

## **2. O Acordo Administrativo entre o Direito Público e o Direito Privado: Emergência de uma Racionalidade Jurídico – Normativa Público – Privada?**

VIVIAN CRISTINA LIMA LÓPEZ VALLE

*“É possível evidenciar a modificação paulatina do tradicional regime de direito administrativo em prol de uma disciplina mais aberta aos direitos e interesses do cidadão e da comunidade em geral e mais paritária entre as entidades intervenientes. No termo desse percurso aparece-nos a noção de relação jurídica administrativa, espécie de denominador comum de toda uma evolução do direito administrativo processual, procedimental e até orgânico.”<sup>1</sup>*

### **1. O consensualismo como alternativa ao regime jurídico administrativo de unilateralidade e verticalidade**

O Direito Administrativo brasileiro é um direito em transição e mutação. Encontra-se entre uma construção teórica sustentada na unilateralidade e na verticalidade e o aumento significativo da complexidade das relações Estado-Sociedade, com emergência de relações paritárias, que

<sup>1</sup> CABRAL DE MONCADA, Luís S. *A relação jurídica administrativa*. Para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativos. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 11.

pressupõem novos papéis para o Estado e para a Sociedade Civil Organizada, e novas possibilidades na relação com o Mercado.

Nesse contexto o acordo administrativo passa a ser importante instrumento de desenvolvimento e de realização do interesse público e a reflexão sobre o consensualismo e a definição de um regime jurídico entre o direito público e o direito privado, com estabelecimento de uma racionalidade jurídico - normativa público - privada apresenta-se relevante na contemporaneidade.

O consensualismo precisa ser estruturado e desenvolvido na dogmática acerca do regime jurídico dos acordos administrativos no Brasil. A necessidade de segurança jurídica nas relações jurídico administrativas bem como o ambiente de crise e de crítica ao modelo de autoridade, sobretudo no espaço da contratualização administrativa de longo prazo e no regime sancionatório ordenador, direcionam-no como uma alternativa a uma relação jurídica administrativa verticalizada e unilateral que já não se apresenta capaz de atender adequadamente as demandas de interesse público contemporâneas.

O equilíbrio entre autoridade e consenso no regime jurídico administrativo e o deslocamento da verticalidade para situações episódicas, descaracterizando um regime geral de prerrogativas parece ser um caminho possível. Para isso é necessária a afirmação de uma dogmática que imponha limites à utilização de prerrogativas públicas no exercício de função pública, sobretudo na função pública ordenadora, com revisão do modelo de autoridade, de prerrogativas e de supremacia abstrata do interesse público.

Esse repensar sobre o regime jurídico administrativo implica ser possível sustentar um princípio de liberdade de eleição entre o direito público e o direito privado nas relações jurídico administrativas e essa realidade de mudança é exatamente o que precisa ser seriamente enfrentado na dogmática do Direito Administrativo.

A Administração Pública está em mudança. Reflexos da necessidade dessa reformulação da dogmática já estão sendo sentidos nos seus diferentes espaços jurídicos e as Leis de Arbitragem bem demonstram essa realidade.<sup>2</sup> E se trata de uma realidade de interpenetração público-pri-

<sup>2</sup> Lei n. 13.129/2015 e Lei n. 13.140/2015.

vado no Direito Administrativo em geral e no ambiente dos Contratos Administrativos e do Regime de função ordenadora em especial.

É um direito que se desenvolve a partir da necessidade de satisfação de direitos num ambiente de incremento quantitativo e qualitativo das demandas sociais e de uma proposta de Administração Pública contratualizada. A contemporaneidade exigiu do Estado uma mudança de papel. De Estado prestador direto de serviços públicos, através de estruturas no primeiro setor (sobretudo a partir da segunda metade do século XX), passa-se a um Estado Garantidor de prestações de interesse público (através de relações no segundo setor e no terceiro setor)<sup>3</sup>. Tais relações pressupõem módulos convencionais<sup>4</sup> capazes de permitir desenvolvimento e controle da prestação dos serviços públicos e das atividades econômicas de relevância para o interesse público.

Nesse contexto o Direito Administrativo deixa de fornecer respostas adequadas e satisfatórias a demandas de diferentes realidades. Alicerçado nas bases da dicotomia público-privado do século XIX, espremido na noção de potestade da Administração Pública sedimentada no Brasil a partir da segunda metade do século XX, desconfiado nas relações Estado-Sociedade.

Trata-se de um Direito Administrativo fundamentalmente preocupado com a manutenção da autoridade e que tem a pretensão utópica de, no ambiente contratual, presentificar o tempo futuro, buscando alocar no contrato administrativo todas as relações jurídicas do porvir, com significativo insucesso e prejuízo ao interesse público e à prestação dos servi-

<sup>3</sup> O Primeiro Setor corresponde às estruturas do Estado, englobando a Administração Pública Direta e Indireta, denominado de setor público e responsável pela gestão dos ativos da sociedade, pela tributação e pela promoção da justiça social. O segundo setor é o mercado e corresponde ao conjunto das empresas que exercem atividades privadas com objetivo de obtenção de lucro. Contém o ambiente de concessões, permissões e autorizações e suas relações contratuais com a Administração Pública na prestação de serviços públicos e no exercício de atividades econômicas de interesse público. O terceiro setor corresponde ao espaço reservado às relações públicas, porém não estatais, constituído de organizações sem fins lucrativos, incluindo as Organizações Sociais – OS, a Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP e as demais organizações não governamentais. Trata-se do público não estatal, nem público integralmente e nem privado. O objetivo é o atendimento de finalidades de interesse público.

<sup>4</sup> A expressão “módulos convencionais” é de Fernando Menezes de Almeida. (ALMEIDA, Fernando Menezes. *Contrato administrativo*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012, p. 236.

ços públicos e, no ambiente ordenador, concentra-se na sanção e não no ajustamento da conduta e não na prevenção de novas situações ilícitas.

Nesse espaço o consensualismo administrativo apresenta-se como fundamento de legitimidade de alternativa ao regime jurídico administrativo de unilateralidade e verticalidade.

## 2. A resubstancialização do regime jurídico administrativo

A condição de autoridade da Administração Pública foi estabelecida gradualmente na construção do Direito Administrativo a partir do século XIX e impactou significativamente diferentes espaços da relação jurídica administrativa e sobretudo na construção da Teoria Contratual administrativa brasileira.<sup>5</sup>

Trata-se de regime jurídico baseado exclusivamente na dicotomia público-privado, reservando um regime especial e derogatório ao Estado na prestação dos serviços públicos, com estabelecimento de prerrogativas *a priori* na relação contratual, condicionando desigualdade de posição jurídica entre Poder Público e particulares, com imposição abstrata de supremacia e indisponibilidade do interesse público.

E partindo dessa premissa, no ordenamento jurídico brasileiro as prerrogativas caracterizam o Regime Jurídico Administrativo próprio da Administração Pública, calcado nos princípios da Supremacia do Interesse Público e na indisponibilidade do Interesse Público. A Administração Pública brasileira se organizou sob esses pilares, impondo a sua condição de autoridade em face do particular com a justificativa da proteção do interesse público.

