

haveria que se falar em desvio de poder. A questão do pagamento de impostos não está no fim determinante da desapropriação, mas pode servir de interesse secundário a se considerar na ponderação dos interesses a ser levada a cabo no processo decisório.

3.8. A "PROCEDIMENTALIZAÇÃO" COMO NECESSÁRIA CONTRAPARTIDA À "FLEXIBILIZAÇÃO RESPONSÁVEL"

Na complexidade da função administrativa da sociedade pluralista, praticamente, nenhuma decisão se esgota em um único ato, isto é, mesmo quando a Administração não se vale da atuação unilateral, sua decisão, usualmente, é tomada na seqüência de um procedimento. Nesse sentido, João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, acompanhando a lição de Robert Alexis, entende o sistema jurídico como um conjunto de normas (regras e princípios) e de procedimentos⁵²⁵. O procedimento apresenta-se como o resultado de uma série de actos e factos, em progressão obrigatória, preordenados em vista a um efeito final⁵²⁶; é, portanto, a fase dinâmica do sistema jurídico.

Para boa parte da doutrina administrativista, o problema central do Direito Administrativo é o "procedimento", que é o elemento comum no relacionamento entre Administração e administrado, quer quando a Administração Pública atua "agressivamente", quer quando em atuação prestacional. O procedimento administrativo regula, em regras mais ou menos detalhadas, a tomada de decisões unilaterais, como estabelece comportamentos administrativos que antecedem a elaboração de contratos, assim como determina as formalidades a seguir em atuações administrativas de caráter técnico⁵²⁷. Enfim, é aplicável a qualquer decisão administrativa, favorecendo a melhor valoração e ponderação das situações, com vista a uma decisão, que pode ser ato da Administração, a celebração de contrato, ou a produção de norma⁵²⁸.

Trata-se de mecanismo necessário para a preparação da decisão administrativa, em face do alargamento da complexidade das situações e

525 Cf. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento...*, cit., p. 26.

526 Nesse sentido, LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento...*, cit., p. 49.

527 Cf. SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca...*, cit., p. 121.

528 Nessa mesma direção, DUARTE, David. *Procedimentalização...*, cit., p. 91-93.

interesses da sociedade moderna. Na atual sociedade pluralista, na qual a Administração Pública conta com múltiplos interesses a perseguir, prevalece a razão da prossecução múltipla de finalidades, funcionando o procedimento, necessariamente, como estrutura de ordenação flexível, capaz de coordenar a variedade não previsível de interesses conjugados⁵²⁹.

A disciplina do procedimento administrativo possibilita a audição e participação institucionalizada do administrado, além de favorecer o controle e, com isso, a legitimidade da atividade administrativa⁵³⁰. Como afirma João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, *a expansão das possibilidades participativas reforça a legitimidade das decisões administrativas, ao introduzir um elemento dialógico nas decisões; mas aquela não se confunde com uma aceitação pelos participantes*⁵³¹. A participação do administrado não lhe atribui sempre um poder de co-decisão, mas tem inegável virtualidade legitimadora, uma vez que expressa a dimensão de audição, que permite que o administrado passe de mero objeto da decisão a sujeito desta. Com esse sentido pode-se falar de uma função legitimadora dos procedimentos, desde que estes sejam estruturados de forma justa.

O procedimento não apenas liga atos e fatos da Administração em uma cadeia ordenada em direção a um resultado final, mas também é o mecanismo que integra dinamicamente sujeitos e interesses em uma trama organizativa, possibilitando, além da participação do administrado, a mais adequada ponderação dos interesses envolvidos. O procedimento administrativo, assim, é o local de confluência e comparação de todos os interesses intervenientes, públicos ou

529 Cf. DUARTE, David. *Procedimentalização...*, cit., p.26.

530 Como observa João Carlos Simões Gonçalves Loureiro (*O procedimento...*, cit., p. 94), no quadro de um paradigma participativo, de uma colaboração dos cidadãos na transformação do poder em acto ou contrato administrativo, da multiplicação dos centros de interesse e de teias de relação, o procedimento administrativo passou a concorrer com o procedimento legislativo na produção de legitimidade ou legitimação do sistema político. A idéia de um procedimento justo alcança inegável dimensão política. Embora não cabendo nas fronteiras deste trabalho alongar a discussão, cumpre verificar, em sintonia com a lição de João Carlos Simões Gonçalves (*O procedimento...*, cit., p. 116-118), que o procedimento não tem, por si só, virtualidades legitimatórias suficientes, embora uma certa conformação procedimental seja necessária, ou seja, não se pode falar de uma justiça procedimental pura. Em compasso com a lição de Luhmann, cumpre verificar o risco do procedimento conduzir a uma aceitação sem motivos.

531 Cf. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento...*, cit., p. 118.

privados, que possam afetar a decisão administrativa final, possibilitando, dessa forma, que esta espelhe uma síntese dos diversos interesses envolvidos, e não apenas uma mera expressão da vontade unilateral e pré-configurada da Administração Pública⁵³².

Nesse compasso, afirma Odete Medauar que, mediante a colaboração individual ou coletiva de sujeitos no procedimento administrativo, realiza-se a aproximação entre a Administração Pública e os administrados, rompendo-se, com isso, a idéia de Administração contraposta à sociedade, deslocando-se a perspectiva do cidadão posto em contínua posição de defesa contra o Poder Público. Como afirma a autora, “o processo administrativo instrumentaliza as exigências pluralistas do contexto sociopolítico do fim do século XX e a demanda de democracia na atuação administrativa”⁵³³.

O procedimento tornou-se importante mecanismo de garantia dos administrados, favorecendo o controle no *iter* de formação das decisões. Diante da incapacidade do controle parlamentar, o procedimento reforça o controle, em especial em face do crescimento da complexidade da Administração Pública. Diante de um Estado contemporâneo que ampliou seus objetivos e que se muniu de “poderes colossais”, a garantia do cidadão não mais reside, sobretudo, na prévia delimitação de finalidades, mas descansa especialmente na prefixação de meios, condições e formas a que se tem de cingir para alcançá-los⁵³⁴. De fato, a colaboração dos administrados e o conhecimento do modo de atuação administrativa, decorrentes da procedimentalização, facilitam o controle por parte da sociedade, do Poder Judiciário e de todos os outros entes que fiscalizam a Administração⁵³⁵.

No Estado Democrático de Direito (pluralista), constata-se certo desapontamento com a operatividade prática que as soluções jurisdicionais oferecem⁵³⁶, razão pela qual se reforça a necessidade de buscar soluções pré-contenciosas, sobretudo consensuais. Requer-se, assim, a necessária transferência da solução dos conflitos para o mo-

mento em que estes precisamente se manifestam, isto é, no decurso procedimental. Para tanto, o mecanismo essencial é a abertura da possibilidade de participação dos administrados no *iter* decisório, o que, antes de qualquer coisa, requer transparência da Administração que, sobretudo, deve facultar o acesso dos cidadãos às informações obtidas no seio da máquina administrativa. O procedimento, assim, acaba por se apresentar como uma das soluções para a própria crise de justiça⁵³⁷. Trata-se de um controle “desde dentro”, isto é, incidente sobre a própria intimidade da Administração, ao longo da formação de sua vontade, portanto diferente do controle operado “por fora” pelo Judiciário, geralmente só utilizado *ex post facto*⁵³⁸.

As exigências de participação e intervenção dos cidadãos no processo decisório adquirem uma função de contrapeso e garantia perante as mais amplas margens de valoração que se deve abrir para a Administração na execução e aplicação da lei⁵³⁹. Nesse sentido, o procedimento administrativo é mecanismo compensatório do decréscimo de precisão técnica dos comandos legais, do crescimento da Administração na configuração da vida social, bem como da imperfeição do controle jurisdicional⁵⁴⁰.

A possibilidade de participação dos administrados no procedimento aumenta a legitimidade das decisões, no plano empírico, reduzindo o recurso aos tribunais e facilitando a implementação das decisões⁵⁴¹. Na realidade, *o procedimento administrativo desempenha uma importante tarefa de compensação do déficit de controle judiciário*⁵⁴². Enfim, em face das limitações do controle jurisdicional, evidencia-se a necessidade de reforço da dimensão procedimental, em virtude da impossibilidade de revisão plena das decisões administrativas.

532 Cf. STIPO, Massimo; GALATERIA, Luigi. *Manuale...*, cit., p. 468.

533 Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito...*, cit., p. 187-188.

534 Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, cit., p. 445-449.

535 Nesse sentido, MEDAUAR, Odete. *Direito...*, cit., p. 188.

536 Cf. DUARTE, David. *Procedimentalização...*, cit., p. 38.

537 Nesse sentido, DUARTE, David. *Procedimentalização...*, cit., p. 40. Como pondera o autor (p. 41), este mecanismo, maximizante da intervenção procedimental dos particulares pela mais-valia do contraditório que introduz, é, porventura, o ponto nuclear da antecipação do conflito que o procedimento hoje incorpora, ao deslocar a conflitualidade do momento “decisão/reacção graciosa e contenciosa” para um momento anterior onde há, pelo menos, a hipótese de se dissolverem ainda em consenso, na decisão, parte dos interesses divergentes que tradicionalmente se colocariam frente a frente no campo dos tribunais.

538 Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, cit., p. 453.

539 Cf. PAREJO ALFONSO; JIMÉNEZ BLANCO; ORTEGA ÁLVAREZ. *Manual...*, cit., p. 24.

540 Cf. DUARTE, David. *Procedimentalização...*, cit., p. 95.

541 Cf. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento...*, cit., p. 119.

542 Cf. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento...*, cit., p. 85.

O “tipo burocrático” de Administração, tal qual concebido por Max Weber, foi profundamente alterado, hoje, pela participação dos administrados no procedimento, dando ensejo a certa repartição do poder administrativo entre a burocracia e uma pluralidade de intervenientes. De fato, a Administração politiza-se crescentemente ao assumir, com maior flexibilidade decisional, seu papel na implementação de políticas públicas, ao mesmo tempo em que se vê confrontada com a necessidade de participação dos cidadãos no próprio procedimento de tomada de decisões administrativas, envolvendo-se, assim, em um complexo processo de concertação⁵⁴³.

O procedimento é o mecanismo adequado para que se possa alargar a capacidade de decisão do sistema administrativo de uma sociedade pluralista “hipercomplexa”⁵⁴⁴; trata-se de condição necessária, embora não suficiente, para que se possa obter uma decisão justa e eficiente⁵⁴⁵. O procedimento é instrumento fundamental para a racionalidade das decisões e para a eficiência administrativa, uma vez que permite a elaboração de rotinas essenciais em uma organização, bem como a criação de mecanismos de coordenação, facilitando o suprimento dos défices de informação da máquina burocrática e possibilitando melhor tratamento das informações, com a conseqüente melhor qualidade das decisões⁵⁴⁶. Ademais, a decorrente melhor aceitabilidade das opções administrativas facilita a implementação destas, reduzindo os custos que resultariam em outro cenário, além de prevenir o recurso ao oneroso processo judicial⁵⁴⁷.

A procedimentalização propicia a uniformização jurídica das soluções administrativas, isto é, possibilita uma atuação mais uniforme

em todos os departamentos, aproximando os esquemas de formatação de decisões administrativas⁵⁴⁸. Nesse compasso, é inegável que o procedimento administrativo tem também uma função ordenadora, uma vez que confere ordem à Administração em ação⁵⁴⁹.

A intervenção do particular no procedimento não deve se limitar a tornar possível um meio de defesa de suas posições subjetivas perante a Administração, mas possibilitar um expediente organizativo destinado a favorecer a tomada de melhores decisões administrativas como resultado dessa cooperação⁵⁵⁰. Assim, na realidade, além de sua função garantística, o procedimento deve ser um meio de persecução do melhor interesse público possível no exercício da atividade administrativa⁵⁵¹. Nesse sentido, a disciplina do procedimento administrativo deve propiciar um ponto de equilíbrio que garanta a atribuição de poderes necessários para o estabelecimento das bases para uma decisão acertada e a flexibilidade necessária para a persecução ponderada do universo variado dos interesses públicos, bem como que garanta os direitos dos administrados⁵⁵².

Em conclusão, a persecução de diferentes interesses públicos pela Administração demonstra a importância do papel do procedimento administrativo como instrumento de composição de interesses antagônicos. O procedimento administrativo favorece a preparação da decisão, que se dá pela escolha entre diferentes alternativas, possibilitando a seleção e o processamento de informações, bem como abrindo a oportunidade de introduzir a participação do administrado, permitindo a substituição de decisões autoritárias por alternativas consensuais, decorrentes de um diálogo interativo mais aberto.

À medida que a eficiência da Administração deixa de ser avaliada em termos de “eficiência formal”, para submeter-se a uma prova de

543 Cf. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento...*, cit., p. 69.

544 Cf. CANOTILHO, Gomes. Procedimento administrativo e defesa do ambiente. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Lisboa, p. 169, 266-268, ano 123, n. 3.790-3.801, 1990. Como observa o autor, o procedimento administrativo visa, em primeira linha, assegurar uma decisão justa e eficaz, cumprindo, assim, também, uma função de eficiência. O controle a posteriori pode representar garantia insuficiente, razão pela qual o procedimento pode servir, ainda, de filtro para assegurar, tendencialmente, a legalidade das decisões. Nesse mesmo sentido, David Duarte (*Procedimentalização...*, cit., p. 26-29, 102) observa que, se o processo judicial cumpre quase que exclusivamente uma função de garantia, o procedimento administrativo, além dos objetivos garantísticos, deve servir de apoio à ação administrativa.

545 Nesse sentido, LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento...*, cit., p. 82-83.

546 Cf. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento...*, cit., p. 93.

547 Cf. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento...*, cit., p. 143.

548 Cf. DUARTE, David. *Procedimentalização...*, cit., p. 51-52. Como afirma o autor, a codificação do procedimento administrativo tem demonstrado que os mesmos problemas acabam por ser resolvidos mais ou menos da mesma maneira.

549 Cf. DUARTE, David. *Procedimentalização...*, cit., p. 90.

550 Cf. SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca...*, cit., p. 306.

551 Como afirma Francisco Delgado Piqueras (*La terminación...*, cit., p. 24-25), não se deve vislumbrar a atuação administrativa apenas sob o prisma garantístico formal, mas hay que poner al menos al mismo nivel otros como los de participación, transparencia o eficacia y dar cabida al principio de consensualidad en la concepción del procedimiento administrativo.

552 Na mesma direção, DUARTE, David. *Procedimentalização...*, cit., p. 82.

“eficiência substancial”, a margem de decisão nas mãos da Administração deve se alargar, para possibilitar a escolha do instrumento de ação mais adequado para cada momento. Nesse cenário, “o consenso e o acordo surgem como complemento legitimador idôneo”⁵⁵³.

No moderno Estado Democrático de Direito (pluralista e eficiente), a complexidade da realidade e a malha de interesses públicos a serem buscados pela Administração exigem a atribuição de maiores margens discricionárias para a Administração, o que reclama, em contrapartida, melhores e mais adequados mecanismos de controle. Enfim, a “flexibilização responsável” exige, em contrapartida, uma procedimentalização do mecanismo decisório administrativo que assegure a participação do administrado, que propicie a adoção de soluções consensuais e que favoreça a intervenção de outros órgãos do Poder, proporcionando, assim, maior legitimidade das decisões.

CAPÍTULO 4

A “VONTADE” NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

4.1. NEGÓCIOS JURÍDICOS

O fato jurídico, em sentido lato, é o elemento que dá origem aos direitos subjetivos, impulsionando a criação da relação jurídica, concretizando as normas de direito⁵⁵⁴. Dados os “sujeitos” e os “objetos” do direito, já existe a possibilidade de se estabelecer uma “relação jurídica”, mas esta só se converterá em “ato”, só será realidade social, depois de se produzir um “fato jurídico” que estabeleça a relação entre os “sujeitos”, em função de um “objeto”, vinculando a “ordem jurídica”, armando as vontades dos sujeitos da possibilidade de ação coativa⁵⁵⁵, que será a garantia do direito⁵⁵⁶. Por essa razão é que o fato jurídico é o *princípio criador de toda a vida do direito subjectivo. Sem facto jurídico não pode haver relação jurídica*⁵⁵⁷.

Por “fato” deve-se entender, de modo geral, todo acontecimento ou evento, toda modificação produzida por quaisquer causas na ordem natural dos fenômenos, susceptível de provocar outros fatos, outros fenômenos, numa série indefinida de causas e efeitos. “Fatos jurídicos” são aqueles que produzem certos “efeitos jurídicos”, ou seja, é todo fato capaz de gerar relação jurídica entre os homens, origem de direitos e obrigações a cargo deles. O “jurídico” não é mais do que certo efeito

554 Cf. DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 3.

555 Como observa Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (*Contrato...*, cit., p. 41), “a subordinação, em uma ordem jurídica, não se dá de pessoa a pessoa, mas através de uma relação jurídica, em que as pessoas se situam em posições juridicamente definidas, cujos atos se prevêm e se limitam pelo direito e cujos efeitos pelo direito se encontram assegurados”.

556 Nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do fato jurídico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 145) identifica princípios essenciais que regem as relações jurídicas: “princípio da intersubjetividade” (somente pode haver relação jurídica entre, pelo menos, dois sujeitos de direito); “princípio da correspectividade de direito e deveres” (a todo direito corresponde um dever e, reciprocamente, a todo dever corresponde um direito); “princípio da essencialidade do objeto” (o objeto é indispensável à configuração da relação jurídica).

557 Cf. MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 500.

ministrativos alternativos, tais como os contratos de transação ou mesmo os contratos similares aos contratos sinalagmáticos da doutrina alemã, são, no Brasil, contratos administrativos.

