargain. **The Journal of Criminal Law and Criminology**, Vol. 111, No. 1, 2020.

LEAL, Victor Nunes. Poder Discricionário da Administração - Abuso Dêsse Poder

- Mandado de Segurança - Direito Líquido e Certo. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 14, 1948.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação**. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção. **Revista de Direito Administrativo Econômico**, n. 27, 2011.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. **Comentários à Lei n 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica para a Inovação Pública)**. São Paulo: Fórum: 2019, pp. 97 e ss.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **A Superação do Ato Administrativo Autista**. In: Odete Medauar; Vitor Rhein Schirato. (Org.). *Os Caminhos do Ato Administrativo*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 89-113.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, v. 9, 2019, p. 341-352.

MCADAMS, Richard H. Beyond the Prisoners' Dilemma: Coordination, Game Theory, and Law. **University of Chicago**, Working Paper nº 437, 2009.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**, 3ª ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – o Caso Brasileiro. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas Públicas e Parcerias: Juridicidade Flexibilidade Negocial e Tipicidade na Administração Consensual. **Revista de Direito do Estado**, nº 01, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NOAH, Lars. Administrative Arm-Twisting in the Shadow of Congressional



Delegations of Authority. **Wisconsin Law Review**, v. 1997, n. 5, 1997.

PALMA, Juliana Bonacorsi. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação Consensual: a Experiência das Agências Reguladoras de Infraestrutura com Termos de Ajustamento de Conduta. **REI - Revista de Estudos Institucionais**, v. 3, n.1, 2017.

ROSS, Stephen F. Bordenkircher v. Hayes: *Ignoring Prosecutorial Abuses in Plea Bargaining*. Penn State Law, 1978.

SALATHÉ, Felipe. **Controle e Consensualidade: o Controle de Acordos Substitutivos por Tribunais de Contas**. In. Leal, Fernando; MENDONÇA, José Vicente. Transformações do Direito Administrativo: Debates e Estudos Empíricos em Direito Administrativo e Regulatório (org.). Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi. Consenso e Legalidade: Vinculação da Atividade Administrativa Consensual ao Direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 24, 2011, Bahia.

SILVA, Vasco Manoel Dias Pereira da. **Em Busca do Ato Administrativo Perdido**. Coleção Teses, Coimbra: Almedina 2003.

STF, ADI nº 1.051, Plenário, Rel. Min. André Mendonça.

STF, ADI nº 1.923, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, Redator do Acórdão: Min. Luiz Fux, j. 16/04/2015.

STF, ADI nº 2.946, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 09/03/2022.

STF, ADI nº 3.378, Plenário, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 09/08/2000.

STF, ADPF nº 1.051, Plenário, Rel. Min. André Mendonça.

STF, ADPF nº 508, Decisão Monocrática, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 17/09/2019.

STF, ADPF nº 568, Plenário, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

STF, AI nº 52.181, Plenário, Relator Min. Bilac Pinto, in RTJ 68/382.

STF, RE nº 253.885-0, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 04/06/2002.

STF, Reclamação nº 43.007, Decisão Monocrática, Rel. Min Dias Toffoli, j. 06/09/2023.

STJ, MS nº 11.308, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09/04/2008.

STJ, REsp nº 612.439, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio, Noronha, j. 25/10/2005.

STJ, REsp nº 819.734, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 20/05/2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo: O Novo Olhar sobre a LINDB.** São Paulo: Fórum, 2023, p. 53.

SUNDFELD, Carlos Ari; VORONOFF, Alice. *Art. 27 da LINDB: Quem Paga a Conta pelos Riscos dos Processos?* **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018.

TCU, Acórdão nº 2.121/2017, Processo nº 022.280/2016-2, Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, j. 27/09/2017.

TCU, Acórdão nº 2.573/2012, Processo nº 003.499/2011-1, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 26/09/2012.

TCU, Acórdão nº 3.160/2020, Processo nº 000.723/2020-7, Plenário, Rel. Min. Vital do Rego, j. 15/11/2020.

TRF-2, Processo nº 0001603-94.2013.4.02.5001, 6ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Salete Macalóz, j. 13/03/2016.

TRF-3, Processo nº 5000111-53.2018.4.03.6108, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Luis Antonio Johansom di Salvo, j. 19/03/2021.

VALLE, Vanice Lírio. **Transigibilidade na Administração Pública: uma Faceta da Consensualidade no Direito Administrativo do Século XXI**, Fórum Administrativo, São Paulo: Fórum, ano 11, n. 123, 2011.

VASCONCELOS, Caio Tácito Sá Viana Pereira de. **Desvio de Poder em Matéria Administrativa.** Tese apresentada para o concurso de livre docente de Direito Administrativo, na faculdade de Direito do Rio de Janeiro (*no prelo*), 1951.



VIANO, Emílio. Plea Bargaining in the United States: a Perversion of Justice. **Revue Internationale de Droit Pénal**, Vol. 83, 2012.

VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador: Justificação, Interpretação e Aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WU, Tim. Agency Threats. *In Duke Law Review*, Vol. 60, 201