Essas prerrogativas e a posição de desigualdade jurídica da Administração Pública são justificadas axiológica e epistemologicamente pela aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o pri-

<sup>5</sup> "A ideia da 'exorbitância' dos poderes de que a Administração nos contratos que celebra foi, em grande medida, devida ao facto de o Direito Privado utilizado como ponto de comparação ser ainda, na época, o Direito clássico de inspiração novecentista. Esse direito contratual do século XIX caracterizava-se por ser de premissas individualistas, tais como a liberdade contratual e a igualdade jurídica das partes. Entendidas de uma forma absoluta, essas premissas giravam em torno de ideia fundamental de autonomia privada e eram, de facto, incompatíveis com situações de domínio de uma das partes num contrato. À luz desses cânones tradicionais do Direito contratual privado era, na realidade, impensável que uma das partes pudesse ditar a seu bel-prazer a interpretação das cláusulas contratuais ou qualquer modificação à sua redacção inicial". (ESTORNINHO, Maria João. *Requiém pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 140).

vado. A questão é que no Brasil a interpretação desse princípio, a partir da segunda metade do século XX, ensejou uma posição de supremacia da Administração Pública, representada pela verticalidade existente nas relações com o particular, com a justificativa de se buscar a satisfação do interesse da coletividade.

No espaço temporal anterior ao regime democrático estabelecido com a Constituição de 1988, é possível identificar interpretações do princípio como uma regra abstrata de supremacia, na qual a Administração Pública poderia restringir direito do particular justificando um abstrato e genérico interesse público, sem relacioná-lo com o caso concreto e sem efetuar a devida ponderação de valores.

O início do século XXI é marcado por forte crítica à ideia de supremacia e ao próprio princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ao qual é atribuído caráter autoritário incompatível com a Constituição Federal.

Apontando uma origem autoritária do Direito Administrativo e baseada nas prerrogativas, Paulo Otero, contudo, entende que, no final do século XX, operou-se uma crise de identidade, em que o Direito Administrativo vivenciou uma progressiva amputação de poder em favor do direito privado.<sup>6</sup>

Mas é relevante destacar a controvérsia doutrinária sobre o tema. Analisando as raízes históricas do Direito Administrativo, Romeu Felipe Bacellar Filho evidencia a inadequação da ideia de que o contencioso administrativo teria sido criado para o exercício de arbitrariedade sem controle judicial, que seria um instituto herdado do Antigo Regime.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> "Em termos históricos, o Direito Administrativo nasceu ao arpejo do princípio da separação de poderes, sendo o Direito das prerrogativas de autoridade e não das garantias dos administrados. A evolução do Direito Administrativo operou-se em termos contraditórios, entre constante tentativa de fuga da Administração Pública às vinculações e a paralela preocupação de limitação do seu espaço de liberdade decisória. As últimas décadas do século XX trouxeram uma crise de identidade ao Direito Administrativo, vivendo numa encruzilhada científica pela progressiva amputação do seu espaço de operatividade a favor do Direito Privado, pela emergência das autoridades administrativas independentes e por uma descaracterização do sentido da função administrativa face à função jurisdicional". (OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 343).

<sup>7</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 211, jan./mar. 1998, p. 71-72.

Em outro sentido, autores como Humberto Bergmann Ávila, Paulo Ricardo Schier, Marçal Justen Filho, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenbajm buscaram demonstrar a insuficiência das bases que compõem o princípio frente ao regime jurídico administrativo e ao ordenamento constitucional, propondo um redimensionamento do princípio e do próprio conceito de interesse público<sup>8</sup>.

Para citar alguns exemplos, sustentando que não se trata nem de norma-princípio nem de postulado, Humberto Bergmann Ávila<sup>9</sup> define a supremacia do interesse público como um axioma. Para o autor não há no ordenamento constitucional fundamento de justificação do referido princípio. Afirma que, embora não se negue a relevância do interesse público, a imposição estatal em face do particular deve ser analisada na medida de sua limitação.

Na mesma linha de desconstrução do princípio, Paulo Ricardo Schier<sup>10</sup> desenvolve um paralelo entre supremacia do interesse público e direitos fundamentais. E aponta que o direito público não pode prevalecer em detrimento do direito privado, e vice-versa, mas devem coexistir em equilíbrio. Compreende a Constituição como unidade e sistema, e afirma a necessidade de se analisar sua completude apontando que todos os valores possuem vinculação e mesmo nível de

<sup>8</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 17/02/2017; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006; SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*, In: SARMENTO, Daniel. (Coord.) *Interesses públicos vs. interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23-116; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Público e a "Personalização" do Direito Administrativo*. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 115/136; SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. Curitiba: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais - UNIBRASIL, jan./jun. 2003, p. 55-72.

<sup>9</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>.

<sup>10</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>.

hierarquia, não justificando a relação de superioridade entre os interesses públicos e privados.<sup>11</sup>

No mesmo sentido, propondo uma ressustancialização do princípio da supremacia a partir da dignidade da pessoa humana e uma personalização do direito administrativo, Marçal Justen Filho propõe um repensar do direito administrativo a partir das ideias de filtragem constitucional, da conformação do direito para orientar e disciplinar as atividades humanas, do questionamento da proposta de que o interesse público deve prevalecer sempre, porque é único e singular.<sup>12</sup>

Marçal Justen Filho afirma a supremacia dos direitos fundamentais e entende que a Administração Pública deve agir em consonância com a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, na qual o direito administrativo deve proteger as minorias e seus interesses, com uma processualização da atividade administrativa e um incremento na participação popular no âmbito das decisões da Administração.<sup>13</sup>

O fio condutor desses raciocínios é um suposto caráter autoritário do princípio, ou do relacionamento Estado-cidadão nos séculos XIX e XX, que se incompatibiliza com o conteúdo programático da Constituição de 1988 e exige submissão ao filtro constitucional. Todavia, defendendo a ausência de um caráter autoritário para o Direito Administrativo e para a noção de supremacia do interesse público e sustentando equívocos interpretativos e metodológicos nessa visão Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem pontuam que o caminho de desenvolvimento dos institutos do Direito Administrativo denota, seja por intermédio da doutrina, seja pela própria jurisprudência do Conselho de Estado Francês, um meio de resistência ao Estado, exemplificando com os temas do serviço público e da responsabilidade civil do Estado, que foram desenvolvidos exatamente para inverter os padrões típicos do Antigo Regime e estabelecer controle do “excesso de poder”.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> *Id.*

<sup>12</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo. *Revista trimestral de Direito Público*, n. 26, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 135-136.

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 75-90.

<sup>14</sup> “A alusão a uma pretensa origem autoritária parece ter como escopo reduzir a força legitimatória de princípios como o do interesse público, ou mais especificamente, da ‘supremacia do interesse público’ –

Concluem os autores que a iniciativa de imputar às origens do Direito Administrativo um caráter autoritário e refutar a ideia de supremacia do interesse público não passa muitas vezes de fuga do regime jurídico próprio de direito público, de prerrogativas imprescindíveis à consecução dos interesses sociais.<sup>15</sup>

Os autores sustentam ainda, que o conceito de interesse público, moldado no século XIX, bem como o aperfeiçoamento de suas ferramentas, representou um inegável avanço, principalmente em relação à proteção do cidadão, pois acabou afastando arbitrariedades praticadas pelo Estado, e citam exemplos de responsabilização, como a possibilidade de controle do Poder Público em razão de suas exorbitâncias no exercício do poder político.<sup>16</sup>