5.4. O CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO ALTERNATIVA AO ATO ADMINISTRATIVO

Na Alemanha, a VwVfG, expressamente, consagrou a admissibilidade geral do contrato administrativo como forma de atuação, ao permitir o recurso à forma contratual, desde que não exista norma jurídica em contrário. Forsthoff, antes mesmo da VwVfG, já observava que o contrato jurídico-público tem em comum com o contrato de direito privado “a coordenação das partes”, que provêm da natureza mesma do contrato, isso é, do fato de ser este uma regulação consensual. Não se deve inferir daí que as partes contratantes devam ser absolutamente iguais juridicamente, caso contrário o Estado jamais poderia ser parte em tais contratos; o decisivo, por certo, é que as partes se coordenem, com eficácia para o futuro, em relação à situação que deva ser regulada pelo contrato. Nessa linha de idéias, o autor já assinalava dois limites à aplicabilidade dos *öffentlich-rechtliche Verträge*, ou seja, a coordenação se exclui: 1. onde a lei prescreva atuação soberana e unilateral estatal e 2. onde essa é incompatível com a natureza das funções administrativas⁹⁰³. Nessa mesma direção, Maurer exclui da possibilidade de contratos administrativos a fixação de impostos e a convocação para o serviço militar⁹⁰⁴.

Uma questão fica marcada: a alternatividade, no Direito alemão, entre o ato administrativo e o contrato administrativo, pelo menos quando se está em causa relações entre a Administração Pública e os administrados. Não se trata de alternativa entre contratos privados e contratos administrativos, como em França, mas o contrato de direito público é considerado em relação ao ato administrativo⁹⁰⁵. Nesse sentido, o contrato administrativo veicula, por vezes, o dever de prati-

car ato administrativo (contrato preparatório), como também pode substituir a emissão de ato administrativo (contrato substitutivo).

Para Maurer, o contrato de direito público pode não estar em qualquer relação direta com o ato administrativo, entretanto, tais casos são possíveis apenas nos casos de contratos celebrados entre duas entidades administrativas colocadas em posição de igualdade jurídica⁹⁰⁶. Por outro giro, como marca o autor, o contrato administrativo sequer entra em consideração como forma de atuação quando: 1. a Administração Pública está, direta ou indiretamente, obrigada, legalmente, a escolher a forma do ato administrativo⁹⁰⁷ ou 2. quando o cidadão se recusa a admitir o contrato administrativo proposto pela Administração.

O contrato de direito público alemão, assim, é uma forma normal de a Administração Pública resolver seus casos concretos, havendo sido estabelecida verdadeira *facultas alternativa* entre o ato administrativo e o contrato⁹⁰⁸. O contrato administrativo, portanto, diz respeito àquelas situações que a Administração Pública poderia resolver de forma unilateral e autoritária, mas que resolveu assim não fazer. A Administração Pública, nesses casos, resolve despir-se de seu manto de poder e prescindir dessa forma de atuação em prol de uma solução consensual, por meio de acordo com os administrados.

Um bom exemplo é apresentado por Maurer:

G solicita uma permissão para restaurante; a autoridade quer autorizar, mas é da concepção que ainda é necessário um dispositivo de proteção ao ruído adicional para a proteção da vizinhança. Ela tem três possibilidades: ela pode unir a autorização com uma condição, ela pode dar uma autorização sob uma cláusula suspensiva e ela pode com o G celebrar um contrato administrativo, pelo qual G se obriga à colocação da instalação. No primeiro caso, a autorização se torna imediatamente eficaz; pela condição adicional, que igualmente apresenta um ato administrativo, G é obrigado a colocar o dispositivo de

903 Cf. FORSTHOFF, Ernst. *Tratado...*, cit., p. 378. Como ilustra o autor, *serían nulos bajo cualquier supuesto los contratos, estipulaciones y promesas vinculativas sobre el uso del poder legislativo*.

904 Cf. MAURER, Hartmut. *Elementos...*, cit., p. 124.

905 Nesse sentido, ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem...*, cit., p. 51.

906 Para Harmut Maurer (*Elementos...*, cit., p. 113), em posição que, quando muito, pode ser válida para o Direito alemão, mas que não se apresenta factível para o Direito Administrativo brasileiro, o contrato administrativo pode ser necessário quando a Administração Pública não pode publicar um ato administrativo por falta de fundamentação jurídica.

907 Há de se observar, porém, como verifica Maria João Estorninho (*Réquiem...*, cit., p. 51), que nada impede à Administração alemã de, paralelamente à prática de um ato administrativo a que está obrigada, celebrar também um contrato. Como exemplifica, *é o exemplo clássico da nomeação de um funcionário por acto administrativo e da celebração simultânea de um contrato quanto às condições futuras de promoção*.

908 Nesse sentido, ERICHSEN; MARTENS. *Das Verwaltungshandeln apud ESTORNINHO, Maria João. Réquiem...*, cit., p. 49-50.

proteção ao ruído. No segundo caso, a autorização somente se torna eficaz quando a cláusula, a colocação do dispositivo de proteção ao ruído, está cumprida. No terceiro caso, G mesmo – por contrato – se obrigou a colocar o dispositivo de proteção ao ruído; a autoridade pode impor a obrigação contratual ou fazer depender a autorização do cumprimento dessa obrigação. A autoridade pode, segundo pontos de vista em conformidade com a finalidade, escolher entre essas três possibilidades⁹⁰⁹.

A forma jurídica de atuação mais típica e usual da Administração Pública é o ato administrativo, como disciplina específica e unitária para o caso concreto; entretanto a Administração Pública pode optar por estabelecer uma regulação harmoniosa e celebrar com o administrado um contrato administrativo⁹¹⁰.

Os contratos administrativos encontram aplicação, sobretudo, quando se trata “do vencimento de fatos complexos” ou quando a regulação legal se limita a especificar a finalidade, mas os meios existentes para a obtenção dessa finalidade são duvidosos ou insuficientes⁹¹¹. Assim, o contrato administrativo cabe, sobretudo, no âmbito da proteção ambiental, do planejamento geral da ordenação urbana e do fomento da economia.

O contrato administrativo é encarado, na Alemanha, como uma regulamentação administrativa de um caso concreto com eficácia exterior⁹¹². Tanto o ato como o contrato administrativo estão previstos no § 9º da VwVfG como formas de conclusão do processo administrativo gracioso, daí o fato de a maioria dos dispositivos da lei de procedimentos administrativos ser aplicável aos contratos, o que permite afirmar que as diferenças entre tais formas de atuação, na Alemanha, tendem a se atenuar⁹¹³.

Para o manejo, no Direito Administrativo brasileiro, dos contratos administrativos alternativos, similares aos *verwaltungrechtliche Verträge*, não se pode esquecer das reservas que a doutrina clássica alemã fazia à figura dos contratos administrativos, bem como não se pode

909 Cf. MAURER, Hartmut. *Elementos...*, cit., p. 119-120.

910 Cf. MAURER, Hartmut. *Allgemeines...*, cit., p. 347.

911 Cf. MAURER, Hartmut. *Elementos...*, cit., p. 133.

912 Como aponta Ernst Forsthoff (*Tratado...*, cit., p. 372), as normas e os contratos de direito público têm suas características próprias e funções peculiares: a norma é chamada a regular relações genéricas e o contrato trata de dar forma a relações individuais.

913 Nesse sentido, ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem...*, cit., p. 52-53.

desprezar os riscos que a adoção do contrato administrativo aos moldes germânicos pode trazer. Em consequência, pode-se verificar claramente que, no dia-a-dia da atividade administrativa, a atuação rotineira da Administração Pública de massa não pode se dar por meio dos contratos administrativos alternativos.

A título de exemplificação, pode-se verificar que, na Alemanha, ao apresentar casos típicos de contratos jurídico-públicos, Forsthoff afirmava que “nas leis de expropriação, pode-se encontrar todo um gênero de contratos de direito público agrupados sob a comum denominação de contratos de expropriação”. As referidas leis previam a possibilidade de as partes se colocarem de acordo sobre a expropriação e sobre a indenização, uma vez iniciado o procedimento expropriatório. Como afirma o autor, “estes contratos não pertencem ao Direito Privado”⁹¹⁴. A solução dada para a questão, no Direito brasileiro, não é muito diversa. É sabido que, nos termos postos, por exemplo, pelo Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, que trata de desapropriações por utilidade pública, é bem possível, nos termos do art. 10, que a desapropriação se efetive por meio de “acordo” que assume feições similares à do contrato administrativo alemão. Nesse sentido, a fase executória será “administrativa” quando houver acordo entre expropriante e expropriado a respeito da indenização; a fase judicial apenas se dará na ausência do referido “acordo”. Vale notar, porém, que as partes podem, ainda, perante o Judiciário, nos termos do art. 22 do Decreto-Lei n. 3365/1941, chegar à concordância quanto ao preço.

914 Cf. FORSTHOFF, Ernst. *Tratado...*, cit., p. 375.

unilateral. A Administração não celebra contrato de compra e venda, mas acorda com o administrado o valor da indenização que será praticado na desapropriação (acordo não-substitutivo). O acordo é celebrado no *iter* do procedimento administrativo expropriatório, sendo preparatório da decisão final (unilateral) da Administração. Em manifestação de discricionariedade técnica, o administrador determina o valor real do imóvel que atenda ao mandamento constitucional que determina o pagamento da justa indenização. Quando o ente público deseja a satisfação imediata de seus propósitos, evitando os custos e transtornos de processo judicial, a transação expropriatória pode ser o meio hábil para proporcionar celeridade e eficiência na satisfação do interesse público.

CAPÍTULO 8

LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO ALTERNATIVO

8.1. A LEGALIDADE E A EFICIÊNCIA COMO FUNDAMENTOS DE UM PODER/DEVER DE TRANSACIONAR

O Direito Administrativo brasileiro não disciplinou genericamente as transações administrativas, tampouco estabeleceu cláusula geral fundamentadora como o fizeram, sobretudo, o Direito italiano, o Direito espanhol e o Direito alemão. Entretanto, diversos dispositivos já firmam cláusulas setoriais autorizativas, além do que, um entendimento contrário seria absolutamente incongruente com as possibilidades já abertas, no Brasil, de mediação e arbitragem¹³¹⁰. Enfim, a transação administrativa é perfeitamente possível de ser levada a cabo no Brasil.

Na CRFB/88, em nenhuma passagem pode-se encontrar quaisquer princípios ou regras que permitam concluir que a transação na seara do Direito Público seja impossível ou mesmo que deva ser evitada¹³¹¹. Ao contrário, o art. 98 da CRFB/88 evidencia um mandamento constitucional favorável à alternativa acordada, mesmo em ramo do Direito Público sujeito ao princípio da tipicidade, como o Direito Penal. Exige-se depurar o mandamento da CRFB/88 (desiderato constitucional), isto é, a CRFB/88, definitivamente, não determina que a transação esteja vedada na seara do Direito Público. O que se pode depreender do texto constitucional é exatamente o contrário: a CRFB/88 estabelece que, mesmo na seara penal, sujeita ao princípio da tipicidade, onde a própria liberdade individual pode estar em jogo, deve ser aberta a possibilidade de transação¹³¹².

1310 Nesse sentido, na Espanha, PAREJO ALFONSO, Luciano. *El artículo 88...*, cit., p. 62.

1311 Da mesma forma, este é o entendimento, no Direito Tributário brasileiro, de Paulo Ricardo de Souza Cruz (*A transação...*, cit., p. 180-181).

1312 Naturalmente, porém, a transação penal, constitucionalmente prevista, necessita, para ser concluída, de ser homologada pelo Judiciário. Nos termos constitucionalmente estabelecidos, para a seara penal, a realização de acordos homologados pelo Judiciário é cuidado necessário constitucionalmente colocado.

Quanto às causas administrativas, estas se enquadram, se tomada a dicção do art. 98 da CRFB/88, nas chamadas causas cíveis (não penais). Daí, pelo menos no que diz respeito às ações de menor complexidade, o fundamento constitucional para a transação é explícito. A Constituição determina que, para causas de menor complexidade, sejam criados juizados especiais, tudo de acordo com o espírito da CRFB/88 de favorecer as soluções acordadas. Fora do âmbito dos juizados especiais, a CRFB/88 não determina a utilização da transação, mas também não a proíbe, explícita ou implicitamente¹³¹³.

Mesmo na seara internacional, esse é o mandamento constitucional, como se pode observar no art. 4º, que determina a obrigatoriedade de serem encontradas soluções pacíficas (acordos) para conflitos. Aliás, já no Preâmbulo, a Carta Constitucional marca que todo o ordenamento funda-se na harmonia social e deve buscar, na ordem interna e internacional, a solução pacífica das controvérsias (acordos).

Em síntese, é do espírito da CRFB/88 a necessidade de serem buscadas soluções consensuais e pacíficas. É desiderato constitucional a busca da paz e o afastamento de controvérsias. É viés constitucional marcante a solução consensual de conflitos; daí, é do espírito constitucional a determinação de soluções por meio de arbitragens, transações, etc. Mais do que isso, pode-se afirmar que o mandamento constitucional de eficiência administrativa determina a busca da melhor solução, que pode, em inúmeras situações, ser obtida mediante transação.

Os princípios constitucionais da eficiência administrativa e da razoabilidade fundamentam mais diretamente a celebração dos contratos de transação *lato sensu*. Se a formatação de uma administração democrática exige a participação do administrado, na mesma direção, são razões pragmáticas que justificam e muitas vezes exigem¹³¹⁴, em

nome da eficiência administrativa, a busca de soluções acordadas¹³¹⁵.

A própria qualificação que a CRFB/88 realiza do Estado como “Democrático de Direito”, social em seu desiderato, implica a aceitação de instrumentos consensuais que permitam à Administração Pública o cumprimento de tarefas que essa nova concepção impõe. Os contratos administrativos alternativos surgem como necessidade derivada para a realização das incumbências que a própria CRFB/88 colocou aos cuidados da Administração Pública¹³¹⁶. Quando se alarga o rol de atuações administrativas, a Administração do Estado Democrático de Direito (eficiente, pluralista, participativo e infra-estrutural) transforma-se em instância conformadora da ordem e traz para si o encargo de assegurar a própria infra-estrutura da existência individual e social. Para tanto, mandar não basta; é preciso convencer e fazer convergir as vontades. O ato unilateral assegura, por certo, a submissão, mas é incapaz de assegurar o entusiasmo e o desejo de colaboração¹³¹⁷.

Nesse contexto, a participação democrática dos administrados no procedimento administrativo coloca-se como remédio necessário para evitar as disfunções geradas pelas referidas transformações e como mecanismo que possibilita maior garantia dos direitos dos cidadãos. O princípio da participação reclama, assim, a intervenção do cidadão na atividade administrativa e constitui a base legitimadora das atuações consensuais da Administração¹³¹⁸. A oportuni-

como un principio vinculante, que se traduce en un mandato-deber para la Administración de actuar de acuerdo con él; de modo que la utilización de técnicas transaccionales en los procedimientos tributarios puede, sin vergüenza alguna, justificarse también por razones pragmáticas – y no por ello de menor valor jurídico – relacionadas con la eficacia.

1315 Como afirma María Luisa González-Cuellar Serrano (*Los procedimientos...*, cit., p. 97), la Constitución no establece ningún mandato en contra de la forma transaccional. Antes al contrario, dicha figura parece surgir como una exigencia derivada de principios constitucionales tales como la eficacia, a participación y la seguridad jurídica, que se desarrollan dentro de un Estado social y democrático de Derecho. Ni siquiera la Ley General Tributaria contiene una prohibición en este sentido.

1316 Nesse sentido, no Direito espanhol, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, María Luisa. *Los procedimientos...*, cit., p. 98.

1317 Nessa direção, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, María Luisa. *Los procedimientos...*, cit., p. 98-99.

1318 Nesse sentido, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, María Luisa. *Los procedimientos...*, cit., p. 100. Nas palavras da autora (p. 101), de esta manera se vinculan los principios de eficacia y participación, sobre el convencimiento de que actualmente no es posible llevar a cabo una gestión eficaz a través de actos imperativos de la Administración; por

1313 Na mesma direção, CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação...*, cit., p. 181.

1314 Nesse sentido, no direito espanhol, se pronuncia Juan J. Zornoza Pérez (Prólogo a GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, María Luisa. *Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional*. Madrid: Colex, 1998. p. 24), afirmando que o princípio constitucional da eficácia, de cunho pragmático, pode justificar a adoção de técnicas transacionais nos litígios tributários. Em suas palavras: *Porque el de eficacia es un principio jurídico, que forma parte del orden constitucional de valores y nuestra jurisprudencia constitucional, pese a su carácter genérico o en gran medida indeterminado, considera*

dade de contar com a participação dos administrados, entretanto, não responde apenas a uma finalidade garantística de seus interesses, mas, sobretudo, visa à eficiência da atuação administrativa, servindo ao desiderato de persecução otimizada do bem comum.

Em síntese, o princípio constitucional da eficiência administrativa, em seu viés substancialmente pragmático, é que fundamenta e respalda a celebração de contratos administrativos alternativos. Não que a Administração possa fundamentar sua atuação puramente na idéia de eficiência e, com isso, afastar a legalidade, mas é possível que a aplicação genérica, mecânica e desalinhada da lei, no caso concreto, possa ser afastada.

É com lastro na própria legalidade que a possibilidade de celebração de contratos administrativos alternativos pode afastar a aplicação desajustada, ineficiente ou desarrazoada da lei, no caso concreto. Enfim, é a própria legalidade que dá instrumentos para o vetor eficiência ser acatado como princípio reitor da atuação administrativa. O princípio da eficiência administrativa não pode ser invocado para, como critério autônomo, desvalorizar a garantia e a proteção dos particulares e fundamentar a atuação do administrador público. Entretanto, uma visão estéril da legalidade não afasta a possibilidade de soluções acordadas para questões administrativas, ou seja, a invocação da legalidade, por si só, não serve como razão para inviabilizar a celebração de contratos administrativos alternativos. Os ideais garantísticos isolados não podem assegurar a ineficiência em detrimento do bem comum.

Por outro giro, no Estado de Direito, o princípio da legalidade determina que é na lei, e não na cabeça de nenhum príncipe, monarca ou governante iluminado, que está desenhado o que são as aspirações da sociedade, ou seja, que se pode buscar o fundamento do que seja o interesse público ou o bem comum¹³¹⁹. A Administração Pública não pode se esquecer de que o administrado é a origem e a finalidade da atuação dos poderes públicos. Em outras palavras, é pela lei que o povo fala; é pela lei que o povo expressa

seus desejos, traduzidos por seus legítimos representantes. É por esse mecanismo imperfeito, mas possível e razoável, que o povo de um Estado dá ordem para “sua” Administração Pública, que, por essa razão, não pode se dissociar ou estar em conflito com o comando legal. Não é, assim, qualquer pretensão interesse público que deve ser buscado, e muito menos por qualquer meio que se deve atingi-lo, mas a Administração deve observância à lei.

Se o princípio da legalidade era visto apenas como “limite” para a atuação administrativa, ou seja, como contorno negativo, a doutrina mais moderna¹³²⁰ já o entende como contorno também positivo, ou seja, a lei é “fundamento” necessário para a atuação administrativa. É dessa maneira que a lei diz o que a Administração deve e pode fazer e não apenas aquilo que ela está proibida de fazer, colocando-se o princípio da legalidade como mecanismo de proteção dos interesses públicos para além da proteção dos interesses privados.

Não existe qualquer delegação implícita de poderes do povo à Administração Pública; não existe poder algum apriorístico da Administração Pública superior ao próprio ordenamento jurídico, pois os únicos poderes que o administrador público tem são os que a Constituição ou as leis lhe outorgam¹³²¹. Nesse sentido é que se pode afirmar que, mesmo na celebração de contratos, a Administração Pública não conta com nenhuma autonomia de vontade similar à autonomia contratual dos privados. A vontade com a qual a Administração comparece para a celebração de contratos é vontade administrativa, ou, com maior rigor, vontade normativa. Enfim, mesmo a decisão de contratar e o conteúdo dos contratos administrativos, assim, devem encontrar fundamento legal e, daí, devem estar submetidos ao princípio da legalidade administrativa.

el contrario, esta sólo puede cumplir los fines asignados por la Constitución de forma eficaz a través de la intervención de los ciudadanos en el desarrollo de las actuaciones, y en ocasiones, incluso mediante la substitución de los actos unilaterales por contratos de los que deriva una vinculación para aquéllos.

1319 Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito...*, cit., v. II, p. 8.

1320 Nesse sentido, AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito...*, cit., v. II, p. 44-45.

1321 Nesse sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., v. I, p. 433. Como afirmam os autores, *el principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y constricto. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente.*

O princípio da legalidade administrativa, por certo, foi historicamente moldado em torno do ato administrativo, daí, caberia questionar se, no contrato administrativo (no qual a fixação da situação jurídica do administrado não é unilateral, não se traduzindo em exercício de autoridade, mas resultando de estipulação conjunta), a função garantística da reserva de norma jurídica já não se torna dispensável. No moderno Estado Democrático de Direito (pluralista), a Administração Pública conformadora (ou infra-estrutural) não se restringe a se posicionar perante o administrado como entidade autoritária, tampouco se limita a ser mero complexo de fornecimento de prestações individualizadas, mas possui indiscutível “função conformadora da sociedade”, cabendo-lhe zelar pelo equilíbrio de posições jurídicas contrapostas. Nesse compasso, sua atuação, seja pela via autoritária, seja pela via contratual, não afeta apenas os imediatos destinatários, mas produz efeitos que vão muito além das pessoas visadas (multilateralidade). Exatamente por isso é que se pode vislumbrar, ainda com maior clareza, por que o princípio da legalidade administrativa deve fundamentar (positivamente) todas as atuações administrativas, sejam elas unilaterais, sejam elas concertadas.

Não se deve imaginar que o grau de exigência quanto à densidade das normas fundamentadoras de uma atuação autoritária deva ser o mesmo das que fundamentam uma atuação contratual. A autonomia pública contratual, por vezes, pode reclamar margens de discricionariedade mais amplas para a formatação de contratos administrativos do que para atos administrativos¹³²². No plano da atividade negocial, as necessidades garantísticas, de racionalidade e de eficiência administrativa, podem ser mais bem atendidas com normas organizatórias, que simplesmente repartam os poderes contratuais pelos órgãos, e por normas funcionais, que estabeleçam os termos mínimos do procedimento de formação da vontade contratual da Administração. Entretanto, não se pode deixar de concluir pela necessidade de prévia formulação abs-

trata de um conjunto mínimo de elementos materiais do contrato administrativo, ainda que este mínimo redunde apenas no estabelecimento de um corte finalístico que presida e marque o interesse público primário, que cabe ao órgão zelar e buscar atender¹³²³.

Com esse sentido o Direito brasileiro esculpiu, no art. 37 da CRFB/88, o princípio da legalidade administrativa. A legalidade, como princípio da administração pública, condiciona o administrador em todas as suas atividades aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum e impõe o dever de dela não se afastar, sob pena de responsabilidade e de invalidação do ato. A eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada, assim, à obediência aos ditames da lei¹³²⁴. “Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”¹³²⁵. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador, significa “deve fazer assim”¹³²⁶.

Entretanto, o princípio da legalidade não se apresenta oposto à atribuição de poderes com carga discricionária à Administração, exatamente porque esses poderes só podem ser atribuídos pela lei mediante a fixação de competências, e o seu exercício deve se circunscrever à busca dos fins que ela estabeleceu. As variedades de manifestações da vida social, que não obedecem, por vezes, a nenhum padrão imagi-

1323 Nessa direção, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 565. Como marca o autor (p. 610), se é verdade que a função garantística do princípio da legalidade encontra aqui um campo menos semeado de razões para recear uma agressão administrativa das esferas individuais, não é o mútuo consenso que permite considerá-la totalmente prejudicada.

1324 Nesse sentido, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., p. 61.

1325 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., p. 61.

1326 Nas palavras de Norberto Bobbio (*O futuro...* cit., p. 171), “o governo das leis celebra hoje o próprio triunfo da democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? [...] posso concluir, tranqüilamente, que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos”. Enfim, o abandono, mesmo que em situações excepcionais, do primado da legalidade pode erguer a Administração em poder incontrolável. Abrir brechas ocasionais na necessária observância e fundamentação legal dos atos da Administração é o mesmo que admitir uma democracia cheia de buracos, que com o passar dos anos só se alargarão e acabarão por transformar o Estado de Direito em um modelo de crateras, similar ao terreno lunar; inadequado para a Justiça na Terra.

1322 Como ensina Sérvulo Correia (*Legalidade...*, cit., p. 592), é maior o grau de direcção exercida pelo interesse público sobre o contrato administrativo, mas nem sempre tão elevado quanto aquele que experimenta o acto administrativo que estabeleça directamente uma relação jurídico-administrativa substantiva.

nável, apresentando sempre surpresas quanto à forma ou lugar, tempo ou modo de sua produção, são razões palpáveis para que a própria lei atribua margem de discricionariedade à Administração, sob pena de se perder a possibilidade, o *timing* ou a utilidade da intervenção. É exatamente esse mecanismo de outorga de poderes que faculta ou possibilita à Administração atuar eficientemente.

A Administração Pública deve proceder à valoração dos vários interesses envolvidos (públicos e privados) e, no exercício da função administrativa, na margem de escolha discricionária aberta pela lei, escolher aquele (ou aqueles) que, segundo o princípio constitucional da eficiência administrativa, se entenda por prevalente(s). Enfim, a função administrativa diz respeito àquele “poder/dever” de, diante dos mais variados interesses presentes, adotar, no caso concreto, na margem de discricionariedade aberta pela lei, aquela decisão mais eficiente para a prossecução do bem comum.

A discricionariedade é aberta à Administração Pública para que esta possa operar no espaço não coberto pela rigidez das normas jurídicas, de forma a realizar atividade direcionada aos fins públicos da maneira mais adequada ao cumprimento dos fins constitucionais. A própria lei abre a possibilidade de ponderação ao administrador, que tem a prerrogativa e o “dever” de verificar, no caso concreto, qual a melhor solução a ser aplicada. Se a CRFB/88 determina que a Administração Pública deve ser eficiente (art. 37, *caput*), haverá vício, por ofensa à norma constitucional expressa, se a atuação administrativa se der em desacordo com o princípio da eficiência administrativa; portanto, é antijurídica a decisão administrativa que não atenda ao poder/dever de prossecução otimizada do bem comum. Se existe a possibilidade de celebração de contratos alternativos que propiciem soluções mais ajustadas ao desiderato de atendimento otimizado do bem comum, em especial quando o Direito estabelece cláusulas setoriais autorizativas, firma-se um dever/poder de transacionar, sempre que esta se constitua na melhor alternativa para o atendimento do bem comum.

Por outro giro, se o Direito estabelecer cláusula setorial autorizativa e se as normas administrativas não estabelecerem qualquer critério substantivo expresso para opção pela via consensual ou pela via auto-

ritária de atuação administrativa, deve-se concluir que a escolha por uma ou outra opção é discricionária, sem prejuízo de esta norma poder limitar ou parametrizar a escolha a ser feita pelo administrador público¹³²⁷. Por certo, porém, cabe impor ao decisor, nas margens discricionárias, o poder/dever de perseguir a melhor alternativa possível para o bem comum. Se a opção se dá nas margens discricionárias abertas à valoração da Administração, o que não resulta da cláusula setorial autorizativa é um direito do interessado à opção em favor da forma convencional¹³²⁸, ou seja, não existe direito subjetivo à celebração de contratos alternativos.

O que cabe ser questionado é se o administrado, em situação jurídica absolutamente idêntica, não teria direito subjetivo à transação administrativa. Por certo, se a Administração adota uma solução para um caso e não a adota para outro, diante de situações absolutamente similares, ofendido restaria o princípio de isonomia. O que cabe perquirir é se ocorre ou não vício, no caso, pelo fato de o decisor haver discriminado indevidamente o administrado que não conseguiu a solução concertada. Da mesma forma, se a solução primeira era eficiente e se as situações são absolutamente idênticas, a decisão do segundo caso não se deu, a princípio, em sintonia com o princípio da eficiência administrativa, por isso deve ser afastada. Ainda, se houve discriminação odiosa, cabe perquirir se não se está perante vício de parcialidade, bem como perante desvio de poder na decisão administrativa. Exatamente por isso é que a transparência, a publicidade e a igualdade de oportunidades são importantes para que o contrato administrativo alternativo¹³²⁹, de mecanismo capaz de favorecer o desenho de uma administração pública mais democrática e eficiente, não se torne o “Cavalo de Tróia” do Direito Administrativo.

8.2. A AUTONOMIA PÚBLICA CONTRATUAL

Se a Administração Pública deve sempre reverência ao princípio da legalidade, que se constitui no fundamento de toda atuação

1327 Em direção próxima, PAREJO ALFONSO, Luciano. *El artículo 88...*, cit., p. 55.

1328 Cf. PAREJO ALFONSO, Luciano. *El artículo 88...*, cit., p. 55.

1329 Em sintonia com essas preocupações, vale verificar os cuidados tomados pelo legislador, ao disciplinar os contratos administrativos alternativos, no Direito Urbanístico, no art. 2º do ECid.

administrativa, cumpre indagar se a Administração conta com verdadeira autonomia contratual, similar a do mundo privado, para celebrar acordos alternativos. Para parcela da doutrina estrangeira, como já estudado (doutrina alemã), nos ordenamentos jurídicos que estabelecem cláusula geral de admissão de contratos de direito público, é outorgada à Administração verdadeira autonomia contratual. Entretanto, o estabelecimento de cláusula geral que fundamenta a celebração de transações administrativas, pelo menos no Direito brasileiro, não dá ensejo a uma autonomia contratual similar à do mundo privado.

A autonomia privada significa a capacidade ou poder de se dar os próprios preceitos, portanto, é expressão do princípio da liberdade, em cujos termos é lícito o que não for proibido¹³³⁰. É delimitada, portanto, negativamente, isto é, determinados os limites, resta um acervo indeterminado de fins que, por contradição, reputam-se compatíveis, não havendo, pois, que se falar em predeterminação legal de um fim¹³³¹.

Com maior rigor, apenas a autonomia constituinte é originária, isto é, mesmo quando a vontade individual gera efeitos de direito, ela o faz com lastro em poder conferido por norma jurídica. A vontade é indispensável, porém a juridicidade de seus efeitos advém de normas jurídicas, isto é, *a força jurídica da vontade deriva do direito objectivo e não da própria vontade*¹³³². Nesse compasso, em última análise, *a autonomia privada existe na medida em que, directa ou indirectamente, o ordenamento estadual a permite e delinea*¹³³³. Se, por um lado, a vontade privada cria preceitos jurídicos apenas quando o direito objetivo lhe concede esse poder, por outro, a autonomia privada tem dignidade constitucional, sendo consagrada nos arts. 1º, IV, e 170 da CRFB/88. A autonomia privada, assim, traduz-se em larga “competência”, por essência fundamentalmente limitada, entretanto o âmbito volitivo do sujeito privado é muito mais amplo do que aquele que corresponde à competência de direito público¹³³⁴.

1330 Cf. CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 430-432. Em suas palavras, *é a permissão da criação pessoal de efeitos jurídicos não predeterminados por outras regras e a titularidade e exercício do correspondente poder.*

1331 Cf. CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 432-433.

1332 Nesse sentido, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 436-437.

1333 Cf. CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 437.

1334 Nesse sentido, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 442-443.

Se a autonomia de vontade proporciona ao privado um poder de mover-se a si próprio com vista à persecução de um fim livre e lícito, no Direito Administrativo, o poder da Administração é “poder/dever” orientado à persecução do melhor interesse público possível, que sempre encontra seu fundamento nas leis, estando, assim, sua manifestação fundamentada e vinculada pelas normas jurídicas. A finalidade, assim, é posta pelas leis, e a atribuição de um “poder” se dá firmando um “dever” de persecução otimizada do interesse público, também marcado nas leis.

Nas balizas legais, a Administração Pública conta com o poder de valorar a melhor alternativa para o bem comum. Ao administrador não é dado poder perseguir a finalidade que lhe convier, ou perseguir as conseqüências jurídicas que bem entender. O que existe é margem para que o administrador valora a situação, conforme juízo aberto de conveniência e oportunidade, mas tudo para que possa atender ao bem comum da melhor maneira possível. O que se manifesta, assim, é uma vontade normativa, expressa por meio de um feixe de interesses públicos a serem perseguidos; enfim, a vontade administrativa que orienta a atuação administrativa é vontade normativa.

No Direito Civil, a transação é acordo de vontade entre interessados, portanto exige a “vontade de transigir”. Ocorre que, como também já estudado, a vontade manifestada pela Administração é vontade normativa vinculada por normas de direito público, que não sonogam, entretanto, margem de valoração administrativa, isto é, margem de “autonomia pública” para o administrador buscar a melhor solução possível para o bem comum, no caso concreto.

A autonomia contratual privada pressupõe “liberdade de conclusão” (*Abschlussfreiheit*), ou seja, cada um pode concluir contratos com quem houver escolhido, e “liberdade de formação do conteúdo” (*Gestaltungsfreiheit*), isto é, liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual. Essas duas esferas de autonomia contratual privada apenas sofrem limitações quando estas vêm demarcadas pela lei¹³³⁵.

1335 Cf. LARENZ, Karl. *Allgemeiner...*, cit., p. 706.

No Direito Administrativo, porém, “liberdade de conclusão” não existe, mas, ao contrário, o administrador público apenas pode contratar nos termos da lei e, muitas vezes, apenas com quem a lei determina (licitação), enfim, a “autonomia pública de contratar” exige uma definição de competência administrativa para tanto. “Liberdade de formatação de conteúdo” também não há, mas a Administração Pública só pode pactuar deveres e obrigações que encontrem fundamento nas leis, em especial no traçado competencial dos órgãos da Administração¹³³⁶. O que existe, portanto, é “autonomia pública de formatação de conteúdo” que decorre, da mesma forma, do traçado das leis administrativas. A autonomia pública não encontra fundamento jurídico genérico, antes resulta de norma atributiva de competência concreta ao respectivo órgão. Assim, *a autonomia pública é ainda uma forma de competência, enquanto a autonomia privada é uma manifestação de liberdade*¹³³⁷.

Enquanto a autonomia contratual privada é espaço de atuação concedido pelo direito objetivo, delimitado apenas pela via negativa, a autonomia pública contratual só existe quando a competência de atuação encontra fundamento na lei. Enquanto a autonomia privada contratual só conhece limites negativos, a autonomia pública contratual conhece limites negativos e limites positivos de competência, de finalidade, de imparcialidade, de razoabilidade, de moralidade, de publicidade, de eficiência administrativa, etc.

A “autonomia pública de contratar” traduz-se na atribuição à Administração Pública de margem de discricionariedade para a verificação da conveniência e da oportunidade da celebração do contrato. A “autonomia pública de formatação de conteúdo” significa a abertura de margens de discricionariedade que possibilitam a determinação do conteúdo do contrato. A “autonomia pública contratual”, assim, evidencia-se di-

1336 Em posição contrária, porém, a partir da existência de cláusula geral autorizativa de transação no ordenamento administrativo espanhol, Francisco Delgado Piqueras (*La terminación...*, cit., p. 198) entende que *merced a los módulos convencionales del procedimiento tanto la Administración como los particulares podrán prometerse reciprocamente prestaciones y adquirir obligaciones sin fundamento normativo específico, más allá de las modulaciones permitidas por el Ordenamiento para los actos administrativos, siempre que con ello no se contravengan normas de derecho imperativo ni se incurra en otro tipo de vicios (fraude de ley, abuso de derecho, etc.)*. Na mesma direção, PAREJO ALFONSO, Luciano. *El artículo 88...*, cit., p. 29.

1337 Cf. OTERO, Paulo. *Conceito...*, cit., p. 192.

ante da ausência de predeterminação exaustiva e integral do conteúdo do contrato (discricionariedade de conteúdo) ou da conveniência e oportunidade de contratar (discricionariedade de conclusão).

A Administração Pública não é livre para estabelecer interesses públicos, tampouco os fins de sua atuação, mas as finalidades a serem consideradas na valoração do decisor são fins de interesse público, tal qual marcados e configurados nas leis¹³³⁸. Vale recordar, a respeito, a lição de Sérvulo Correia, *in verbis*:

*Ao contrário da autonomia privada, que consiste num ‘vazio’ de norma injuntiva que os sujeitos preenchem sem qualquer referência necessária a situações e a conteúdos típicos, a autonomia pública é sempre o fruto da abertura de uma norma específica. A abertura ou indeterminação da lei significa normalmente a vontade do legislador de deixar à administração poderes de decisão adaptativa. É um modo de o legislador distribuir tarefas entre ele próprio e o aplicador ou executor das leis. Quanto mais densa ou compacta a norma, menor o grau da autonomia deixado a quem tem de praticar actos administrativos no seu âmbito*¹³³⁹.