Mariana de Siqueira defende que a titularidade do interesse público não é exclusiva da Administração Pública e que a supremacia do interesse público deve ser encarada sob outra perspectiva, que não permite excluir, em situações concretas, que a melhor solução seja a permanência do interesse particular diante de um interesse público específico. Define a função administrativa como a aplicação da lei de ofício e aponta que a validade das condutas administrativas exige a satisfação de mais do que o interesse público abstrato, de simples observância das normas

*sem dúvida uma interessante crítica que, por sua vez, merece ser refutada. Trata-se, portanto, de uma interpretação da história cujo fim é conferir às proposições do presente um sentido mais facilmente apreensível e consonante com a mentalidade vigente, que é a de maior liberalização e exibição da vida. E embora seja uma 'tese' muito atraente para o indivíduo pós-moderno, que é um sujeito por definição voltado à autonomia, à liberdade e à consensualidade negocial, trata-se de uma teoria de precária capacidade explicativa." (GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-201).*

<sup>15</sup> Os autores afirmam que as teorias que procuram refutar a concepção de superioridade do interesse público, defendendo que tal conceito representaria um viés autoritário do Poder Público, representam, na maioria das vezes, uma forma de abandono do regime jurídico próprio do Direito Público, pois este atribui à Administração certas prerrogativas que são necessárias à persecução de seus objetivos. (*Id.*, p. 195-196).

<sup>16</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 195-196.

legais, e sim de observância do que é o interesse público em concreto. Para a autora o interesse público é fim, fundamento e limite do agir administrativo e precisa ser pensando de forma racional, científica e jurídica.<sup>17</sup>

Esse viés, de uma adequada compreensão do princípio da supremacia e das instituições políticas do Estado, localizada de acordo com a realidade atual e os anseios sociais na contemporaneidade, sem desprezar as conquistas contra o arbítrio do Poder Público praticado no século XIX e nos séculos anteriores, assim como em certa medida ainda presente no século XX e atualmente, é extremamente útil para justificar a resubstancialização do regime jurídico administrativo.

De todo modo, o que se discute é uma alternativa à existência de um regime geral de prerrogativas, estabelecido na lei, estruturando desigualdade jurídica na relação jurídico administrativa, num modelo em que a Administração Pública invoca um interesse público abstrato, não materializado no caso concreto e hipotético para justificar a utilização de suas prerrogativas.

Por tudo que até aqui já se aludiu, é possível afirmar que o estabelecimento das prerrogativas como elemento estruturador da relação jurídico administrativa gera como consequência uma visão do particular como litigante e produz insegurança jurídica e desestabilização.

Thiago Valiati em conclusão acertada sobre o tema e focando em matéria de infraestrutura, assinala que a insegurança jurídica encontra-se difundida no Legislativo, no Executivo e no Judiciário e também arraigada na práxis administrativa brasileira (“*insegurança é segurança*”), devendo ser combatida de modo a propiciar desenvolvimento.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> SIQUEIRA, Mariana de. **Interesse público no Direito Administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016, p. 2-10.

<sup>18</sup> “A insegurança jurídica, em matéria de infraestrutura, encontra-se difundida por todo o lugar: nos três Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário), na execução dos contratos regulatórios de infraestrutura, na atuação das agências reguladoras e dos órgãos de controle etc. À semelhança do que George Orwell já apregoava em sua clássica obra distópica, “guerra é paz, liberdade é escravidão, ignorância é força”, tem-se um verdadeiro panorama de duplificação arraigado na práxis administrativa brasileira (“*insegurança é segurança*”). Insegurança jurídica generalizada no contexto nacional. Mas tal conjuntura de insegurança nos setores de infraestrutura não pode ser aceita como uma realidade imposta pelos Poderes Públicos a ponto de os agentes econômicos e os estudiosos do Direito acomodarem-se com ela. Assim como dois e dois não são cinco, uma realidade de insegurança não configura um cenário aceitável e conforme ao princípio da segurança jurídica. Esta lamentável realidade precisa ser revertida. Vale dizer, a insegurança jurídica não pode ser encarada com normalidade e aceita como uma realidade padroni-

O Direito Administrativo não pode mais ser um direito de colisão entre interesses públicos e privados, mas sim um direito de distribuição entre interesses privados perante a Administração Pública. A Administração Pública não pode se utilizar de prerrogativas para se posicionar com autoritarismo.

Busca-se um modelo teórico e um regime legal que permita uma Administração Pública constitutiva da sociedade, com equilíbrio das posições jurídicas.<sup>19</sup> A visão do particular como litigante é incompatível com um modelo pautado na ponderação de valores, na razoabilidade e na definição de um interesse público concreto, relacionado à situação fática e justificador de sacrifício individual somente na valoração no caso concreto e na exata medida do indispensável ao interesse público.

O enquadramento do particular como litigante permite a sustentação de um modelo de supremacia abstrata, em que não há níveis de ponderação nem relação com o caso concreto e impede a aplicação de um modelo de prevalência concreta, no qual somente há sacrifício do particular se houver um interesse público bastante e suficiente, que justifique tal sacrifício. Cabe destacar que a Constituição de 1988 não traz em si fundamento axiológico ou epistemológico que justifique essa visão beligerante e, pelo contrário, é permeada pela lógica da igualdade, da segurança jurídica, da boa-fé e do desenvolvimento.

Todo o sentido da Constituição de 1988 comunica-se com a promoção da estabilidade das relações jurídicas, com o desenvolvimento da segurança jurídica nas relações Estado-sociedade, as quais devem estar marcadas pela boa-fé. E a proposta da segurança jurídica e boa-fé é antagônica à posição do particular como litigante.

*zada. Os Poderes estatais precisam se mover em direção a um cenário que consolide um maior grau de segurança aos agentes econômicos ou, pelo menos, reduzir esta insegurança a um grau considerado aceitável. Trata-se de um dever constitucional por parte dos Poderes Públicos. E de um direito constitucional dos agentes econômicos e dos cidadãos que usufruem das infraestruturas, à luz do direito ao desenvolvimento, consagrado na Constituição Federal". (VALIATI, Thiago Priess. O princípio constitucional da segurança jurídica nos setores de infraestrutura – a segurança como dever dos Poderes Públicos e como direito dos agentes econômicos. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2016. p. 216).*

<sup>19</sup> SILVA, Vasco Pereira da. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 149-297.

### 3. O acordo administrativo e a possibilidade de eleição entre o direito público e o direito privado

A contemporaneidade traz consigo significativa crítica ao binário autoridade-liberdade e à dicotomia público-privado na estruturação da relação jurídico – Administrativa.<sup>20</sup>

Na contemporaneidade de um Estado de Parcerias é importante um esforço doutrinário e metodológico para a identificação de uma nova racionalidade jurídica, capaz de manter hígidas as garantias ao interesse público e ao mesmo tempo ressubstancializar a relação jurídica administrativa para viabilizar através de um ambiente menos imperativo e mais paritário a satisfação dos direitos sociais.

Essa ressubstancialização exige uma mudança paradigmática, que pressupõe a substituição do paradigma da autoridade por um novo paradigma, focado na paridade e aberto para as diferentes realidades que se comunicam com o Direito Administrativo. A virada paradigmática deve levar em consideração as relações de internalidade e externalidade no Direito Administrativo, especialmente considerando as relações entre Direito, Economia e Política.

É necessário revisar categorias metodológicas. Na realidade europeia, o regime jurídico dos acordos que envolvam a pessoa jurídica de direito público foi inspirado pela submissão ao direito público ou pela submissão ao direito privado.