Completa o citado autor, *in verbis*:

*No âmbito da margem de autodeterminação que lhe é deixada, o titular do poder tem de comparar e valorar todos os interesses públicos e privados que possam ser satisfeitos pela decisão e hierarquizá-los à luz do interesse público específico em termos de escolher um ou alguns em detrimento dos restantes. O exercício da discricionariedade consiste sempre na decisão de um conflito entre os interesses em concorrência no caso vertente*¹³⁴⁰.

A celebração de contrato com a Administração é precedida da decisão administrativa de contratar¹³⁴¹. Trata-se de ato da Admi-

1338 Como observa Sérvulo Correia (*Legalidade...*, cit., p. 592), o contrato administrativo não integra porém qualquer *tertium genus*: o seu emprego pela Administração envolve sempre a observância de um fim positivamente determinado pelo Ordenamento Jurídico. Mas a medida dessa determinação varia em função da natureza do objecto do contrato administrativo.

1339 Cf. CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 473.

1340 Cf. CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 480.

1341 Como ensina Sérvulo Correia (*Legalidade...*, cit., p. 501-502), ao estudar o Direito francês, a celebração do contrato tem de ser sempre precedida de um acto administrativo comportando a decisão de contratar, o qual, em última análise, se considera implícito na assinatura do contrato. O acto comportando a decisão de contratar, bem como o acto de aprovação (tutelar ou de outro órgão da mesma pessoa colectiva) são impugnáveis contenciosamente e a sua anulação acarreta a ‘nulidade virtual’ do contrato, visto que qualquer das partes poderá a todo o tempo pedir ao juiz comum a declaração da conseqüente nulidade do contrato. Portadores de uma margem de discricionariedade, estes actos encontram-se sujeitos a limitações de competência e fim de que tratamos na rubrica anterior, as quais, automaticamente, se reflectem no contrato. A autonomia privada cede lugar à discricionariedade que preside aos actos destacáveis.

nistração pelo qual o decisor verifica, nas margens de discricionariedade (de conclusão) que lhe são abertas, a conveniência e a oportunidade de contratar¹³⁴². Não se trata de decisão tomada em esfera qualquer de autonomia contratual privada, mas de ato da Administração praticado de acordo com as margens de discricionariedade abertas à valoração da Administração¹³⁴³. A autonomia pública contratual, assim, no que diz respeito à “liberdade de conclusão”, resume-se a uma “discricionariedade de conclusão”, balizada por limitações explícitas e tendenciais, isto é, que conta, sobretudo, com limitações de competência e de finalidade, além de se sujeitar aos princípios reitores da administração pública.

A decisão de contratar, pelo menos, pressupõe escolha administrativa que se incline pela celebração do contrato e pela realização da despesa inerente (se for o caso). A decisão de contratar, ato propulsivo do procedimento pré-contratual, envolve a apreciação do feixe de interesses públicos a satisfazer e a verificação de que o mecanismo contratual é o mais acertado para a persecução otimizada do interesse público de síntese¹³⁴⁴.

A decisão de contratar pode portar, desde logo, o teor integral do contrato que a Administração se propõe a celebrar, que funcionará em tal hipótese como contrato de adesão. Entretanto, na maioria das vezes, segue-se nova fase, das negociações, infelizmente pouco ou quase nada procedimentalizada no Direito Administrativo brasileiro, da qual se pode extrair o conteúdo do contrato. Nesses casos, a decisão de contratar limita-se à especificação sumária dos elementos essenciais do contrato e de eventu-

1342 No Direito italiano, os especiais procedimentos administrativos destinados a formatar a celebração e execução dos contratos da Administração são chamados de *evidenza pubblica*. Para Massimo Severo Giannini (*Diritto amministrativo*. 3. ed. Giuffrè: Milano, 1993. v. II, p. 670-671, 677-735), o procedimento de *evidenza pubblica* compreende quatro fases: deliberação (decisão de contratar), adjudicação (contemplando a fase de licitação), adoção e controle (aprovação).

1343 Como observa Sérgio Correia (*Legalidade...*, cit., p. 551), os efeitos de direito próprios dos atos que integram o procedimento administrativo pré-contratual são efeitos de direito administrativo porque é este o ramo de direito que confere os poderes que através de tais atos se exercem, estabelece a forma de que eles se deverão revestir e delinea os grandes princípios a que não poderão furtar-se. Como conclui o autor (p. 553), mesmo os atos por meio dos quais a Administração forma a vontade de contratar privadamente são atos regidos pelo Direito Administrativo.

1344 Nessa mesma direção, CORREIA, Sérgio. *Legalidade...*, cit., p. 657.

ais cláusulas especiais que se considerem imprescindíveis à realização do interesse público visado¹³⁴⁵.

A Administração Pública não atua no quadro do direito privado portando autonomia privada, mas age com base em normas de organização e de competência, que lhe fixam as tarefas administrativas que pode/deve desempenhar, mesmo quando se vale de ferramentas típicas do mundo privado, sendo-lhe, ainda, conferida pela lei uma diretriz finalística específica que marca o interesse público primário que lhe cabe curar. Ademais, mesmo quando a Administração Pública atua com instrumentos próprios do direito privado, permanece vinculada à persecução do interesse público¹³⁴⁶. Enfim, para se poder cumprir a finalidade da lei por meio da via contratual, é preciso verificar sempre se o agente da Administração conta com competência administrativa para tanto.

A “liberdade privada de contratar” pressupõe que cada indivíduo possa concluir contratos com quem houver escolhido. A liberdade privada de conclusão pode sofrer restrições que podem consistir na obrigação de contratar, na proibição de contratar (ou na proibição de contratar com certas pessoas) ou na necessidade de consentimento ou da aprovação de outrem¹³⁴⁷, entretanto tais restrições só têm aplicação quando previstas (negativamente) pela lei. A autonomia pública de contratar não se traduz numa liberdade de a Administração contratar com quem houver escolhido, mas, ao contrário, pressupõe procedimentos que forneçam à Administração os administrados com quem esta possa contratar, em homenagem à impessoalidade e isonomia. Portanto, usualmente, não é a Administração que escolhe o administrado com quem irá contratar, mas são os procedimentos legalmente estabelecidos que fornecem os contratantes com quem a Administração pode contratar.

1345 Cf. CORREIA, Sérgio. *Legalidade...*, cit., p. 657-658. Como pondera o autor (p. 505), se é certo que da igualdade de tratamento pode resultar em alguns casos o dever de contratar (que é uma limitação à autonomia de celebração), a sujeição às regras de competência é que verdadeiramente conduz à inexistência de autonomia privada, visto que implica uma descrição normativa típica mínima de pressupostos e dos efeitos da conduta e, também, a fixação de um fim.

1346 Nesse sentido, CORREIA, Sérgio. *Legalidade...*, cit., p. 506-507. Nas palavras do autor (p. 508), a posição da Administração define-se pela submissão ao princípio da legalidade e é como tal incompatível com uma posição de autonomia privada.

1347 Cf. CORREIA, Sérgio. *Legalidade...*, cit., p. 455.

A LLC determina como critério mais geral o procedimento licitatório, que permite à Administração proceder à seleção dos contratantes, afastando a idéia de uma liberdade privada de contratar. Entretanto, a LLC não disciplina especificamente os contratos administrativos alternativos¹³⁴⁸, embora a eles deva-se aplicar, supletivamente, as normas de direito privado, bem como, por analogia, a LLC. Embora a transação administrativa não produza apenas efeitos meramente declaratórios, podendo as concessões recíprocas, ao contrário, envolver outros direitos que não os atinentes à relação jurídica disputada (transação complexa), o contrato administrativo de transação *lato sensu* pressupõe uma especificidade do caso concreto que justifique sua celebração entre as partes que estão naquela situação jurídica. Dada sua própria natureza e peculiaridade, o contrato administrativo alternativo não abre a possibilidade de competição, sendo a licitação inviável; portanto, trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25 da LLC. De fato, a licitação não é um fim em si mesmo, mas um meio para se chegar eficientemente a um resultado desejado, daí por que o art. 25 não é exaustivo. Os contratos administrativos alternativos não nascem de necessidade sentida da Administração, independentemente da noção de quem deva vir a ser o outro contratante, mas, ao contrário, é a verificação da situação concreta que suscita a necessidade e a possibilidade do contrato; portanto, o administrado-contratante está naturalmente individualizado desde o início. Por vezes, o ato propulsivo do procedimento que conduz a esses contratos não é sequer uma deliberação administrativa de contratar, mas um pedido ou uma proposta apresentada pelo eventual co-contratante.

Contratos administrativos existem, como os contratos administrativos alternativos, cuja natureza e regime proporcionam a individualização automática e inicial do administrado-contratante, uma vez que o contrato, muitas vezes, só faz sentido como meio de intervenção sobre situação administrativa de que ele é titular. Por outro giro, quando a decisão de contratar se justifica

1348 Nesse sentido, pondera Denis Borges Barbosa (Nota..., cit., p. 3) que a transação “não versa sobre ‘obras, serviços, compras e alienações’, mas apenas sobre concessões recíprocas com vistas a terminar ou prevenir conflitos; diretamente por ela não há aquisições e alienações”.

independentemente de quem seja o co-contratante, pois a Administração centra suas preocupações nas prestações que pretende receber, interessando, sobretudo, que se apure, dentre os eventuais interessados, aquele que melhor assegure a satisfação do fim do contrato, por certo, o mecanismo de licitação se impõe como necessário¹³⁴⁹. É certo, porém, diante da possibilidade, em abstrato, de existirem vários interessados em contratar nos mesmos termos com a Administração, que assume especial relevância a necessidade de privilegiar os princípios da imparcialidade, isonomia e publicidade¹³⁵⁰.

8.3. A COMPETÊNCIA PARA CONTRATAR E AS CLÁUSULAS SETORIAIS AUTORIZATIVAS DE TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA

A competência apresenta importância empírica vital na seara pública, tanto que, se falta competência, cai todo o ato ou contrato que o Direito possa ter fundamentado¹³⁵¹. A competência é condição prévia e necessária para que se possa praticar ato ou celebrar contrato da Administração, sendo determinante, pois, para a sua própria validade.

Poder-se-ia indagar se apenas, na atuação imperativa, a Administração necessitaria de poder legal, ou seja, outorga de poder pela lei. Poder-se-ia questionar se, havendo concordância do administrado, sem atuação administrativa imperativa, a Administração poderia estabelecer negócios jurídicos com o administrado independentemente de lei, porque, nesses casos, o administrado não estaria fazendo ou deixando de fazer algo contra a sua vontade, mas a Administração Pública estaria atuando em sintonia com a vontade do administrado, nos exatos termos do art. 5º, II, da CRFB/88. Se isso fosse verdade, firmar-se-ia um pressuposto: os atos administrativos dependeriam de expressa fundamentação legal, ao passo que os negócios jurídicos administrativos não. Essa afirmativa, porém, não está em consonância com o ordenamento constitucional.

Em primeiro lugar, o art. 1º, IV, da CRFB/88 traz como fundamento da República Federativa do Brasil a “livre iniciativa”. Ocorre que o dispositivo constitucional favorece a idéia de uma “autonomia

1349 Nessa mesma direção, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 690-691.

1350 Nesse sentido, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 690-691.

1351 Cf. GORDILLO, Agustín. *Tratado...*, cit., t. 3, p. 11-36.

de vontade” privada, mas não abre ensejo a um poder imanente da Administração ou a uma autonomia pública semelhante à autonomia privada, porque o parágrafo único do art. 1º deixa marcado que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes” eleitos ou diretamente, quando assim dispuser a CRFB/88. Se todo poder vem do povo, que o exerce por seus representantes, apenas pelo mecanismo da lei feita pelos representantes do povo é que o poder pode ser atribuído a qualquer agente da Administração.

A Constituição distribui pelas pessoas políticas o poder de legislar, e a lei, na esfera competencial legislativa de cada pessoa política, é que atribui poder administrativo a cada um dos órgãos da Administração. O único poder de que dispõe o agente administrativo é o poder outorgado pela lei. Todo poder administrativo deve encontrar fundamento na lei. Quanto à competência para celebrar contratos, cabe verificar que o art. 37, *caput*, não de forma redundante, não sem necessidade, expressou que a Administração deve se sujeitar ao princípio da legalidade. Assim, a Administração apenas pode celebrar contratos ou firmar negócios jurídicos, se lhe for atribuída competência legal para tanto. Esta é uma imposição patente do princípio da legalidade administrativa.

Nesse sentido, a autonomia contratual da Administração Pública está adstrita à sua competência legal. Cada órgão pode exercer sua “vontade administrativa” de celebrar contratos administrativos alternativos, se essa for a melhor alternativa para a persecução do bem comum, limitado à sua esfera de competência. A primeira condição de legalidade de uma atuação administrativa deriva da verificação da competência, sendo que, no Direito Administrativo, não há competência geral ou universal. Por certo, porém, a lei pode atribuir competência com maior ou menor margem de discricionariedade para valoração pelo decisor. Portanto, para as transações administrativas, a lei pode estabelecer cláusulas setoriais autorizativas ou pode atribuir competência para celebração de transações legais concretamente especificadas.

Em um Estado unitário, sem qualquer poder público diferenciado, sem Municípios ou qualquer forma de poderes locais, a questão se resolveria de forma bem simples. Em um Estado federal, porém, a questão não se resolve de forma linear. As pessoas políticas podem promulgar leis se a CRFB/88 lhes houver atribuído poder legiferante para tanto e,

por sua vez, a atuação das autoridades administrativas está condicionada à outorga de competência pelas leis. A atribuição de “autonomia pública contratual”, portanto, decorre da lei, isto é, a competência, em primeiro lugar, pertence à pessoa política competente para legislar sobre o assunto. A Constituição, ao determinar a competência legiferante de determinada pessoa política, o faz de forma abrangente, ou seja, a atribui à pessoa política para que ela realize ou torne possível a realização de determinado interesse público. No modelo federativo brasileiro, não há poder para nenhuma pessoa política legislar, se este não for atribuído pela CRFB/88 (observando-se que os Estados-Membros têm competência residual). Se isso é verdade, quem tem a competência para disciplinar a matéria tem a competência para admitir as transações administrativas em casos especiais. A entidade competente, conforme a Constituição, para disciplinar a matéria é competente para estabelecer a norma habilitadora da transação administrativa.

Nas transações administrativas é imprescindível a manifestação volitiva dos transatores. No contrato administrativo de transação *lato sensu*, exige-se, por um lado, a manifestação de vontade livre dos administrados que pretendem contratar e, por outro, a manifestação de vontade administrativa, nos limites da autonomia pública contratual. No que diz respeito aos administrados, exige-se capacidade civil de disposição, isto é, não se requer apenas aquela capacidade genérica para a vida civil, mas uma legitimação para dispor (alienar), uma vez que a transação pode envolver renúncia de direitos. A capacidade de disposição sobre o direito implica que, tratando-se de menores, incapazes, mandatários ou pessoas jurídicas, há que se atentar para as normas específicas que regem a disposição por tais pessoas. Com maior rigor, considerando-se que a transação pode gerar diversas obrigações, em decorrência das contraprestações ajustadas, deve-se atentar para a capacidade de sua execução, considerando-se, em concreto, as contraprestações ajustadas. A capacidade necessária será aquela exigida para cumprir as concessões que forem acordadas¹³⁵². Por outro giro, exige-se, da Administração Pública, fundamentalmente, competência para contratar.

1352 Nesse sentido, CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação...*, cit., p. 47.

No que diz respeito aos contratos administrativos alternativos, diante da possibilidade de se tomar a via concertada, na tomada da decisão de contratar, à luz do mandamento de eficiência administrativa, o administrador público escolhe se irá emanar ato administrativo imperativo ou se irá celebrar contrato administrativo alternativo. O ponto central, portanto, para demarcar a autonomia pública de contratar está em verificar se o administrador tem competência para escolher a via concertada em substituição à via impositiva.

Quando a lei, de forma expressa e especificamente, para determinado caso concreto, autoriza a celebração de contrato administrativo de transação *lato sensu*, por certo o administrador pode escolher a solução consensual. A Administração Pública conhece autorizações legais concretas específicas para celebrar transações administrativas (transações administrativas concretamente especificadas pela lei), como se pode verificar em diversas leis do Direito Urbanístico que, em determinadas situações concretas, autorizam e especificam a transação que, na verdade, vem chancelada pela lei. Na realidade, ou a Administração, nesses casos, nada valora e a decisão já vem marcada em “lei-medida” específica, que delinea toda a situação concreta e a solução, ou a Administração efetivamente decide e a lei, na realidade, só serve como chancela legislativa para o que, de fato, foi acordado entre Administração e administrado. Embora, na prática, o que ocorra seja a segunda hipótese, o que traduz severo desprestígio ao Legislativo, a habilitação específica pode traduzir-se, também, em decisões legislativas concretas, distantes da realidade dos fatos, que retiram por completo a possibilidade de valoração por parte do administrador, em dissonância com as exigências de eficiência.

Quando a lei estabelece “cláusula setorial autorizativa de transação administrativa”, é certo que não existe atribuição de autonomia contratual privada para a Administração, mas trata-se apenas de cláusula que fundamenta a possibilidade de celebração de contratos administrativos alternativos, em determinadas situações, nas quais a competência para contratar não existe *a priori*. Há autonomia pública contratual que se exprime por meio da abertura, pela lei, de espaços de valoração, que se traduzem em margens de discricionariedade para a decisão administrativa que, dessa forma, vem sempre balizada por vinculações absolutas e tendenciais.

O Direito Administrativo brasileiro conhece “cláusulas setoriais autorizativas”, por exemplo, no Direito Administrativo Tributário, no Direito Administrativo das desapropriações, ou mesmo no Direito Urbanístico. Nesses casos, a competência para a celebração das transações administrativas deflui da própria cláusula setorial que ampara e fundamenta, de forma mais genérica, a possibilidade de celebração de contratos administrativos alternativos no segmento do Direito Administrativo a que se aplica.

Quando uma norma genérica incide, propiciando solução menos eficiente (substituída) do que a que se poderia extrair da solução concertada (alternativa), é com lastro na própria legalidade da cláusula setorial autorizativa e no princípio constitucional da eficiência administrativa que o administrador fundamenta sua decisão de firmar acordo alternativo. Essa hipótese é a que se dá, por exemplo, em contratos administrativos complexos, quando a solução alternativa acordada vem em substituição à que derivaria da aplicação mecânica e genérica da lei que ampara o ato administrativo ou que cria o dever heterônomo. A competência para celebrar a transação administrativa e para afastar a solução impositiva genérica deflui da própria cláusula setorial que fundamenta o contrato administrativo alternativo. É a legalidade decorrente da cláusula setorial que permite afastar a aplicação ineficiente da norma genérica, no caso concreto a ser ponderado pela Administração, à luz do princípio constitucional da eficiência administrativa.

A cláusula setorial autorizativa de transação administrativa não é uma norma de atribuição genérica de competência para celebrar contratos administrativos alternativos, mas norma que permite o afastamento da solução genérica, em determinados casos, quando se verificar que essa solução não é capaz de proporcionar o melhor interesse público possível, quando comparada com as possibilidades da solução concertada. Apenas com o peso do vetor eficiência administrativa é que a legalidade da cláusula setorial autorizativa, na ponderação de interesses, adquire força bastante para fazer ceder a legalidade da lei mais genérica que impõe as obrigações e deveres substituídos.

No tocante ao estabelecimento de cláusulas setoriais autorizativas, o Direito Administrativo brasileiro conhece diversas normas que atri-

buem competência para celebração de transações administrativas em juízo. Na seara federal, por exemplo, a Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, estabelece, entre as atribuições do Advogado-Geral da União, a de desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente. Densificando a lei complementar, a transação administrativa, nas causas de interesse da União, suas autarquias e empresas públicas federais, bem como a intervenção da União Federal nas causas em que figurarem como autores ou réus antes da Administração Indireta, vem disciplinada pela Lei n. 9.469, de 10 de junho de 1997. O art. 1º da referida lei autoriza o Advogado-Geral da União e os dirigentes maiores das autarquias, fundações e empresas públicas federais a celebrar transações, em juízo, para terminar litígio nas causas de valor até R\$ 50.000,00, salvo as relativas ao patrimônio imobiliário da União. Para causas de valor superior a esse limite, o § 1º do referido artigo autoriza a transação, condicionando-as, entretanto, sob pena de nulidade, à autorização prévia e expressa do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou da autoridade máxima, no caso de entidades da Administração Indireta.

Em Minas Gerais, de forma ainda mais genérica, a Lei Complementar n. 30, de 10 de agosto de 1993, estabelece, em seu art. 7º, V, que compete ao Advogado-Geral do Estado desistir, transigir, firmar compromisso, receber e dar quitação, autorizar a suspensão do processo e deixar de interpor recurso. Eventuais requisitos e condições para a transação deverão vir especificados em decreto do Chefe do Executivo, abrindo a lei, portanto, ampla margem de discricionariedade para a celebração de transações administrativas¹³⁵³.

Nos dois casos apontados, diante do litígio instaurado, em curso no Judiciário, é atribuída competência ao Advogado-Geral para transacionar (contrato administrativo de transação *stricto sensu*, judicial, terminativo), no intuito de extinguir o processo judicial. No caso, a cláusula autorizativa de transação não especifica a matéria, o setor, tampouco dá

maiores requisitos ou condições para a realização de transação que ponha fim ao litígio; apenas exige que esta se dê sob a chancela judicial. A transação deve ser homologada pelo juiz, que resolve a lide pendente como se julgamento de mérito houvesse (transação judicial). O Judiciário, na realidade, verifica a transação, dá a chancela jurisdicional, emprestando ao acordo celebrado eficácia de título executivo judicial. O Direito Administrativo de cada uma das pessoas políticas mencionadas estabelece verdadeira cláusula autorizativa de contrato administrativo de transação *stricto sensu* terminativo, exigindo apenas a verificação da existência de *res litigiosa* que já tenha dado ensejo a processo judicial, estabelecendo apenas alguns requisitos formais para sua celebração.

Na seara tributária, em Minas Gerais, a Lei Estadual n. 6.763, de 26 de dezembro de 1975 (L6763) estabeleceu cláusula setorial autorizativa de transação administrativo-tributária, estabelecendo que o Poder Executivo poderá realizar transação, conceder moratória, parcelamento de débito fiscal e ampliação de prazo de recolhimento de tributo, observadas, relativamente ao ICMS, as condições gerais definidas em convênio. Nos termos do art. 217 dessa lei, o Poder Executivo poderá delegar à autoridade fazendária, a ser indicada em Decreto, a competência para celebrar os acordos e para estabelecer outras condições e formalidades relativas às formas especiais de extinção de crédito tributário. Como determina seu art. 218, a transação será celebrada nos casos definidos em decreto, observadas as condições estabelecidas no art. 171 do CTN, e dependerá de parecer fundamentado, aprovado por Resolução conjunta do Secretário de Estado de Fazenda e do Advogado-Geral do Estado, que será publicada no órgão oficial de imprensa dos poderes do Estado, em homenagem ao princípio da publicidade. Por sua vez, a Lei estadual n. 14.699, de 6 de agosto de 2003, autoriza o Poder Executivo a extinguir crédito inscrito em dívida ativa mediante dação em pagamento ao Estado de bens móveis novos ou imóveis, verificada a viabilidade econômico-financeira, a conveniência e a oportunidade.

Nos termos do art. 10 da Lei Complementar federal n. 24/1975, os convênios definirão as condições gerais pelas quais os Estados poderão celebrar transação, parcelamento de débitos fiscais e ampliação do prazo de recolhimento do imposto de circulação de mercadorias. Como se pode verificar, antes de qualquer coisa, no Estado-Membro, a transa-

1353 No Município de São Paulo, da mesma forma e com os mesmos contornos, nos termos do art. 4º, VI, da Lei municipal n. 10.182/86, o Procurador-Geral é legalmente competente para confessar, desistir, transigir, firmar compromissos e reconhecimento de pedidos nas ações de interesse da Fazenda Municipal, podendo delegar estas atribuições.

ção administrativo-tributária com o ICMS apenas é possível nos termos que forem marcados nos convênios que forem celebrados, nos exatos termos da Lei Complementar n. 24/1975 e do art. 217 e 218 da L6763. Isso quer dizer que não pode haver transação sem convênio de ICMS (celebrado pelos Estados-Membros) que lhe dê amparo.

O CONFAZ disciplina a transação em dois convênios principais: o Convênio CONFAZ/ICMS n. 33/2000 e o Convênio CONFAZ/ICMS n. 24/1975. O Convênio CONFAZ/ICMS n. 24/1975 estabelece condições gerais para as transações administrativo-tributárias e dispõe em sua cláusula quinta que as “transações comuns” não podem resultar na dispensa do imposto devido, mas apenas atingir as multas aplicadas. Os Estados podem, ainda, celebrar “transações administrativo-tributárias especiais”, em condições mais favoráveis que as trazidas pelo Convênio CONFAZ/ICMS n. 24/1975. Entretanto, a possibilidade de estabelecer tais “transações especiais” fica a depender de convênio para este fim especificamente celebrado. Uma modalidade de “transação especial” é a disciplinada pelo Convênio CONFAZ/ICMS n. 33/2000, em vigor desde 30 de setembro de 2000, que permite que os Estados celebrem transação que importe a extinção do crédito tributário, a não-constituição do crédito ou sua desconstituição, quando o litígio envolver matéria tributável igual a que tenha sido objeto de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça ou de decisão proferida por pelo menos dois terços dos membros do Pleno do Supremo Tribunal Federal, definitivas de mérito e desfavoráveis ao sujeito ativo. Portanto, apenas diante de questões de “alta indagação jurídica” e de jurisprudência avessa à pretensão do Erário é possível haver “transação especial”.

Em linhas gerais, portanto, na seara administrativo-tributária, a legislação do ICMS admite a celebração de: 1. transações comuns, diante da mera existência de *res litigiosa*, quando não se pretende abrir mão do montante do imposto devidamente corrigido, mas se quer anistiar penalidades que incidiram sobre o crédito tributário¹³⁵⁴, e de 2. transações

especiais, diante da verificação de *res dubia* especificamente qualificada pelo convênio¹³⁵⁵, quando os contratantes pretendem afastar até mesmo fatias do imposto devido. Por outro giro, a lei admite: 3. transação que redunde na concessão de parcelamento ou, mesmo, no 4. recebimento do crédito tributário inscrito em dívida ativa por meio de dação em pagamento com bens imóveis ou móveis novos.

Enfim, como se pode verificar, em Minas Gerais, no tocante às transações administrativo-tributárias, abrem-se verdadeiras cláusulas setoriais autorizativas de transação *stricto sensu* que permitem a celebração de contratos administrativos de transação terminativos, quando o afastamento do litígio puder proporcionar solução de maior eficiência para o Estado. Quanto ao conteúdo dos contratos, nos termos das cláusulas setoriais, estes podem redundar no perdão de penalidades ou do imposto (quando perante matéria de alta indagação jurídica, nos termos em que o Convênio CONFAZ/ICMS n. 33/2000 especifica), ou mesmo em parcelamento que altere a forma de pagamento, ou pode o crédito tributário ser extinto por meio de dação em pagamento de bens imóveis ou móveis novos.

No que diz respeito à “autonomia pública contratual de formatação de conteúdo”, mesmo quando o Direito firma cláusula geral autorizativa, tal como o fez a VwVfG, abrindo autorização genérica para manejo da forma de contrato administrativo, não sendo mais necessária formulação normativa para cada espécie de contrato ou para situações específicas, a permissão genérica da forma não se confunde com a liberdade de fixação do conteúdo do contrato¹³⁵⁶. Ao contrário, o fim a perseguir e os efeitos a produzir deverão encontrar-se minimamente especificados pela lei, ou seja, os contratos administrativos alternativos, mesmo quando o Direito

em casos excepcionais, mediante concessões mútuas, tem cabimento apenas quando houver justificada dúvida quanto à matéria de fato ou de direito. Assim, mesmo as transações comuns apenas podem ser celebradas se houver *res dubia*, não bastando a existência de *res litigiosa*.

1354 Entretanto, pelo menos em Minas Gerais, em razão de recente restrição (Decreto n. 44.170, de 12 de dezembro de 2005), as autoridades administrativas devem observar, ainda, o disposto no art. 156 do Decreto n. 23.780, de 10 de agosto de 1984, que estabelece que apenas o Secretário de Estado da Fazenda, por proposta da Advocacia-Geral do Estado, poderá autorizar a celebração de transação para extinguir litígios judiciais de natureza tributária. O decreto determina que a transação judicial, a ser realizada

1355 No que diz respeito à transação especial do Convênio CONFAZ/ICMS n. 33/2000, seria de se indagar, até mesmo, se não seria ofensivo ao mandamento de razoabilidade o fato do Estado insistir em demanda se, de antemão, souber que as chances de derrota no Judiciário são patentes. As próprias despesas com a manutenção do litígio, bem como os ônus sucumbenciais, podem justificar a economicidade da transação judicial, em homenagem ao princípio da eficiência administrativa.

1356 Nesse sentido, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 603.

Administrativo firma cláusula geral autorizativa de transação, devem se conter no âmbito da competência quanto à matéria¹³⁵⁷.

Usualmente, quando o Direito Administrativo estabelece “cláusula setorial autorizativa”, a própria cláusula firma os conteúdos que podem vir estabelecidos no contrato administrativo alternativo. Esse é o caso, por exemplo, da transação que abre a possibilidade de extinção do crédito tributário por meio de dação em pagamento com bens móveis e imóveis, tal como disciplinado na Lei mineira n. 14.699, de 6 de agosto de 2003, que estabelece as condições, requisitos e demais conteúdos do contrato de transação, em seus arts. 4º e §§’s.

Quando a cláusula setorial não marca os conteúdos, como acontece quando o requisito de competência satisfaz-se com a mera permissão legal para o manejo da forma contratual, sem se estender à definição do conteúdo que cada caso pode preencher com essa forma, a “autonomia pública contratual de formatação de conteúdos” é determinada pela compatibilidade funcional entre as situações jurídicas a constituir e as atribuições do órgão ou ente marcadas pelos interesses públicos primários que cumpre a este zelar (princípio da especialidade)¹³⁵⁸. Isso não quer dizer que os interesses públicos secundários não possam merecer considerações; no caso concreto, entretanto, apenas têm o condão de reforçar, atenuar ou paralisar os interesses primários, no traçado da finalidade imediata de atuação.

Nas hipóteses em que a cláusula setorial autoriza a celebração de contratos administrativos complexos, os interesses públicos passíveis de serem ponderados e de virem privilegiados no conteúdo do contrato devem vir especificados com maior densidade na cláusula. O administrado só pode se obrigar a contraprestação que

atenda ao interesse público, e esta deve ser, necessariamente, apropriada e proporcional ao conjunto das circunstâncias, devendo estar em conexão com a prestação contratual da Administração Pública, caso contrário à Administração estar-se-ia atribuindo poder incontrolável. A cláusula, nesses casos, apenas pode permitir, genericamente, o atendimento dos mesmos interesses públicos originais que estariam sendo atendidos pelo ato substituído.

A competência para pactuar contraprestações alternativas, nos contratos administrativos complexos que atendam a interesses secundários que não guardam conexão com a finalidade que, originalmente, deveria ser perseguida pelo ato administrativo substituído, apenas se dará quando a lei, exaustiva e especificamente, atribua tal poder ao administrador. A cláusula setorial não pode abrir, genericamente, a possibilidade de estabelecimento de contraprestações alternativas que atendam a interesses secundários, mas tais interesses apenas podem conduzir à formatação das contraprestações quando estritamente previstos na lei. Enfim, a cláusula setorial autorizativa dos contratos alternativos complexos não pode abrir margem para o estabelecimento livre e desembaraçado pela Administração de objetivos a partir de critérios de eficiência. Como exemplo, pode-se apontar, na seara do Direito Administrativo Tributário brasileiro, a possibilidade de celebração de contrato complexo para redução do montante da obrigação tributária com investimentos realizados no incentivo da cultura, o que apenas pode se dar quando exista lei de incentivo que expressamente autorize o contribuinte a abater, do *quantum* a recolher a título de tributos, o montante estritamente investido na cultura (em Minas Gerais, Lei estadual n. 12.733, de 30 de dezembro de 1997).

Em síntese, a aplicação do regime dos contratos administrativos de transação *lato sensu*, em regra, apenas pode empreender-se em virtude de habilitações legais, mais ou menos densas. Sem essas habilitações, o contrato estaria servindo de mecanismo derogatório da normatização imperativa, em benefício do particular, o que resulta juridicamente impossível¹³⁵⁹.

1357 Nesse sentido, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 604-605.

1358 Como afirma Sérvulo Correia (*Legalidade...*, cit., p. 574), a abertura da lei quanto ao uso por órgãos por ela determinados da forma contratual em actos regidos pelo Direito Administrativo não pode acarretar uma permissão em branco para todo e qualquer conteúdo desses actos, quando esse conteúdo seja de direito administrativo, isto é, por natureza próprio apenas das relações que tenham como um dos sujeitos a Administração Pública. [...] Em suma, a competência para decidir contratar atipicamente e para fazer têm de conjugar a permissão normativa do emprego da forma contractual do acto por órgãos individualizados com a concessão normativa do poder de construir os efeitos jurídicos atípicos (em termos de contrato) que se pretendem como conteúdo do contrato, quando tais efeitos de direito sejam especificamente administrativos.

1359 Em direção próxima, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., v. I, p. 670.

8.4. A TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA NA AUSÊNCIA DE CLÁUSULA SETORIAL AUTORIZATIVA

O princípio da legalidade impõe que a atividade administrativa desenvolvida por meio de contratos administrativos fundamente-se em normas de competência. Entretanto, isso não quer dizer que seja necessário reconhecimento normativo expresso relativamente a cada órgão da Administração Pública, da capacidade para celebrar contratos administrativos. Para que o administrador público possa utilizar o contrato administrativo como forma de atuação, não é preciso que a lei expressamente atribua competência para manejo da via concertada¹³⁶⁰.

Nas palavras de Sérvulo Correia,

*hoje, tal diferença entre as duas figuras encontra-se abolida. Por isso, pela mesma razão pela qual não é de esperar que a lei preveja em abstracto a capacidade de uma pessoa colectiva pública para emitir actos administrativos, também não é de exigir que isso suceda em relação aos contratos administrativos. Desde que a natureza dos efeitos jurídicos a produzir seja compatível com o tipo de conduta, a escolha entre acto administrativo e contrato administrativo é em regra livre: uma vez que um princípio geral faculta ambas as formas de actuação à Administração Pública, a decisão de usar uma qualquer delas não é objecto de uma reserva específica de norma jurídica: esta respeita directamente ao conteúdo do acto, isto é, à natureza dos efeitos de direito a produzir*¹³⁶¹.

A forma de atuação que a Administração Pública tenha de adotar não se encontra constitucionalmente predeterminada, tampouco nosso ordenamento jurídico obriga que a Administração exerça suas potestades de forma imperativa e unilateral. Ao contrário, é marcante o prestígio dado pela CRFB/88 à participação do administrado e às soluções concertadas. Ademais, a submissão da Administração à lei não se garante melhor quando sua vontade se manifesta por meio de ato imposto unilateralmente pelos órgãos competentes do que quando se empregam técnicas convencionais¹³⁶², que permitam diálogo aberto sobre os fatos relevantes e sua qualificação, com vista a resolver as incertezas e inseguranças existentes¹³⁶³.

O processo mais conseqüente de participação do cidadão na formação das decisões que lhe digam respeito é o da celebração de contratos, uma vez que estes traduzem, no próprio plano da constituição da relação jurídica, a colaboração entre Administração e administrado na determinação do conteúdo da atuação¹³⁶⁴. Nesse contexto é que se deve entender as razões pelas quais, em um Estado Democrático de Direito (eficiente, pluralista e participativo), que reforça e valoriza a participação dos cidadãos, o contrato administrativo deve ter a mesma dignidade do ato administrativo como instrumento de constituição, modificação e extinção de relações jurídico-administrativas. Em um Estado, como o Brasil, que esboça uma administração pública consensual mais democrática, deve-se considerar implícita uma base de legalidade formal para a celebração de contratos administrativos alternativos nas normas de competência material que não imponham, expressa ou implicitamente, a forma de ato administrativo para a produção dos efeitos de direito¹³⁶⁵.