A submissão ao direito público se fez presente no modelo francês e a submissão ao direito privado se destacou no modelo alemão e no inglês. Atualmente, há uma tendência de convergência dos modelos, especialmente pelo foco no livre mercado do direito europeu, que vem diluindo a relação autoridade-liberdade como tradicionalmente vista na Teoria Contratual Administrativa.

<sup>20</sup> No sentido de uma aproximação do regime público e do regime privado, Gustavo Justino de Oliveira se posiciona: “É inegável que assiste-se hodiernamente a uma aproximação entre o regime de direito público e o regime de direito privado, que aliás constituiu-se em uma das prospecções para a Administração pública contemporânea, apontada por Massimo Severo Giannini em 1980.” (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **A arbitragem e as parcerias publico-privadas.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 2, Instituto de Direito Público da Bahia, 2015. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-2-maio-2005-gustavo-justino.pdf>>. Acesso em: 15/02/2017.

O acordo administrativo não é estático e sim dinâmico e não se pode perder de vista sua essência. O acordo administrativo não pertence a um ou outro ramo específico do Direito e não pertence nem ao direito privado nem ao direito público<sup>21</sup>.

Nesse sentido, Fernando Menezes de Almeida, tratando de contratos administrativos em especial e de acordos em geral, apresenta o contrato como superconceito, patrimônio comum de toda a ciência do direito, da teoria do direito e sustenta o equívoco da doutrina tradicional que afirma o contrato administrativo como exceção ao contrato baseado no direito civil.<sup>22</sup>

É a ideia de ir para além das aparências que se apresenta compatível com as atuais necessidades da Administração Pública, que evidenciam uma interpenetração público-privado que não cabe na lógica da unilateralidade das relações administrativas formulada nos séculos XVIII e XIX.

Ao tratar das dimensões público e privado no direito, Maurizio Fioravanti as inclui como princípios fundamentais da Constituição Democrática, ambas necessárias para a vida da democracia, tendo a Constituição Democrática como uma das principais tarefas estabelecer o espaço público, o espaço privado e seus limites. Destaca o autor que o modelo democrático não pressupõe um modelo constitucional flagrantemente publicístico e que a relação público-privado é consagrada nas Constituições Democráticas.<sup>23</sup>

E prossegue o autor afirmando que Público e Privado não são outra coisa senão duas dimensões fundamentais da democracia.<sup>24</sup> Maurizio

<sup>21</sup> Mário Masagão já sinalizava nesse sentido na década de 1970. (MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 287).

<sup>22</sup> ALMEIDA, Fernando Menezes. *Contratos administrativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 12-25.

<sup>23</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Público e Privado: os princípios fundamentais da Constituição Democrática. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, n. 58, p. 7-24, 2013.

<sup>24</sup> "as duas dimensões fundamentais da democracia, ambas necessárias para a própria vida da democracia. Por um lado, a liberdade dos privados e o princípio da livre autodeterminação dos indivíduos, por outro, a força e a autoridade da res publica. Nenhuma democracia é imaginável sem essas duas dimensões. Não é por acaso que uma das principais tarefas das Constituições democráticas é aquela de estabelecer o espaço e a profundidade de um e de outro, do Público e do Privado, e, portanto, de estabelecer também os limites de cada um, o ponto para além do qual o Público tende a exorbitar e a violar arbitrariamente as esferas dos indivíduos, e o ponto para além do qual, na dimensão privada..."

Fioravanti questiona se existe um modelo constitucional sobre o qual é possível orientar um correto relacionamento entre Público e Privado.<sup>25</sup> O objetivo é demonstrar a existência de um espaço de diálogo Estado-Sociedade mais equilibrado e um relacionamento público-privado sem prevalências *a priori*.

Nesse sentido a total inadequação da dicotomia público-privado já anteriormente apontada. Na Teoria Contratual Administrativa, essa realidade é sobretudo ampliada, com significativas consequências para o interesse público, de ordem econômica (pelo aumento do litígio e das consequências dele decorrentes envolvendo Contratos Administrativos), de ordem social (pela paralização ou não atendimento adequado de serviços públicos através dos Contratos Administrativos), de ordem política (pela perda de legitimidade da ação estatal na satisfação dos direitos fundamentais).

Mário Masagão em 1977 já apontava, quanto à natureza do contrato, que este não era figura peculiar e exclusiva do direito civil.<sup>26</sup> Contemporaneamente e alinhado à noção de que os desafios da Administração Contemporânea necessitam da construção de uma doutrina de interesse público entre as fronteiras do público e do privado está Romeu Felipe Bacellar Filho.

O autor parte da premissa de que o contrato administrativo é instituto de direito, não pertencente especialmente nem ao direito público nem ao direito privado.<sup>27</sup> Tal fato desafia a criação de uma nova regulação, especialmente considerando as deficiências do modelo tradicional unilateral frente às necessidades atuais e a necessária construção de um modelo de consenso e negociação compatibilizado com os pilares de

*poderes dos privados tende a ameaçar a integridade da res publica*". Para o autor, se isso não for claro e comum a crise se instala nas democracias e o espaço Público e o espaço Privado tendem a se exceder e a se ameaçar reciprocamente, entrelaçando-se de modo disfuncional, com prejuízo para ambos e para a sociedade civil. (*Id.*).

<sup>25</sup> *Id.*

<sup>26</sup> "Realmente, o contrato não é figura peculiar ao direito privado. Seu conceito pertence à teoria geral do direito, e suas manifestações tanto surgem em matéria civil e comercial como no campo do direito público interno e externo." (MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 283).

<sup>27</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p.182-183.

supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público estabelecidos no Regime Jurídico Administrativo.

Na contemporaneidade não faz sentido questionar se o regime é de direito público ou de direito privado. O regime administrativo pode ser contratual com um único regime jurídico. A realidade contratual pressupõe diferentes relações contratuais com regimes jurídicos distintos, em que a questão público e privado sequer se coloca, pois elementos dos dois ambientes podem estar presentes.

Parece clara a necessidade de adoção de um regime jurídico de direito nos Acordos Administrativos, nem público nem privado, desafiando a criação de uma nova regulação, que não permita a substituição de prerrogativas por lógicas exclusivas de consenso, mas que permita o equilíbrio entre essas duas realidades. Um regime geral que permita a adoção de vários regimes específicos, distintos entre si, aplicáveis às diferentes estruturas convencionais da Administração Pública. Um regime que não possua a pretensão totalizante de ser único e aplicável a realidades distintas uniformemente.<sup>28</sup>

Fernando Menezes de Almeida desenvolve a proposta do contrato administrativo ser contrato de Direito, o que não significa que o direito que o regula seja fragmentado (seja como um dado da realidade, ou como fenômeno social, ou como fenômeno normativo ou como ciência do direito).<sup>29</sup>

Prossegue o autor afirmando que o conteúdo estabelecido sob a rubrica Direito Administrativo pressupõe uma determinada configuração sócio-política do Estado que só passa a existir em meados do século XVII e XVIII. Isso não quer dizer que o contrato pertença ao Direito

<sup>28</sup> Fernando Menezes de Almeida distingue os diferentes módulos convencionais da Administração Pública, demonstrando claramente a necessidade de adoção de diferentes regimes jurídicos. (ALMEIDA, Fernando Menezes. *Contratos administrativos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 231).

<sup>29</sup> O autor assinala que um primeiro pressuposto então é entender que contrato não é uma figura do Direito Civil que foi adaptada pelo Direito Administrativo. Antes de mais nada é uma figura do próprio Direito. Se circunstancialmente por razões históricas aquilo que convencionalmente se chama Direito Civil abrange mais do assunto de contratos isso se explica pelo modo de ser da sociedade humana ao longo dos tempos. A consolidação do Direito Civil precedeu historicamente a consolidação do Direito Constitucional e do Direito Administrativo. (*Ibid.*, p. 174-180.)

Civil porque quando o Direito Administrativo surgiu ele já era trabalhado no Direito Civil.<sup>30</sup>

Partindo dessa perspectiva, discutir regime de Direito nos acordos administrativos é discutir sobre heteronomia e autonomia. A lei é um modo de produção normativa que pressupõe que o destinatário não necessariamente participe com a sua vontade para a formação da norma, expressando o princípio da heteronomia e a obrigatoriedade perante o cidadão.

Mas a Constituição pode optar pelo princípio da autonomia, em que as partes, os indivíduos que estarão sujeitos àquela norma participam eles mesmos com a produção do conteúdo específico da norma. A vontade do destinatário da norma participa da formação da norma. Relevante neste contexto é a reflexão sobre quando cabe o princípio da autonomia e quando cabe a heteronomia. Para Fernando Menezes de Almeida não existe uma regra *a priori*, ideal. Para certas situações um é melhor que o outro, a critério de cada sociedade.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Fernando Menezes de Almeida afirma que o ser contrato é o mesmo. Não há uma diferença ontológica. Essa é uma primeira premissa. Usando a palavra contrato num sentido amplo, um segundo elemento é verificar como são produzidas as normas jurídicas que regem a vida em sociedade. Essa pergunta induz a distinguir contrato de outros modos de produção normativa. Porque alguém é obrigado a fazer algo? Por força de lei. O que é a lei na sua essência? É fruto de convenção humana. É ato de vontade. Existe porque alguém quis que aquilo fosse lei. Neste ponto, transita-se por uma teoria de direito que pressupõe a norma como ato de vontade. Para o autor, o direito é fenômeno que essencialmente expressa vontade. Dentre os fenômenos psíquicos há o que é vontade e o que é conhecimento. A postura do conhecimento não é de querer, mas de observação da realidade. A postura do ato de vontade pretende configurar as condutas futuras. Isso dá origem à dicotomia básica em teoria do direito da distinção entre ser e dever ser. Prossegue afirmando que a vontade lida com o dever ser e tem pouco haver com aquilo que é. O fato de alguém ser obrigado a fazer alguma coisa não guarda nenhuma relação com a coisa feita. Opera-se no direito com vontade e decisão volitiva de alguém sobre o que deve e não deve acontecer, existindo dois mecanismos básicos pelos quais a vontade opera na formação do direito em relação aos sujeitos envolvidos. O direito é algo criado pela vontade humana e não é um dado da realidade natural. É algo que o homem decide criar por um ato de vontade. Quem decide criar? Por que a lei decide criar? Por trás do fato da lei obrigar está a decisão de cada um concordar que a lei obrigue. Isso está presente na doutrina ocidental e parte da ideia de um contrato social, metajurídico, *a priori*, fictício. Não é um contrato no sentido do contrato administrativo, mas a ideia de convenção é a mesma. (*Ibid.*, p. 104 e ss.)

<sup>31</sup> ALMEIDA, Fernando Menezes. **Contratos administrativos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 379-385.

Defende-se uma nova relação público-privado, em que um misto de autonomia e heteronomia é necessário para o atendimento das demandas contemporâneas. O Direito Administrativo tradicional surgiu no contexto do Direito Europeu Ocidental estabelecendo submissão dos governantes à lei e impondo-se contra a sobreposição dos governantes à lei. Nesse momento surge a figura da Administração Pública como sujeito de direito. Ela não apenas é sujeito ao direito como se põe nas relações jurídicas como sujeito de direito.

Esse foi o grande problema teórico no século XIX para a concepção do acordo administrativo, com reflexões que concluíam pela impossibilidade de acordo quando se tratava da Administração Pública, vez que esta não poderia livremente fazer acordos de vontade porque suas relações jurídicas reger-se-iam estritamente pelo princípio da heteronomia. Essa visão é própria do Direito Administrativo do século XIX, que posiciona a soberania como atributo da Administração Pública.<sup>32</sup>

E no contexto de heteronomia as prerrogativas nos Acordos Administrativos aparecem como regra geral e essência, o que denota um desperdício do acordo como importante modelo de conformação da sociedade e de desenvolvimento.

A construção de uma doutrina de interesse público que não se fixe na dicotomia público-privado é indispensável para a construção de novos paradigmas na Teoria da Relação Jurídico Administrativa. O Direito Administrativo que justifica os acordos não é nem público nem privado. Rótulos muito estanques segmentam e fracionam as realidades complexas do ambiente consensual administrativo e impossibilitam um olhar para além do direito, substancializado e ressubstancializado pela interação das externalidades da Política, da Economia, do Mercado e da própria sociedade civil.

Não se discute que o regime público possa ser associado a modos heterônomos de ação (a autoexecutoriedade própria do Estado por certo não acompanha as relações individuais) assim como não se discute que o privado possa ser associado a modos autônomos de ação (as lógicas de liberdade e autonomia privadas não repercutem igualmente no espaço público).

<sup>32</sup> *Id.*

Conforme apontado por Santiago Gonzalez-Varas Ibáñez, firmou-se no direito espanhol o princípio da absoluta liberdade de eleição de regime jurídico público ou privado para a regulação dos sujeitos que realizam funções administrativas. Faz-se necessário discutir os limites dessa liberdade. O autor analisa as possibilidades jurídicas sobre a atividade administrativa ser regida por um direito privado e para isso analisa o direito alemão, no qual a liberdade de eleição de regime jurídico entre direito público e direito privado é um princípio característico.<sup>33</sup>

O que se pode afirmar como certo é que não há sentido em se estabelecer rigidamente e de forma estanque, divisora e excludente, uma dicotomia público e privado no regime jurídico dos Acordos Administrativos.<sup>34</sup>

O que é público não é um regime aplicável à Administração Pública. Há relações tipicamente públicas no momento em que a auto-executoriedade aparece<sup>35</sup>. E o contrário também é verdadeiro. Existem situações em que excepcionalmente a Administração Pública não possui autoexecutoriedade e outras situações nas quais excepcionalmente os indivíduos a possuem, como por exemplo legítima defesa, defesa da posse.

Percebe-se, portanto, certa incongruência na afirmação da autoridade dentro de um regime exclusivo de direito público aos Acordos Administrativos. Romeu Felipe Bacellar Filho nesse sentido afirma que o predomínio da autoridade no Direito Administrativo fez com que o "negócio" fosse proibido, estabelecendo a imperatividade do ato administrativo como "sacralização do poder estatal", e, portanto, dificultando

<sup>33</sup> No direito alemão também é característico que se a atividade for regida pelo direito privado, sua atuação respeitará os princípios gerais do direito administrativo, donde resultaria um direito administrativo privado. A questão é saber em que medida há a liberdade de eleição de regime jurídico em relação a competências tipicamente administrativas e em que medida o direito privado pode ser regulador dos entes criados para cumprir funções administrativas. IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. *El Derecho Administrativo Privado*. Madrid: Montevideo, 1996, pp. 87-128).