Os contratos administrativos alternativos (substitutivos) substituem, por decisão acordada, a eventual emanação de ato administrativo unilateral. Nos termos expressos das leis que regulam o procedimento administrativo alemão e italiano, a celebração de contratos substitutivos apenas pode se dar se houver expressa previsão legal. Entretanto, se o contrato administrativo tem a mesma dignidade do ato administrativo e se a lei poucas vezes outorga competência para se perseguir fim de interesse público marcando o mecanismo para tanto, ou seja, se a lei quase nunca determina que a Administração atue impositivamente, é quase sempre possível a celebração de contratos administrativos alternativos que venham substituir, no mesmo

1360 Nesse sentido, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 566-567.

1361 Cf. CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 566-567.

1362 Cf. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, María Luisa. *Los procedimientos...*, cit., p. 23.

1363 Como afirma Francisco Delgado Piqueras (*La terminación...*, cit., p. 156), *no creo, en cambio, que por definición el contrato se preste a desviaciones o corruptelas mayores o de las que estaría a salvo la técnica del acto administrativo; ni que la supuestamente estricta*

aplicación unilateral de la ley por la Administración suponga una garantía real de justicia frente al peligro generalizado que representaría el reconocimiento a ésta de autonomía negocial en el ejercicio de sus potestades administrativas y en la ejecución de la programación legal. Desde luego, la experiencia no permite hacer juicios de valor tan categóricos. Se trata, más bien, de una suspicacia no demostrada empíricamente. Guste o no y sin menoscabo del apoyo que una buena técnica legislativa puede ofrecer (objetividad-perfección de la norma), la realidad es que la mejor garantía de rectitud administrativa es la honradez personal de los administradores y, por supuesto, la exigencia implacable de la responsabilidad correspondiente (penal, política, contable, disciplinaria...) cuando aquella confianza se ve defraudada.

1364 Cf. CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 613.

1365 Nessa direção, no Direito Português, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 613. Em Portugal, mesmo na ausência de cláusula geral autorizativa de transações, o autor (p. 676), entende que vigora o princípio geral da permissibilidade do recurso à forma jurídica do contrato administrativo para conformar relações jurídico-administrativas.

escopo, o ato administrativo imperativo, mesmo na ausência de lei que expressamente autorize a celebração de contratos substitutivos.

A Administração, por certo, não pode celebrar contratos administrativos complexos sem expressa atribuição de competência legal. Da mesma forma, não pode celebrar contratos administrativos de transação terminativos que afastem a aplicação ou os efeitos gerados pela incidência de lei genérica sem cláusula autorizativa. Igualmente, a Administração não pode dispor de bens e direitos públicos sem lei que fundamente a atuação. Porém, quando o contrato não está afastando determinações genéricas de lei, mas está sendo celebrado nas margens de discricionariedade abertas para emanção de ato administrativo, pode-se celebrar contratos administrativos alternativos, exceto quando a lei o proíba ou quando o administrado não o quiser. Nesses casos, existe competência genérica de escolher a via concertada quando a lei não firma os meios para atingir os fins¹³⁶⁶. Nas balizas legais, a Administração pode escolher o mecanismo de atuação, impositivo ou contratual, quando a lei não especifica os meios.

Quanto aos contratos preparatórios, estes preparam a decisão administrativa final, expressa em ato da Administração, não dando lugar, por si, a uma relação contratual acabada; portanto, são contratos administrativos alternativos celebrados nas margens de discricionariedade abertas para emanção do ato administrativo, daí sua possibilidade de celebração independe da atribuição de competência expressa para tanto, ou seja, o manejo de contratos preparatórios independe do estabelecimento legal de cláusula autorizativa.

No Direito Administrativo brasileiro, podem ser visualizados pelo menos quatro tipos de possibilidade de soluções concertadas alternativas: 1. contrato administrativo alternativo celebrado com fundamento em cláusula setorial autorizativa; 2. contrato administrativo alternativo celebrado dentro das margens de discricio-

nariedade abertas para emanção do ato administrativo (contrato administrativo endoprocedimental); 3. contrato administrativo alternativo de acertamento; 4. transação administrativa concretamente especificada pela lei.

No primeiro caso, havendo cláusula setorial autorizativa, abre-se regra genérica e abstrata que autoriza a transação administrativa, para certos segmentos, em determinados casos concretos (mesmo que excepcionais), quando o vetor eficiência administrativa o exija. Nesses casos, o próprio princípio da legalidade oferece o suporte para que se transponha a aplicação genérica e mecânica da lei, quando esta propicie situações de baixa eficiência.

No quarto caso, é a própria lei que constrói a solução específica para determinado caso concreto excepcional, não abrindo, em suas letras, margens de valoração posterior pela Administração. A transação, com respaldo em lei específica e concreta, “arreda” a aplicação de norma mais genérica posta à observância dos administrados.

No segundo caso, não existe a cláusula geral de admissão de transação administrativa, mais genérica e abstrata, mas a transação se processa nas margens de discricionariedade abertas à Administração para a emanção do ato administrativo. O contrato administrativo alternativo é celebrado em situação na qual a Administração pode unilateralmente determinar a solução¹³⁶⁷. Sem transpor regras genericamente postas pelas leis mais gerais, a Administração celebra com o administrado acordo que, em nome da boa-fé e da confiança do administrado na Administração, deve ser observado. O contrato administrativo endoprocedimental pode ser uma alternativa ao ato administrativo, quando sua celebração previne ou põe fim a eventual controvérsia entre administrado e Administração. Nos contratos administrativos en-

1366 Como afirma Sérvulo Correia (*Legalidade...*, cit., p. 605), o interesse na utilização da forma contratual existe sobretudo nos casos em que o conteúdo da relação se não encontra integralmente predeterminado, o que equivale a dizer que a celebração de contratos administrativos se aninhará quase sempre no exercício da discricionariedade. [...] A discricionariedade representa pois uma localização essencial (*ein wesentlicher Standort*) para o contrato administrativo, o qual, desde que não haja impedimento de forma, não será ilegal quando a mesma regulação pudesse ser emitida através de acto administrativo sem vício de discricionariedade.

1367 Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Novos institutos consensuais da ação administrativa. *In Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 231, p. 153, jan./mar. 2003), “os acordos substitutivos são instrumentos administrativos que poderão ser ocasionalmente aplicados pela Administração, sempre que, de ofício ou por provocação de interessado, verificar que uma decisão unilateral de um processo poderá ser vantajosamente substituída por um acordo em que o interesse público, a cargo do Estado, possa ser atendido de modo mais eficiente, mais duradouro, mais célere ou com menores custos. Como exemplo bem sucedido no direito brasileiro, ainda que insuficientemente processualizado para surtir efeitos com desejável amplitude, mencione-se o ‘ajustamento de conduta’, previsto no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, sem dúvida um instrumento já em plena ascensão”.

doprocedimentais, o objeto do contrato e os efeitos de direito em torno dele estabelecidos não seriam passíveis de estipulação entre particulares, uma vez que a relação jurídica é administrativa no seu todo¹³⁶⁸.

Firmado nas margens de discricionariedade abertas à Administração para a emanção do ato administrativo, o contrato endoprocedimental não pode ser celebrado: 1. quando a lei prescrever, direta ou indiretamente, atuação estatal unilateral (a lei pode, expressamente, impor a forma de ato administrativo ou proibir a celebração de contratos); 2. quando a via concertada for incompatível com a natureza da função administrativa; ou 3. quando o cidadão recusar-se a admitir o contrato administrativo alternativo proposto pela Administração.

A imposição da forma unilateral, pelo menos teoricamente, pode ser explícita, como também pode ser implícita, o que ocorre em especial naqueles casos em que a natureza da relação jurídica a constituir não seja compatível com a fonte bilateral¹³⁶⁹. Quando a lei, de forma vinculada, disciplina a atuação da Administração Pública, não se abre espaço para a via concertada. Da mesma forma, não é possível a celebração de contratos administrativos endoprocedimentais quando normas jurídicas estabelecem expressamente procedimentos de atuação unilateral relativamente a certas matérias. Também não seria compatível a celebração de contratos endoprocedimentais com os administrados que tivessem por objeto a disciplina de matérias pertencentes ao foro interno da Administração, como as atinentes ao seu poder de auto-organização administrativa. Igualmente, não são admissíveis contratos endoprocedimentais cujo objeto não seja do interesse direto e pessoal do administrado¹³⁷⁰.

Enfim, quando a lei ou a natureza da relação não o impedir, desde que o órgão tenha competência para atuar na persecução de determinado interesse público, a Administração pode valer-se do contrato administrativo endoprocedimental para o exercício de seus poderes discricionários.

Se o contrato administrativo endoprocedimental emerge do exercício de poder discricionário, o fim do contrato terá de ser o fim visado pela lei com a atribuição da competência. Uma vez que a discricionariedade pressupõe sempre a fixação, pelo legislador, de alguns pressupostos da situação concreta a regular, não poderá o contrato ser celebrado na ausência de tais pressupostos. A discricionariedade envolve a tipificação normativa mínima de efeitos de direito a constituir (como modo de identificar o poder concedido). Portanto, o contrato administrativo endoprocedimental, que tem como matriz de legalidade substantiva a norma que atribui a competência discricionária, não pode se afastar desses efeitos¹³⁷¹. Nos contratos administrativos endoprocedimentais, a autonomia pública contratual claramente coincide com a margem atribuída de discricionariedade, que deve ser exercida no âmbito das normas que concedem poderes de valoração (sem reserva de forma unilateral) para o seu exercício. O ato que porta a decisão de contratar e o contrato administrativo estão vinculados ao fim específico visado pelo legislador ao conceder competência discricionária para a emanção de ato unilateral (substituído).

A direção positiva que a Administração contratante recebe das normas jurídicas vigentes é a mesma que incidiria sobre a sua atuação se tivesse optado pela conformação da situação concreta por meio de ato administrativo unilateral. Portanto, a decisão de celebrar contrato administrativo endoprocedimental só será válida: 1. se ocorrer, no caso concreto, os pressupostos de que depende o exercício da discricionariedade; 2. se o fim primário perseguido pelo contrato for o mesmo visado pelo legislador ao conceder a competência para emanção do ato administrativo; 3. se os efeitos programados não escaparem ao tipo mínimo que teria de se conformar o ato administrativo emitido com o mesmo objeto e para a regulação de idêntica situação concreta¹³⁷². Coloca-se, assim, um limite externo à autonomia pública contratual dos contratos administrativos endoprocedimentais, que se revela pela incompetência por falta de atribuições, que poderá dar

1368 Nas palavras de Sérvulo Correia (*Legalidade...*, cit., p. 637, 639), os *contratos administrativos atípicos com objecto passível de acto administrativo* são aqueles contratos que não correspondem a qualquer modelo de contrato administrativo delineado na lei (que, em Portugal, em listagem legal, qualifica alguns contratos como administrativos), mas nele as partes estipulam efeitos de direito previsto em normas de Direito Administrativo que não impõem, explícita ou implicitamente, o recurso à forma jurídica do ato administrativo.

1369 Nesse sentido, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 637.

1370 Cf. CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 686-687.

1371 Nesse sentido, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 641. Como pondera o autor (p. 643), o regime de legalidade destes acompanha em todos os pontos o do paralelo acto administrativo, comportando a sua submissão à legalidade material não apenas a predeterminação de um fim de interesse público específico, mas também a definição mínima de pressupostos e efeitos de direito só a partir dos quais pode desenvolver-se a autodeterminação administrativa.

1372 Nessa mesma direção, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 653 e 659.

ensejo, até mesmo, à alegação de desvio de poder, se o contrato for utilizado como meio para se desviar dos fins visados pelo legislador ao conceder a competência para emanção do ato administrativo.

O contrato administrativo endoprocedimental é passível de ser manejado mesmo na falta de norma que o preveja expressamente, desde que a Administração se mantenha no âmbito da discricionariedade que lhe é atribuída pela lei. Exceto quando a via consensual não puder ser utilizada, o contrato não será ilegal quando estabelecer a mesma disciplina que poderia ser constituída, sem vício de discricionariedade, por ato administrativo.

Questão que merece ser elucidada é se o contrato administrativo alternativo pode ser de relevante utilidade, quando determinado órgão da Administração Pública não puder impor ao administrado a atuação em determinada direção, isto é, quando não puder publicar ato administrativo por falta de fundamentação jurídica. A permissibilidade genérica da forma contratual não legitima todo e qualquer conteúdo, mesmo que *praeter legem*, isto é, as cláusulas contratuais podem ser ilegais por ofensa a norma expressa ou por estatuírem efeitos especificamente administrativos sem fundamento legal que lhes proporcione lastro¹³⁷³. Nesse compasso, a invalidade do contrato administrativo endoprocedimental deve ser verificada tal como se estivesse perante o ato administrativo substituído.

A idéia de que a legalidade administrativa perde sua razão de ser sempre que a participação do administrado e seu consentimento o substitui como mecanismo garantístico na constituição dos efeitos jurídico-administrativos corresponde a uma visão historicamente ultrapassada da legalidade como mera proteção da liberdade e da propriedade individual contra a ingerência do soberano¹³⁷⁴. No Estado Democrático de Direito, a legalidade é o mecanismo assegurado da

direção da atividade administrativa pelo povo, de favorecimento da persecução racional do interesse público, de respeito à igualdade dos cidadãos e, sobretudo, constitui o veículo de atribuição de poderes administrativos. Ademais, na moderna sociedade pluralista, a função garantística das leis transcende interesses meramente individuais para se dirigir simultaneamente à sociedade¹³⁷⁵.

Nem a Administração nem os particulares podem definir ou atribuir competências administrativas. Portanto, a criação contratual de poderes de autoridade sobre o particular depende de lastro normativo expresso. O poder dos órgãos ou entidades administrativas não pode ser gerado por pactos ou negócios, mas decorrem das leis¹³⁷⁶. Nesse compasso, as contraprestações a que o administrado, em reciprocidade, possa se obrigar no contrato administrativo alternativo devem ser, de alguma forma, objeto de previsão legal¹³⁷⁷. Por certo, a contraprestação estipulável no exercício da discricionariedade não precisa estar descrita detalhada e expressamente na norma em que esta se baseia, mas deve encontrar fundamento na caracterização ampla da conduta permitida, ou seja, seu “efeito” deve poder ser agregável ao tipo de ato delineado na lei sem quebrar a sua unidade¹³⁷⁸. Mesmo no Direito Administrativo alemão, o § 56, 1, da VwVfG determina que a contraprestação deve ser apropriada ao conjunto das circunstâncias e ter relação objetiva com a prestação contratual da Administração Pública. Portanto, mesmo a cláusula geral alemã não fornece uma base de legalidade material mais ampla que fundamente a estipulação contratual autônoma de contraprestações.

Enfim, a conjunção da vontade do particular não tem o condão de neutralizar os imperativos de legalidade administrativa. Por isso a Administração Pública não pode se valer dos contratos administrativos alternativos para produzir efeitos de Direito Administrati-

1373 Nesse sentido, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 677. Como afirma o autor (p. 712), na ausência de previsão normativa dos efeitos de direito administrativo neles estabelecidos, são inválidos – por violação do princípio da legalidade material ou reserva total de norma jurídica – quer os contratos administrativos atípicos com objecto passível de acto administrativo que estabeleçam situações jurídico-administrativas não disciplinadas pelo Ordenamento Jurídico quer os contratos administrativos atípicos com objecto passível de contrato privado cujas ‘cláusulas exorbitantes’ não correspondam a uma disciplina contida em norma expressa ou em princípio geral de direito administrativo.

1374 Nesse sentido, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 715-717.

1375 Nesse sentido, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 717.

1376 Cf. CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 722.

1377 Nesse mesmo sentido, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 742. Como afirma o autor (p. 746), no contrato administrativo atípico com objecto passível de acto administrativo, o fim do contrato é necessariamente o fim visado pela norma que concede o poder discricionário através dele exercido. A contraprestação não poderá servir a um fim autónomo e distinto deste.

1378 Cf. CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 748.

vo que, se decorrentes dos atos administrativos substituídos, estariam maculados pelo vício de incompetência¹³⁷⁹.

Para ilustrar a possibilidade de celebração de contratos administrativos alternativos endoprocedimentais, pode-se tomar o já citado exemplo de Maurer, em que o administrado que solicita permissão para instalar restaurante com música ao vivo pode receber da Administração autorização com condição, autorização sujeita a cláusula suspensiva, ou a Administração pode propor ao administrado um contrato pelo qual este se obrigue à colocação de dispositivos anti-ruídos.

Na seara administrativo-fiscal, em Minas Gerais, o Decreto n. 43.080, de 13 de dezembro de 2.002 (alterado pelo Decreto n. 44.253, de 9 de março de 2006), em seu art. 159, determina que, ao estabelecimento que não estiver em dia com suas obrigações fiscais e tributárias, será autorizada a impressão de documentos fiscais em quantidade limitada, a critério da autoridade fazendária. Nos termos do dispositivo mineiro, contribuintes que descumprem seus deveres instrumentais para com o Fisco, como o de entregar os registros magnéticos contábil e fiscal de sua escrituração, podem ter autorização para a impressão de documentos fiscais limitada e estritamente controlada pela Fiscalização estadual. O Fisco pode acordar com o contribuinte a regularização da conduta em prazo a ser estipulado e, em contrapartida, resolvendo a controvérsia, suavizar a restrição, à medida que o contribuinte for acertando sua escrita e informando à Administração Fiscal. Ocorre “contrato administrativo alternativo endoprocedimental”, pelo qual a Administração acorda com o administrado, em contrato substitutivo (ao ato administrativo da autoridade fiscal que autoriza a impressão de documentos fiscais em determinada quantidade), conduta que poderia impor. A Administração resolve despir-se de seu manto de potestades, em nome de um mecanismo concertado, na prática, mais eficiente.