<sup>34</sup> Essa divisão consolidou-se no Brasil somente na segunda metade do século XX, a partir da década de 1980, com o Decreto Lei n. 2.300/86 e após, com a Lei n. 8.666/93.

<sup>35</sup> O ato administrativo é autoexecutório pela mesma razão que a lei o é. Expressão de ato de vontade heterônomo estatal. Enxergar o regime de direito público como autoexecutório faz afirmar que o Direito Administrativo é necessa-

a adoção de uma Administração Pública inserida num panorama de bilateralidade e consenso. E ainda assinala que essa é uma visão monolítica de Administração Pública, fundada num conceito de interesse público "absoluto e homogêneo", que recusa interpretações dissidentes.<sup>36</sup>

Buscando identificar o lugar do acordo administrativo no Direito Administrativo, Casalta Nabais parte da premissa de que a figura contratual foi gradualmente se instalando no Direito Administrativo e no direito público.<sup>37</sup>

Nesse sentido, Marçal Justen Filho aponta que a tendência à contractualização da função administrativa é reflexo da ampliação do Estado Democrático de Direito, na medida em que o exercício das competências públicas torna-se cada vez mais sujeito à negociação com a comunidade. E pontua o autor que nas prestações de fazer a única alternativa é o contrato.<sup>38</sup>

Na linha da redução da autoridade na relação contratual, sustentando o consenso e transação novamente cabe a citação de Romeu Felipe Bacellar Filho, que afirma que a Administração Pública está autorizada a

<sup>36</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p.192-193.

<sup>37</sup> Refere que apesar do contrato estar intimamente associado ao direito público, enfrentou sérias dificuldades para assegurar um *campus* próprio e que o tempo estabeleceu lugar ao contrato no direito público, onde hoje sua presença já não é mais contestada. (CASALTA NABAIS, José. *Contratos fiscais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994, pp. 9-84).

<sup>38</sup> "Assiste-se em fenómeno muito peculiar, consistente na organização da sociedade civil. Surgem entidades privadas, sem fins lucrativos, que se interpõem entre o Estado e a Comunidade. Os poderes Públicos deixam de ser exercitados autoritariamente e a democracia manifesta-se como concordância das decisões públicas como os interesses concretos da comunidade. Isso se passa no próprio âmbito dos atos unilaterais. Daí a crescente importância do instrumento contratual, que tende a substituir amplamente as figuras unilaterais. Observe-se que, em muitas hipóteses, sequer há alternativa para o Estado, fora contratar. As garantias constitucionais impedem a requisição compulsória da prestação privada consistente em fazer. O Estado pode apropriar-se compulsoriamente do patrimônio privado, por via da desapropriação. Logo, as prestações de dar, quando houver recusa do particular em aquiescer com a decisão estatal, podem resultar no exercício do poder autoritário do Estado. Mas é inviável o Estado constranger um sujeito a uma prestação positiva, de natureza patrimonial, em benefício dele (Estado). A única via é produzir a colaboração por via negocial. Por todos esses fatores, a relevância do contrato administrativo é cada vez mais intensa. O grande universo das prestações positivas de fazer escapa ao âmbito do poder de construção unilateral do Estado. Somente mediante concordância do particular é que se abre oportunidade para o Estado valer-se dos préstimos dos sujeitos privados. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 155).

celebrar acordos e transacionar a fim de evitar litígios despropositados que somente prejudicariam suas finalidades.<sup>39</sup>

A verdade é que a doutrina vem identificando a insuficiência e inadequação da dicotomia entre a supremacia do interesse público e a autonomia privada. Giorgio Berti nesse sentido defende o banimento da usual contraposição entre o princípio da supremacia do interesse público e a autonomia privada.<sup>40</sup>

O que se propõe é exatamente a limitação da condição potestativa de intervenção e subordinação na esfera da liberdade individual, justamente pela alteração da posição do Estado na relação jurídica administrativa.

Pretende-se uma alteração qualitativa das posições jurídicas na relação jurídico administrativa. Isso acarretará, necessariamente, uma reorganização do poder e uma heterocontenção deste. De todo modo, não se pode discordar da lógica que exige a prevalência do interesse público (e a utilização de prerrogativas, se necessário) no confronto com interesses privados.

Mas a premissa da relação jurídico administrativa não pode mais ser a autoridade. O consenso aparece como muito mais do que uma fonte de legitimação. Apresenta-se como essência da relação jurídica e vai revelar-se no seu planejamento e na sua execução.

Para isso não se pode partir de um modelo abstrato e teórico de sustentação da relação jurídica, pois as realidades não se justificam através da legitimação de autoridade abstratamente colocada. O ponto de partida pressupõe discussão e não imposição.

<sup>39</sup> “A transação pressupõe a existência de um espaço de conformação que a Lei outorga ao administrador (em outras palavras, discricionariedade) para valorar, no caso concreto, as medidas necessárias para a proteção do interesse público. Transacionar não importa abrir mão do interesse público. A transação existe para permitir a concretização do interesse público, sem excluir a participação dos particulares interessados na solução da contenda.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 192-193). Entretanto, a aplicação da transação implica em dificuldades para a relação jurídico-administrativa e não apenas e especificamente para a teoria dos contratos. Este é um assunto correlato à tese, mas paralelo, que será na sequência abordado, especialmente no enfrentamento da arbitragem na Administração Pública.

<sup>40</sup> “Deve-se banir a usual contraposição entre princípio da supremacia (esfera do Direito Administrativo) e da autonomia privada (esfera do Direito Privado). Mesmo a autonomia privada não se apresenta mais como liberdade de contratar como direito absoluto em sentido patrimonial.” (BERTI, Giorgio. **Il Principio Contrattuale Nell'Attività Amministrativa**. In: SCRITTI in Onore di Massimo Severo Giannini, Milano: Giuffrè, p. 61).

A legitimação desse novo modelo pode ser buscada através da conciliação dinâmica entre autonomia da vontade e indisponibilidade do interesse público para além da dicotomia público-privado e conduz a uma flexão a novos horizontes, especialmente considerando que o princípio da indisponibilidade é fundamentalmente uma limitação ao Poder Público, não sendo limitante da autonomia da vontade.<sup>41</sup>

Ao mesmo tempo em que é possível afirmar a inadequação do questionamento sobre ser o regime jurídico administrativo de direito público ou de direito privado, é importante destacar que o modelo contemporâneo proposto é estruturalmente diferente deste modelo binário público-privado.

Não apenas circunstancialmente diferente, mas estruturalmente diferente. E é por isso que não se pode falar em publicização do privado e privatização do público, porque pressupõe aceitar a dicotomia público-privado e capitular frente aos novos horizontes, em especial frente à concepção de regime de direito exclusivamente, nem público nem privado, como já afirmado anteriormente.

A ruptura com o paradigma da unilateralidade aparece na eleição do conceito de Relação Jurídica Administrativa, como já dito, enquadrado como elemento central na Teoria Administrativa Contemporânea, conforme pontua Cabral de Moncada<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Considere-se que o fato de a Administração não poder transigir em algum aspecto que prejudique o interesse público, pode ir contra o interesse de transação de um particular, mas isso não quer dizer que a Indisponibilidade afete o direito do particular (essa afetação indireta está na esfera do ser e não na esfera do dever ser).

<sup>42</sup> E o autor também aponta que foi durante o século XX que nasceu o Estado Social ou Progressivo, com isso a atuação deste Estado se alterou, passando de uma atuação neutra para um papel calcado na intervenção direta. Essas mudanças impactaram fortemente no Direito Administrativo, pois alteraram a relação entre o indivíduo e o Estado. E, essas alterações também atingiram outras vertentes do direito, abrangendo tanto o âmbito público quanto o privado, ampliando a aplicação do contrato como um meio de realização das atividades administrativas, em substituição ao modelo autoritário, trazendo mudanças no objeto do ato administrativo, bem como aos poderes envolvidos na sua elaboração. Discorre o autor que o renovado modelo se propagou a partir dos anos 1980 e consiste em uma administração pluralista e "pollicêntrica", que se parece com a desenvolvida no setor privado. Como resultado houve a ruptura do modelo clássico de Estado baseado na centralização e hierarquia no uso de seu poder. (CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Autoridade e liberdade na teoria do ato administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 126-128).

A doutrina da relação jurídica busca na Constituição seu fundamento de aplicabilidade e justificação. A sua legitimidade radica-se na concepção de que a relação entre o Estado e o cidadão é uma relação jurídica e não uma mera ligação de sujeição entre o poder administrativo e um administrado. Não é relação de poder vez que Estado e cidadão estão submetidos ao Direito e a Administração Pública não possui nenhum poder preexistente à Constituição, justificador de uma relação de subordinação pré-jurídica, abstrata e geral.<sup>43</sup>

Entender a relação jurídica como a chave da dogmática do Direito Administrativo significa considerar que a maior e mais importante parcela das situações administrativas corresponde a um esquema relacional mais adequado à compreensão da maior parcela dos fenômenos administrativos da atualidade.<sup>44</sup>

A Administração Pública como função constitutiva da sociedade e de relações administrativas multilaterais modifica a compreensão do processo de tomada de decisão administrativa, a começar pela própria noção de processo, passando pela revisão inclusive dos motivos determinantes da decisão, considerando os diferentes legitimados a intervir.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 149-297.

<sup>44</sup> Vasco Pereira da Silva aponta vantagens da relação jurídica como conceito central do Direito Administrativo: a) a busca dos interesses públicos por parte da Administração Pública não significa sempre o uso dos poderes de autoridade, sendo cada vez mais frequente formas não autoritárias; b) nos casos em que a Administração Pública goza de autoridade não se trata de uma posição de poder, mas do exercício de um poder jurídico; c) compreensão do posicionamento relativo a diversos sujeitos administrativos tanto nas relações unilaterais como nas consensuais; d) compreensão dogmática das posições ativas e passivas dos particulares e da Administração Pública anteriores e posteriores à prática do ato; e) explicação dos efeitos das atuações administrativas multilaterais da moderna Administração Pública de infraestruturas (relação jurídica multipolar); f) possibilita melhor entendimento das relações jurídicas duradouras e g) enquadramento do procedimento como espaço em que se desenvolvem relações jurídico-administrativas. (SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 2003, pp. 149-297).

<sup>45</sup> Sobre relações jurídicas multipolares: *“Com efeito, a abordagem ao fenómeno negocial não poderá nunca perder de vista o facto de a relação jurídica existente nos procedimentos adjudicatórios se apresentar, em regra, como uma relação jurídica poligonal ou multipolar. Diferentemente das relações jurídico-administrativas, marcadas por ‘um esquema referencial binário – de um lado os poderes públicos administrativos e do outro lado um cidadão (particular) ou vários cidadãos com interesses idênticos’ – nas relações poligonais é possível identificar mais do que dois polos de interesse. Não raras vezes nestes diversos polos, os sujeitos aparecem com posições conflitantes entre si, interessados em actuações dife-*

Essa proposta exige um regime equilibrado de prerrogativas e consensualismo.

#### 4. A construção de uma racionalidade jurídico – normativa pública – privada

O ambiente da Administração Pública nesse contexto é de paridade. Luiz Cabral de Moncada, sobre o assunto, afirma que a relação entre a Administração e os cidadãos é uma relação jurídica caracterizada pela tendencial paridade entre a Administração e aqueles na base de direitos e deveres recíprocos e compreende as relações com os cidadãos que estão imersos em relações gerais ou especiais de poder.<sup>46</sup>

Os marcos teóricos ligados às ideias de universalidade, abstração e imperatividade não se sustentam na contemporaneidade. Essas ideias estão de acordo com uma concepção de Estado como centro unitário de poder e isso não se aplica hoje. O Estado é o resultado de vários grupos de poder e o direito necessita se acomodar nesse ambiente sem esquecer que atua em uma área em constante e estrutural mutação.

O Direito Administrativo pode reorganizar-se a partir dessa nova concepção de relação jurídica. Mas para isso necessita abandonar suas bases tradicionais de sustentação, especialmente centradas na dicotomia público-privado, num ambiente hermético de soluções jurídicas aplicáveis, pouco permeável à mutabilidade própria das relações negociais administrativas.

A chamada Administração Pública paritária, consensual, pretende discutir o modelo da autoridade e reorganizar as bases de sustentação da Teoria Do Direito Administrativo, incluindo a transação na essência dos Acordos Administrativos. A proposta sustenta-se na necessidade de

rentes (ou até contrárias) da Administração.” (SOUSA, Luis Verde de. *A negociação dos procedimentos de adjudicação*. Uma análise do Código nos contratos públicos. Coimbra: Almedina. 2010, p. 44-45).

<sup>46</sup> CABRAL DE MONCADA, Luis S. *Autoridade e consenso na teoria do acto administrativo*. Op. Cit., p. 516. O autor prossegue às fls. 519 apontando que “A relação jurídica constitucional que vê no cidadão como também dissemos já, é a consequência natural da relação jurídica constitucional que pensa o contrato um titular de direitos contra o Estado em geral e a Administração em particular e que pensa o contrato recíproco numa perspectiva tendencialmente paritária. A relação jurídica constitucional não é apenas uma relação entre os cidadãos e a Constituição. É uma relação entre os cidadãos e a lei e os direitos de acordo com a Constituição.”

reposicionamento da condição e existência de prerrogativas públicas, a partir do conceito de relação jurídica.

Nesse sentido, Francisco Zardo posiciona-se afirmando que o impacto da consensualidade sobre as concepções tradicionais é significativo, e que o uso moderado das prerrogativas especiais da Administração deve ser mitigado sempre que possível pela via consensual, especialmente ao se demonstrar maior vantajosidade ao próprio interesse público.<sup>47</sup>

A consensualidade aparece como elemento decisivo para equilíbrio da relação contratual administrativa complexa, de modo a compatibilizar o ambiente novo da coordenação e cooperação administrativa com a tradicional imperatividade e subordinação da Administração Pública.

Essa Administração Pública negocial tem alterado seu processo de tomada de decisão administrativa, que passa a ser plural, mais igualitário e mais democrático. Nesse ponto Gustavo Justino de Oliveira assinala que a decisão administrativa fica respaldada pela participação popular e terá maior eficácia e efetividade<sup>48</sup>.

Gustavo Justino de Oliveira parece acertadamente definir a questão, estabelecendo equilíbrio entre os dois mundos: o do consenso e o da autoridade. O autor afirma que a Administração Pública consensual não estabelece a superação da Administração Pública imperativa. Há uma nova mudança no eixo do Direito Administrativo, que passa a não ser orientado exclusivamente pela lógica da autoridade, mas permeado também pela lógica do consenso.<sup>49</sup>

Defende-se um regime jurídico administrativo, nem público nem privado, que permita a convivência entre prerrogativas públicas e lógicas como a do consenso e da negociação, e possibilite um regime de prerrogativas definido episódica e especificamente, em substituição a um regime geral e unificado.