O art. 24 da L6763, em seu § 4º, exige, para a concessão de inscrição a estabelecimento no Cadastro de Contribuintes: 1. a prova de que as condições físicas do estabelecimento são compatíveis com a atividade pretendida; 2. a comprovação de endereço residencial dos sócios, dos

diretores ou do titular; 3. prova de capacidade financeira dos sócios, do titular ou da pessoa jurídica. Na realidade, à Administração Fiscal cabe avaliar e valorar esses requisitos e, se for o caso, negar a inscrição, tudo para evitar que o Estado saia lesado pela constituição de “empresas fantasmas”, empresas que tenham “laranjas” ou “testas-de-ferro” em seus quadros gerenciais, etc. Imagine-se que uma siderúrgica pretenda se inscrever no Cadastro de Contribuinte para a produção de gusa, entretanto sua capacidade financeira, bem como a de seus sócios, não é suficiente, além do que as condições físicas do estabelecimento não são compatíveis. A Administração pode celebrar contrato administrativo alternativo endoprocedimental pelo qual conceda a inscrição estadual e acerte com o administrado uma série de deveres, cuidados, providências, condutas e procedimentos que este deva atender, sob pena de revogação da inscrição. Na realidade, a Administração poderia negar a inscrição para evitar provável lesão ao Erário e, como usualmente acontece, estaria dando ensejo a “batalha” judicial de grande desgaste. Ao contrário, em homenagem ao mandamento de boa administração, afastando a potencial controvérsia, a Administração Fiscal pode celebrar contrato administrativo alternativo substitutivo, por meio do qual acerte deveres e procedimentos para o administrado, propiciando o imediato funcionamento da empresa, gerando empregos, bem como proporcionando, desde já, receita de impostos.

A L6763 mineira traz outro exemplo ilustrativo no art. 52, que determina que, observados os termos do regulamento, a autoridade fiscal poderá submeter a regime especial de controle e fiscalização o contribuinte que funcionar sem inscrição estadual; que deixar de atender, no prazo fixado pela autoridade fiscal, a intimação para exhibir livro, documento ou arquivo eletrônico exigidos pelo Fisco; etc. O regime especial de controle e fiscalização pode consistir, isolada ou cumulativamente, em obrigatoriedade de fornecer informação periódica referente à operação que realizar; emissão de documento fiscal sob controle da autoridade fiscal ou cassação da autorização para escrituração ou emissão de livro e documento fiscal por sistema de processamento eletrônico de dados; restrição do uso de documento fiscal destinado ao acobertamento de operação relativa à circulação de mercadoria; plantão permanente de agente do Fisco; exigência de comprovação da entrada de

1379 Nesse sentido, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 712.

mercadoria para a apropriação do crédito, etc. Nos exatos termos do § 3º do art. 52 da L6763, a aplicação do regime especial de controle e fiscalização far-se-á mediante ato da autoridade fiscal, que fixará as medidas que devem ser adotadas e o prazo de sua aplicação. Nos casos previstos no artigo, a Administração Fiscal deve valorar a situação concreta e pode, assim, determinar uma série de medidas interventivas. Se pode adotá-las por meio de ato administrativo, por certo o Fisco pode acordar com o contribuinte a extensão das medidas e com ele ajustar como se dará o cumprimento do regime especial. Em outras palavras, a Administração Fiscal pode celebrar contrato administrativo alternativo preparatório endoprocudimental com o contribuinte, por meio do qual acerte os contornos do ato (administrativo) da autoridade fiscal. Cabe verificar que, no caso, a própria lei determinou que o regime especial depende, para sua implantação, de ato administrativo de autoridade fiscal, afastando-se, no caso, a possibilidade de celebração de contrato substitutivo, entretanto, admitindo-se a celebração de contrato preparatório endoprocudimental.

Em síntese, o contrato administrativo endoprocudimental encontra aplicação quando a lei marca a finalidade a ser perseguida ou o interesse público a ser atendido, sem determinar explicitamente os meios para tanto. Nesse sentido, o contrato pode substituir a emissão de ato administrativo (contrato substitutivo) e/ou trazer o compromisso de a Administração praticar determinado ato (contrato preparatório), colocando fim a conflito de interesses (potencial) entre administrado e Administração. É possível, assim, a celebração de contratos administrativos alternativos em cujo conteúdo se estabeleçam direitos ou obrigações que seriam passíveis de ser determinados unilateralmente pela Administração.

No terceiro caso, no contrato administrativo alternativo de acertamento, a Administração tem o dever de emanar ato administrativo, entretanto, para formatar os seus contornos, precisa recolher elementos, dados e informações que devem ser produzidos pelo administrado, ou deve ter de investigá-los. É o que se dá, por exemplo, com o ajuste prévio ao lançamento tributário, quando o contribuinte pode acertar com o Fisco os contornos da obrigação tributária, antes do lançamento de ofício. No procedimento de fiscalização, o Fisco pode apurar infrações à legislação, mas não consegue, por vezes, precisar alguma circunstância fática, o

que leva à utilização de critério de arbitramento, por ser impossível prova firme sobre os fatos efetivamente ocorridos. Existem, de fato, interesses em conflito (potencial) que precisam ser pacificados: de um lado, a Administração Fiscal, que deve buscar a realidade resultante da incidência das normas legais tributárias; de outro, o contribuinte, que deseja reduzir o montante dos tributos a serem recolhidos.

O contrato administrativo de acertamento é contrato de fixação, não-substitutivo, preparatório, celebrado entre Administração e administrado para prevenir litígio. A Administração, mesmo podendo unilateralmente praticar o ato, despe-se de parcela de seu poder de império e faz acordo com o administrado. No caso do exemplo, o lançamento unilateralmente praticado pela Administração, por si, poderia surtir seus efeitos próprios, entretanto, poderia gerar questionamentos em processos administrativos e judiciais que, usualmente, se arrastam por anos¹³⁸⁰. O contrato administrativo de acertamento, entretanto, não é contrato administrativo alternativo celebrado nas margens de discricionariedade abertas à Administração para a emanção do ato administrativo, pois, na realidade, o Direito não abre, nesses casos, margens de valoração pela Administração da conveniência e oportunidade. Não se trata de margens de discricionariedade, mas de discricionariedade técnica.

A técnica e a ciência, nos domínios do Direito, no atinente à atuação da Administração Pública, abrem, pelo menos, duas direções principais: uma primeira, na qual servem de pressuposto para a aplicação pontual da norma jurídica; uma segunda, na qual fornecem elementos importantes que a Administração deve ter em conta, embora sempre em relação com outros elementos. O primeiro caso diz respeito à discricionariedade imprópria; no segundo, adentra-se na seara da discricionariedade própria, que deixa sempre uma margem mais ou menos ampla de escolha para a Administração¹³⁸¹.

1380 Como pondera Juan Ramallo Massanet (La eficacia..., cit., p. 245), *dada la técnica jurídica utilizada por el ordenamiento en la formulación de los conceptos jurídicos, las incertidumbres que ella produce afectan por igual al acreedor y al deudor del tributo, no habiendo, a estos efectos, razón suficiente para que sea el acreedor el que despeje unilateralmente dicha incertidumbre en lugar de hacerlo conjuntamente con el deudor a través de un negocio de fijación.*

1381 Nessa mesma direção, AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito...*, v. II, cit., p. 163-199.

A discricionariedade imprópria engloba aqueles casos de institutos que não são de poder discricionário, tais como a interpretação de certos conceitos vagos ou indeterminados e a remissão expressa da lei para determinadas normas extrajurídicas¹³⁸². Quanto a este último instituto, é a própria lei que, nos seus dispositivos, expressamente remete para normas extrajurídicas, incorporando-as à ordem jurídica, tornando-as juridicamente obrigatórias e vinculantes¹³⁸³. Portanto, quando a lei remete expressamente para regras técnicas específicas, a mesma lei torna-se o veículo pelo qual essas regras ingressam no mundo do Direito e passam a valer e a vincular a Administração. Não se trata, pois, de discricionariedade, mas de regras juridicizadas e passíveis de controle jurisdicional sobre a sua interpretação e aplicação.

Na seara da discricionariedade imprópria pode-se identificar, ainda, a discricionariedade técnica. Nesse caso, as decisões da Administração só podem ser tomadas com base em estudos prévios de natureza técnica e segundo critérios extraídos das normas técnicas. A lei não faz remissão expressa a regra extrajurídica determinada, juridicizando-a, mas a decisão administrativa é guiada por certas regras técnicas que devem ser seguidas¹³⁸⁴. A discricionariedade técnica, portanto, refere-se a situações em que a decisão administrativa deve se efetuar à luz de considerações técnicas. A doutrina dominante inclina-se no sentido de que, no exercício da discricionariedade técnica, a Administração não pratica escolha discricionária, mas toma decisão com base na aplicação técnica de dados aos quais é estranha pura valoração da oportunidade ou conveniência. Na verdade, não há liberdade de escolha, mas uma solução mais correta ou adequada aos padrões técnicos utilizáveis. Não se trata, por certo, de discricionariedade, porque a decisão, além de necessariamente de-

ver se conformar às vinculações legais, deve se dar em respeito estrito às regras técnicas pertinentes¹³⁸⁵.

No caso do exemplo, o contrato administrativo de acertamento é celebrado porque os custos ou as dificuldades de investigação fiscal efetiva sobre os elementos fáticos envolvidos no lançamento seriam desarrastadamente onerosos ou impossíveis. Em homenagem ao princípio constitucional da eficiência administrativa, em direção bem pragmática, o Estado acorda com o contribuinte os contornos da obrigação tributária para evitar ter de investigar todas as minudências dos fatos ocorridos, em prejuízo ao atendimento otimizado do bem comum. É certo que o Fisco não conseguiria, em todos os casos, investigar detidamente todos os fatos praticados por todos os contribuintes. Portanto, em nome da praticabilidade e da economicidade é que o contrato de acertamento é celebrado.

A título de ilustração, cabe tomar de empréstimo o exemplo dado por Paulo Ricardo de Souza Cruz¹³⁸⁶, que verificou que, em procedimento de fiscalização a certa empresa fabricante de camisas, constatou-se terem sido realizadas vendas sem emissão de nota fiscal. Todavia, inexistiam elementos que permitissem identificar com precisão a qualidade das camisas vendidas, de forma a quantificar a receita omitida, daí a necessidade de utilização de alguma forma de arbitramento. Especialmente em setor como o escolhido, uma camisa pode variar de poucos reais a centenas de reais por unidade. Portanto, a escolha do critério de arbitramento tem enorme influência no montante do crédito tributário. A possibilidade de o Fisco e o contribuinte determinarem, de comum acordo, o preço a ser utilizado para o cálculo da receita omitida é fator de intensa eliminação de conflituosidade e de pacificação social. No caso, o contrato administrativo de transação *stricto sensu* pode evitar alongada discussão judicial, mesmo quando o contribuinte reconhecer que efetuou vendas sem notas fiscais.

Em resumo, nos segundo e terceiro casos de possibilidade de transação, a celebração do contrato alternativo não está afastando a aplicação mais genérica e mecânica da lei. Nesses casos, o contrato administrativo de transação pode ser celebrado mesmo sem habilita-

1382 Esses dois casos são chamados por Diogo Freitas do Amaral (*Direito...*, v. II, cit., p. 167-168) de “figuras afins do poder discricionário”. Para o autor (p. 168-188), a discricionariedade imprópria diz respeito a outras realidades jurídicas também distintas do poder discricionário, mas que seguem regime jurídico similar. Em sua concepção, a discricionariedade imprópria engloba casos de liberdade probatória (quando a Administração deve apreciar as provas e emitir juízo); de justiça administrativa (quando a Administração é chamada a preferir decisões essencialmente baseadas em critérios de justiça material) e de discricionariedade técnica.

1383 Nessa direção, AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito...*, v. II, cit., p. 165-168.

1384 Nessa mesma direção, AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito...*, v. II, cit., p. 174.

1385 Nesse sentido, SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Lições...*, cit., p. 134.

1386 Cf. CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação...*, cit., p. 200-201.

ção legal expressa, isto é, não é preciso que a lei expressamente atribua competência para manejo da via concertada. Os contratos administrativos endoprocedimentais e os contratos administrativos de acertamento têm lugar onde a Administração pode atuar por meio de atos administrativos unilaterais, como alternativa a eles. Salvo específica habilitação legal (como quando estabelecem deveres alternativos), devem ter o mesmo conteúdo ou objeto da atividade unilateral original, isto é, sua celebração se dá no exercício das mesmas competências e, portanto, à luz da mesma declaração de vontade da lei.

Entretanto, se o contrato administrativo endoprocedimental pode ser acordado, a critério da Administração, nas margens de discricionariedade abertas para a valoração, quando a solução concertada redundar no atendimento otimizado do interesse público, o contrato administrativo de acertamento apenas pode acontecer quando é impossível ou inviável prova firme sobre os fatos efetivamente ocorridos, em homenagem à praticidade e à economicidade que a solução acordada proporciona. “Não cabe transação sobre fatos descobertos ou comprovados pela Fiscalização”¹³⁸⁷. Se os fatos não foram comprovados, ou seja, se a solução legal não firmou seus contornos, quando for impossível ou desarrazoado à Administração perquirir exaustivamente os contornos fáticos da solução dada pela lei, tem cabimento a celebração de contrato de acertamento.

8.5. A TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA CONCRETAMENTE ESPECIFICADA PELA LEI

A lei administrativa brasileira, em diversas situações, determina especificamente hipótese na qual o administrado pode aderir a um “contrato” proposto pela própria lei, que já desenha seu conteúdo, sem deixar qualquer margem de valoração para o administrador. A lei administrativa molda alternativa e a coloca à apreciação, decisão e adesão pelo administrado, que decide ou não pela solução legalmente colocada. Trata-se da chamada (impropriamente) transação legal.

1387 Cf. FERREIRO LAPATZA, José Juan. Arbitraje..., cit., p. 265. Na mesma direção, TORRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes – simplificação e eficiência administrativa. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 2, p. 105, mar./abr. 2003.

Na seara administrativo-tributária, Bernardo Ribeiro de Moraes identifica o que chama transação legal¹³⁸⁸, na cláusula legal que permite o pagamento do crédito tributário com a redução do valor da multa aplicada, caso o contribuinte deixe de apresentar recurso. É comum a lei tributária prever que, se o contribuinte efetuar o pagamento do crédito tributário sem recorrer administrativamente, as multas serão reduzidas. Conforme o momento em que se dá o pagamento, as multas são gradativamente reduzidas, isto é, da notificação do lançamento até a fase de inscrição em dívida ativa, a redução das multas vai ficando gradativamente menor.

Trata-se de opção preventiva legalmente estabelecida, que tem como intuito prevenir ou evitar o litígio. Diante de litígio potencial, o contribuinte abre mão de sua prerrogativa de discutir administrativamente (ou judicialmente) o lançamento de ofício levado a cabo pelo Fisco e a Fazenda Pública abre mão de parte da multa aplicada. Não que a multa vá aumentando à medida que o procedimento de cobrança do crédito tributário avançar, (pois isso seria cabal ofensa ao princípio que garante o livre acesso dos contribuintes ao Judiciário), mas o fato é que o Estado concede verdadeiros descontos nas multas se o contribuinte satisfizer o pagamento antes de se inaugurar a discussão administrativa (ou judicial).

A título de ilustração, tomando a legislação tributária mineira, cumpre verificar que a L6763 define, em seu art. 53, as multas tributárias passíveis de ser aplicadas aos contribuintes infratores e, nos §§ 9º e 10 do mesmo artigo, estabelece verdadeiros descontos nas multas para contribuintes que paguem o crédito tributário sem alongar as discussões administrativas. As multas de natureza não contenciosa poderão ser pagas com os valores reduzidos a 40%, quando o pagamento ocorrer no prazo de dez dias do recebimento do auto de infração, ou a 60%, quando o pagamento ocorrer antes da inscrição do débito em dívida ativa. As demais penalidades terão seus valores reduzidos a 30%, quando o pagamento ocorrer no momento da ação fiscal; a 40%, quando o pagamento ocorrer no prazo de dez dias do recebimento do auto

1388 Cf. MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio...*, cit., v. II, p. 457-458. Na expressão de Fábio Fanucchi (*Curso de direito tributário brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1980. v. I, p. 340), transação *jure et de jure*.

de infração; a 50%, quando o pagamento ocorrer até trinta dias contados do recebimento do auto de infração; a 60%, quando o pagamento ocorrer antes de sua inscrição em dívida ativa. A Administração Fiscal, nada valora, nada especifica; ao contribuinte é dada apenas a oportunidade de aderir ou não à proposta da lei e, pagando o crédito tributário, ter as multas legalmente reduzidas, conforme o momento em que efetua o pagamento.

Mais um exemplo de transação legal pode ser verificado em outro dispositivo do Direito Administrativo Tributário mineiro usado para terminar litígios com vários contribuintes, que vinham se desenrolando há vários anos, relativo à incidência ou não do ICMS nas exportações de mercadorias tidas pelo Estado como produtos semi-elaborados. O Estado de Minas Gerais editou a Lei estadual n. 14.062, de 20 de novembro de 2001, que, em seu art. 31, previa a possibilidade de remissão de 75% do crédito tributário, constituído ou não, até mesmo aquele inscrito em dívida ativa, ajuizada ou não a sua cobrança, e a anistia de multas, bem como dos juros moratórios, relativos às operações de exportação dos produtos considerados semi-elaborados, desde que o contribuinte renunciasse a qualquer procedimento administrativo ou judicial que visasse contestar a exigência do crédito tributário e promovesse, à vista, a quitação do saldo remanescente. Diante da verificação, pelo legislador, da existência de *res dubia*, que tendia a ter entendimentos judiciais desfavoráveis ao Estado, estabeleceu-se hipótese concretamente especificada de transação legal pela qual o contribuinte que aderisse à proposta da Lei, no prazo de trinta dias contados da data de sua publicação, poderia ser anistiado e ver parcela de seu crédito tributário remitida.