O que muda é que a imperatividade não mais será o modo principal de atuação do Estado e a solução lógica para os conflitos de interesse.

<sup>47</sup> ZARDO, Francisco. *Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.196.

<sup>48</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Participação administrativa. In: OSÓRIO, Fabio Medina Souto; VILLELA, Marcos Jurena. *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen JURIS, 2006, p. 401-427.

<sup>49</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino. A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 569.

A imperatividade cede lugar ao consenso como alternativa viável à solução de conflitos. Nesse ponto o reposicionamento das prerrogativas públicas é inevitável.<sup>50</sup> O desafio então é estabelecer estas fronteiras do consenso em face da imperatividade. Ou o limite

Essa lógica que desloca a consensualidade para fora do eixo supremacia-indisponibilidade do interesse público e permite um princípio de eleição entre o direito público e o direito privado, no exercício das relações contratuais, também pode ser sustentada através da análise de Carlos Ari Sundfeld, que defende acordos substitutivos inclusive no ambiente de sanções regulatórias e cita a Lei n. 7.347/85 como permissivo legal, uma vez que esta autoriza que a Administração Pública possa firmar compromisso de ajustamento de sua conduta (TAC) para adequação das condutas dos interessados às exigências legais, mediante cominações, atribuindo a este acordo, inclusive, eficácia de título executivo extrajudicial.<sup>51</sup> No mesmo sentido, adotando a possibilidade de acordos substitutivos e integrativos de decisões sancionatórias está Gustavo Binenbojm.<sup>52</sup>

Esse é o ponto onde a unilateralidade volta-se ao consenso, e o consenso volta-se à unilateralidade. São exemplos como esse, de acordos substitutivos de atos unilaterais, que permitem a construção de uma doutrina de consensualidade para fora do eixo supremacia-indisponibi-

<sup>50</sup> De todo modo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que a face imperativa do Poder só deve aparecer quando absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável ao interesse público. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 37-48).

<sup>51</sup> Para o autor a aceitação dos acordos substitutivos depende da autorização legal. Aponta que a Lei Geral de Telecomunicações delega para a agência reguladora competências e esta poderia estabelecer por regulamento acordos substitutivos. Prossegue afirmando que o art. 5º, parágrafo 6º, da Lei da Ação Civil Pública, Lei n. 7.347/85, autoriza a celebração de acordos substitutivos pelas autoridades administrativas (§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial). (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jr da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 133-151, abr./jun. 2011).

<sup>52</sup> BINENBJOM, Gustavo. Poder de polícia ordenação regulatória. Transformações políticas-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Prefácio de Roberto Barroso. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 111.

lidade do interesse público e um princípio de eleição entre o direito público e o direito privado no exercício das relações contratuais.

O que se pretende é a discussão de uma nova raiz dogmática para o direito administrativo, especialmente considerando que quando a Administração Pública opta pelo acordo está optando pelo consenso e não pela autoridade, adotando *um princípio da preferência ao consenso*.

E aparece estruturalmente na relação jurídica Estado-Sociedade, o princípio da Colaboração, como elemento estruturador dos relacionamentos público-privados e definidor dos novos arranjos de interesse público. Esse é o espaço da Administração Pública relacional. Esse é o espaço do consensualismo no direito administrativo.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.) Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. Contrato administrativo. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012.

ANTUNES, Luis Felipe Colaço. O Direito Administrativo sem Estado. Crise ou fim de um paradigma? Coimbra: Coimbra, 2008.

\_\_\_\_\_. O Direito Administrativo e a sua justiça no início do século XXI. O esquecimento do interesse público no Direito Administrativo. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. In: \_\_\_\_\_. (Org.). Privatización y liberalización de servicios. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999.

\_\_\_\_\_. Estudio Introductorio. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar *et al.* (Org.). Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, título I. Granada: Comadres Editorial, 2002.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 17/02/2017.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 211, jan-mar, 1998.

\_\_\_\_\_. Contrato Administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). Direito Administrativo Contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Reflexões sobre Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- BINENBJOM, Gustavo. *Poder de polícia ordenação regulação. Transformação político-jurídicas, económicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Prefácio de Luis Roberto Barroso. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.
- CAERAL DE MONCADA, Luís S. *A relação jurídica administrativa. Para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Consenso e autoridade na teoria do contrato administrativo*. Lisboa: Quæ Juris, 2012.
- CASALTA NABAIS, José. *Contratos fiscais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito dos contratos públicos. Por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Público e Privado: os princípios fundamentais da Constituição Democrática*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 50, 2013.
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *O suposto carácter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *A relação jurídica fundada em contrato administrativo*. In: SEMINÁRIO DE JUSTIÇA ADMINISTRATIVA 9. Cadernos de Justiça Administrativa. n. 64. jul/ago. 2007.
- \_\_\_\_\_. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Entidades Privadas com Poderes Públicos: O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Gestão em contratos públicos em tempo de crise*. In: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). *Estudos de contratação pública - III*. Coimbra: Coimbra, 2010.
- \_\_\_\_\_. *O contrato administrativo - Uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*. 1. reimp. Coimbra: Almedina, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante*. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr./jun. 2011.

\_\_\_\_\_. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

\_\_\_\_\_. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014.

IBÁÑEZ, Santiago Gonzalez-Varas. El Derecho Administrativo Privado. Madrid: ed. Montecorvo, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo. Revista trimestral de Direito Público, n. 26, 1999. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.) Direito Administrativo Contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. O direito administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. Concessões de rodovias – a experiência brasileira. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

\_\_\_\_\_. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003.

MASAGÃO, Mario. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

\_\_\_\_\_. Natureza jurídica da concessão de serviço público. São Paulo: Saraiva, 1933.

MONCADA, Luis Cabral de. Manual elementar de direito público da economia e da regulação. Uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. Autoridade e liberdade na teoria do Ato Administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. O futuro das cláusulas exorbitantes no contrato administrativo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.) Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

- MUNIZ, Mariana. Lei da Arbitragem abriu caminho para mediação e conciliação. JOTA, 31 ago. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/consenso/lei-da-arbitragem-abriu-caminho-para-mediacao-e-conciliacao-diz-especialista-31082016>>. Acesso em: 01/02/2017.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Contrato de gestão. São Paulo: RT, 2008.
- \_\_\_\_\_. Participação administrativa. In: OSÓRIO, Fabio Medina Souto; VILLELA, Marcos Jurena. Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lúmen JURIS, 2006.
- \_\_\_\_\_. A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. A arbitragem e as parcerias publico-privadas. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 2, Instituto de Direito Público da Bahia, 2015. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-2-maio-2005-gustavo-justino.pdf>>. Acesso em: 15/02/2017.
- SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Interesses públicos vs. Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, UNIBRASIL, jan./jun. 2003.
- SIQUEIRA, Mariana de. Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011.
- \_\_\_\_\_. Direito Administrativo Ordenador - a interferência estatal na vida privada. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. Público e privado no desenvolvimento de empreendimentos estatais. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabricio; GABARDO, Emerson (Coord.) Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- VALIATI, Thiago Priess. O princípio constitucional da segurança jurídica nos setores de infraestrutura - a segurança como dever dos Poderes Públicos e como direito dos agentes econômicos. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2016.
- ZARDO, Francisco. Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.