Para Paulo Ricardo de Souza Cruz, a transação legal é transação tributária de cunho contratual, que apenas se aperfeiçoa quando os contribuintes aderem à proposta legal¹³⁸⁹. Entretanto, a (impropriamente) designada transação legal não se consubstancia em verdadeiro contrato, uma vez que a lei retira qualquer possibilidade de valoração por parte da Administração. A lei abre opção para o administrado, que escolhe entre discutir judicialmente o crédito

tributário ou pagar o que determina a lei alternativa. De fato, não é a Administração que celebra transação com o administrado, mas a lei que coloca uma opção; não existe contrato porque não existem duas vontades que se fundem, mas uma vontade do administrado (que escolhe aderir ou não à proposta legal) e uma alternativa legalmente colocada, independentemente de valoração por parte da Administração (vontade administrativa).

Em síntese, a chamada transação legal não é transação, por não retratar qualquer contrato. Na realidade, a lei descreve em detalhes todos os contornos do pretense “contrato”, retirando qualquer valoração por parte da Administração, daí sequer contrato de adesão existe. A lei, sim, é que dá vantagem àqueles que adiram aos seus termos, sem qualquer interveniência da Administração.

Entretanto, o Direito Administrativo brasileiro conhece hipóteses de transação administrativa que vêm concretamente especificadas pela lei, mas que não são transações legais. Uma das possibilidades de solução concertada, na ausência de cláusula autorizativa de transação, é a transação administrativa concretamente especificada pela lei. Em inúmeras ocasiões, a lei, de forma expressa, autoriza a celebração de contrato administrativo de transação *lato sensu*, em determinado caso concreto especificado pela própria lei.

A transação administrativa concretamente especificada pela lei ocorre quando a lei especifica a situação concreta em que o contrato administrativo alternativo pode ser celebrado, dando o conteúdo de forma mais ou menos detalhada, deixando, porém, alguma margem de valoração administrativa para o administrador público. A “autonomia pública de contratar” vem reduzida à decisão entre celebrar ou não o contrato perante determinada situação concreta absolutamente especificada pela lei. Nesses casos, a lei não abre qualquer “cláusula” autorizativa de transação, isto é, não abre margem para que o administrador identifique a circunstância em que a solução concertada pode ser viável, mas detecta de antemão o caso concreto e deixa ao administrador apenas a decisão entre contratar ou não. Se na transação legal tem-se, de um lado, a opção aberta pela lei e, de outro, a vontade do administrado que se manifesta na decisão de aderir à opção alternativa ou não, na transação concretamente especificada pela lei, o decisor administrativo valora a

1389 Cf. CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação...*, cit., p. 223-224.

conveniência e a oportunidade de celebrar o contrato alternativo, da mesma forma que o faz o administrado. Algumas vezes, a lei abre certa autonomia pública parametrizada de formação de conteúdo; outras vezes, a lei, além de marcar as situações em que o contrato pode ser celebrado, especifica em detalhes o conteúdo que este deve ter. Nesses casos, ao administrador e ao administrado é dada apenas a possibilidade de valorar e decidir entre contratar ou não, uma vez que praticamente todo o conteúdo do contrato já vem moldado pela lei.

Autorizações específicas para celebração de transações administrativas podem ser encontradas em leis do Direito Urbanístico que, em determinadas situações concretas, autorizam e especificam a transação. Esse é o caso da já estudada e ilustrativa Lei municipal n. 8.728, de 30 de dezembro de 2003, que disciplinou a operação urbana do conjunto arquitetônico da Avenida Oiapoque, no Município de Belo Horizonte. A lei determinou a situação concreta em que a transação poderia ser efetuada, além de especificar o conteúdo do contrato administrativo alternativo, que poderia ser celebrado com lastro na referida lei, deixando margens de valoração bem balizadas e orientadas.

Inúmeros outros exemplos podem ser encontrados no Direito Administrativo pátrio. Esse é o caso, por exemplo, da Lei federal n. 6.134, de 7 de novembro de 1974, que autorizou o Poder Executivo federal a efetuar transação com o governo da Grã-Bretanha para saldar débitos provenientes de encampação e desapropriação de companhias estrangeiras. Da mesma forma, a Lei federal n. 7.168, de 14 de dezembro de 1983, autorizou o Poder Executivo a celebrar contrato administrativo de transação *stricto sensu* com a Fundação Abrigo do Cristo Redentor, para colocar fim ao litígio que especificou, dando parâmetros para tanto. As leis não estabeleciam cláusula setorial autorizativa, mas abriam margens para transações concretamente especificadas, uma vez que determinavam o caso concreto passível de dar ensejo à transação, restringindo a autonomia pública de contratar, além de marcarem com balizas mais densas o traçado do conteúdo do contrato.

A Lei federal n. 10.667, de 14 de maio de 2003, na mesma direção, em seu art. 23, autorizou a Fundação Nacional de Saúde, em caráter excepcional, observada a disponibilidade orçamentária, a reintegrar os substituídos no Processo coletivo n. 99.0017374-0 (impe-

trado pela respectiva entidade sindical perante a 2ª Vara Federal do Estado do Rio de Janeiro) mediante contrato administrativo de transação *stricto sensu* concretamente especificada pela lei (terminativo, judicial). O próprio conteúdo do contrato, que deveria ser homologado judicialmente, vinha balizado pela lei, que lhes limitava a vigência ao prazo máximo de dois anos, contado do efetivo retorno ao serviço, estabelecendo, ainda, que o pagamento dos atrasados deveria se dar em vinte e quatro parcelas mensais, a partir de janeiro de 2004. A lei estabelecia, no § 1º do art. 23, que cabia à Fundação a análise individual de cada contrato diante da legislação federal, para fins de reintegração e pagamento dos atrasados, desde que firmado termo de transação, por meio do qual o interessado renunciasse aos direitos postulados no processo judicial, bem como a qualquer ação judicial tendente ao reconhecimento de direito de ordem moral ou patrimonial decorrente dos fatos narrados no mesmo processo. Os contornos do contrato de transação vinham especificados pela lei que, de forma detalhada, identificava a situação concreta em que poderiam ser celebrados. Trata-se de exemplo ilustrativo de transação concretamente especificada que tinha por objetivo colocar fim a litígio judicial (já instaurado); portanto, que seria celebrada por meio de contrato de transação *stricto sensu* que deveria ser homologado judicialmente.

Na prática, muitas vezes, nas transações administrativas concretamente especificadas pela lei, acordos são celebrados entre a Administração Pública e os administrados, e a lei serve apenas para cancelar o acordado pelas partes. A realidade mostra que, efetivamente, é a Administração que se reúne com os administrados, que estuda o caso concreto, que pondera os interesses envolvidos, que efetivamente “negocia” e, daí, que decide. O legislador apenas dá chancela legislativa para o que, de fato, foi acordado entre Administração e administrado.

As exigências mais modernas de boa administração reclamam uma “flexibilização responsável” que permita à Administração Pública administrar eficientemente. Como visto, o Legislativo não pode se ater a detalhes e minúcias da complexa legislação; não pode se perder na inalcançável tentativa de resolver todos os casos concretos, retirando margens de valoração por parte do Executivo, sob pena de, em nome

de uma pretensa segurança jurídica, inviabilizar a justiça e a eficiência. Mesmo assim, é usual o Direito brasileiro exigir lei específica para a celebração de transações administrativas, como se dá no Direito Urbanístico. O art. 32 do ECid, por exemplo, exige lei municipal específica, baseada no plano diretor, para que se possa delimitar área para aplicação de operações consorciadas.

Quando o Legislativo não presta apenas sua chancela às transações, acaba por esboçar leis que transferem a avaliação da conveniência e oportunidade da transação para o Parlamento. Por vezes, à Administração nada cabe valorar e a decisão já vem marcada em lei específica, que delinea toda a situação concreta e a solução. A decisão já vem marcada em “lei-medida” específica que retira a possibilidade de valoração por parte do administrador, em dissonância com as exigências de eficiência. Nesses casos, na maioria das vezes, a decisão é entregue a verdadeiro “mercado legislativo”, onde os interesses privados, no Parlamento, encontram verdadeiros defensores e os decisores, na realidade, são agentes políticos distantes da realidade do caso concreto e que, na maioria das situações, não têm a qualificação técnica mínima necessária para valorar a situação específica. A morosidade das decisões legislativas, a falta de confidencialidade muitas vezes necessária em negociações e, em alguma medida, a própria diluição de responsabilidades que são inerentes à atuação parlamentar, acabam por proporcionar soluções de baixa eficiência, ou mesmo inviabilizar caminhos que poderiam propiciar o atendimento otimizado do bem comum.

Enfim, as transações administrativas pressupõem a possibilidade de verificação das peculiaridades do caso concreto para a formatação de solução de maior eficiência, em face das dificuldades decorrentes da aplicação mecânica da lei mais genérica. Não deve ser o Legislativo, à luz da doutrina mais moderna da separação dos poderes, o órgão adequado para verificação das minúcias dos casos concretos. Daí por que as exigências de flexibilização responsável reclamam cláusulas setoriais que autorizem e forneçam o necessário lastro para a busca da solução concertada, quando o requeira o mandamento de eficiência.

8.6. TRANSAÇÕES ADMINISTRATIVAS E DIREITOS DISPONÍVEIS

O regime jurídico-administrativo, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, apóia-se em duas bases fundamentais: prevalência do interesse público e indisponibilidade deste pela Administração. Para o autor, a superioridade do Estado justifica-se pela supremacia necessária do interesse público, indisponível, embora não se possa atribuir a essa idéia um valor perene e imutável, porque é o ordenamento jurídico que assim o qualifica¹³⁹⁰. Nessa linha de idéias, pelo menos sob ponto de vista mais tradicional, as formas consensuais são vistas como alternativas inadequadas à atuação estatal a ser desenvolvida por mecanismos autoritários, uma vez que os interesses públicos são indisponíveis, isto é, o Estado busca atuar com base na sua posição de superioridade em relações unilaterais, não se admitindo, confortavelmente, transações administrativas em matéria de interesse público¹³⁹¹. Entretanto, na moderna sociedade pluralista, a satisfação de interesses públicos não exclui, necessariamente, o atendimento de interesses privados, portanto, sob essa ótica mais moderna, enfraquece-se a idéia de que o Estado, para garantir o interesse público, precise, necessariamente, se valer de meios unilaterais impositivos. Ao contrário, o atendimento do bem comum reclama justa ponderação entre interesses públicos (muitas vezes desalinhados) e interesses privados. Nesse sentido, na moderna sociedade pluralista, assumem posição privilegiada os instrumentos consensuais¹³⁹².

Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração, tampouco aos seus agentes; cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta, sim, a verdadeira titular. O princípio da indisponibilidade do interesse público enfatiza tal situação deixando gizado que a Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, mas esses só podem ser colocados de lado ou ser objeto de disposição por parte da Administração, na forma que a lei dispuser¹³⁹³.

1390 Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, cit., p. 47.

1391 Cf. NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Interesse público e administração concertada. *Revista de Direito Municipal*. Belo Horizonte, n. 12, p. 173, abr./jun. 2004.

1392 Nesse sentido, NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Interesse...*, cit., p. 173.

1393 Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, cit., p. 22. Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso...*, cit., p. 65), “necessário – parece-nos – é encarecer que na

Pelo menos à primeira vista, pode parecer que a transação administrativa encontre óbices no princípio da indisponibilidade do interesse público. Entretanto, o princípio pressupõe, sobretudo, que é vedado à autoridade administrativa retardar ou deixar de tomar providências relevantes ao atendimento do interesse público¹³⁹⁴. Nesse compasso, a indisponibilidade do interesse público não pode ser confundida com a disponibilidade de um interesse público determinado, isto é, a Administração, em prol do melhor interesse público possível, deve atuar nos limites da competência legal que lhe tenha sido outorgada, mesmo que essa atuação redunde no afastamento de determinado interesse público, quando a medida ocasionar o atendimento otimizado do feixe de interesses públicos. Enfim, à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público, desde que exista lei que autorize a disposição ou procedimentos de ponderação, como se dá na cláusula setorial autorizativa de transação, a Administração pode dispor de determinado interesse público para fazer prevalecer o atendimento otimizado do feixe de interesses públicos que cabe à máquina pública zelar.

Em síntese, “transigir” sobre interesses públicos, diante da indisponibilidade destes, à primeira vista, é de se repudiar; entretanto, casos existem em que é de maior interesse público a transação do que o litígio, desde que essa apreciação se faça por órgão competente, mediante procedimento adequado. Enfim, o princípio da indisponibilidade do interesse público não retira a possibilidade de a Administração Pública transacionar, embora a solução concertada apenas possa ocorrer quando o “melhor interesse público possível” apontar para a alternativa consensual, como a mais eficiente para satisfazer ao bem comum. Na realidade, assim, indisponível, sempre, é o bem comum.

Nos termos postos pelo art. 841 do CCB, “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. Portanto, o dispositivo decisivamente afasta, pelo menos da seara do Direito Privado, a possibilidade de celebração de transação por entidades

administração os bens e interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela”.

1394 Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito...*, cit., p. 146.

públicas no tocante a direitos de caráter público¹³⁹⁵. Enfim, sob a égide do Direito Civil, apenas fica aberta a possibilidade de celebração de transação pelas entidades públicas no tocante a direitos patrimoniais de caráter privado. Entretanto, nada proíbe que leis administrativas fundamentem a celebração de transações administrativas. Nos domínios do direito público, a princípio, salvo se a possibilidade de transação administrativa vier estabelecida em leis administrativas, a solução contratual não pode ter lugar.

A transação regulada pelo CCB diz respeito a interesses patrimoniais privados, entretanto, atendidos aos princípios reitores da administração pública e aos requisitos legais, é possível a celebração de transação administrativa. A proibição do art. 841 do CCB não obsta que a Administração Pública realize transação administrativa, mas apenas afasta do âmbito do Direito Civil as transações de direito público. Isto é, se houver fundamento jurídico nas leis administrativas para que se celebre o acordo, é possível haver transação envolvendo interesses públicos¹³⁹⁶. Os contratos administrativos de transação *lato sensu*, como visto, têm por objeto, essencialmente, direitos públicos. Portanto, pelo menos à luz do CCB, é impensável a transação administrativa, que, por certo, apenas pode ser disciplinada em sede própria, isto é, nas leis administrativas.

A doutrina civilista, usualmente, entende que para haver transação é necessário haver disponibilidade do bem ou do direito. Portanto, só se pode transacionar aquilo de que se pode dispor. Sob a égide do Direito Privado, pelo menos a princípio, apenas direitos disponíveis podem ser objeto de transação, não cabendo acordo, por exemplo, sobre direitos de personalidade ou sobre direitos públicos.

No Direito Público, a problemática principal das transações administrativas, que têm lugar nas relações de subordinação, deriva da conexão entre o poder necessário para celebrar tais contratos e o poder

1395 Para Paulo Luiz Netto Lobo (Dos contratos..., cit., p. 561), pelo menos na seara do direito privado, “não é possível transigir sobre o patrimônio ou bens públicos. Também não se pode transigir sobre o direito à vida, direitos de personalidade, certas relações de família, direitos autorais, dentre outros”.

1396 Como verifica Paulo Ricardo de Souza Cruz (*A transação...*, cit., p. 46), “em outros países, a própria legislação civil já contempla a hipótese de transação efetuada pelo Poder Público. Isso acontece, por exemplo, na França, onde o art. 2.045 do Código Civil proíbe a transação efetuada pela Administração Pública, abrindo, contudo, a exceção da mesma poder ser feita se houver autorização expressa do Primeiro-Ministro”.

de disposição sobre o objeto do negócio jurídico, já que aquele presuppõe esse poder¹³⁹⁷. A celebração de transações administrativas só será admissível se a Administração gozar de faculdades dispositivas sobre o objeto do contrato. Parcela da doutrina nega a licitude das transações administrativas, sob o argumento de que existe uma proibição de disposição de bens e direitos de caráter público. Na seara tributária, por exemplo, grande parcela da doutrina entende que a transação não é possível porque existe uma proibição de disposição do crédito tributário por parte da Fazenda Pública.

Os bens públicos, a princípio, são indisponíveis, mesmo os dominicais¹³⁹⁸. Mesmo o dispêndio de dinheiro público deve observar as normas aplicáveis, em especial as atinentes à prestação de contas; os arts. 17 a 19 da LLC disciplinam a alienação de todos os tipos de bens públicos. Entretanto a indisponibilidade não se apresenta com caráter absoluto, pois se assim fosse paralisaria a Administração, sobretudo tratando-se de bens dominicais. O patrimônio público é passível de transação, sendo que determinados bens e direitos, tendo em vista o dever de realização do melhor interesse público possível, podem tornar-se disponíveis na forma da lei.

Na seara do Direito Público, para que se possa celebrar transação administrativa, o bem ou direito deve ser disponível ou deve haver lei que autorize expressamente a transação. Não se trata de abrir exceção à regra de que o objeto de transação seja direito disponível, até porque os bens públicos podem ser objeto de disposição, contanto que essa disposição, legalmente fundamentada, seja a forma de bem atender ao “melhor interesse público possível”. Desde que presente autorização legal, ou desde que verificada a competência legal para transigir e para cumprir as concessões feitas, atendido ao procedimento previsto em lei, é possível a transação administrativa, em sintonia com o mandamento de boa administração.

O Direito Processual Civil enfrentou questões na mesma direção, com soluções similares. O art. 447 do CPC marca que, “quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofi-

cio, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento” para tentar a conciliação; entretanto, o parágrafo único assinala que, “em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação”. Mesmo perante direitos indisponíveis, portanto, é possível a transação, pelo menos com relação a alguns aspectos da questão, desde que a lei consinta. Da mesma forma, na ação de modificação de guarda de menor, impõe-se a tentativa de conciliação prevista pela lei, embora não se trate de ação sobre direitos patrimoniais¹³⁹⁹.

O Supremo Tribunal Federal (STF) ponderou a possibilidade de transação administrativa pelos entes públicos a partir da competência dos agentes para transigir. Predomina na Corte a posição de que, se o agente do Estado pudesse transigir sem autorização legal (sobre vencimentos de funcionários, proventos, impostos, taxas, expulsão de estrangeiro), estaria destruído o sistema legal em que se assenta a estrutura jurídica do Estado. O STF não entende impossível a transação sobre matéria regulada pelo Direito Público, porém exige o atendimento do requisito da competência para tanto. Para o STF, havendo poderes outorgados (competência) para transigir, mesmo na seara do Direito Público, a via concertada é lícita e possível¹⁴⁰⁰.

Entretanto, o contrato administrativo alternativo pode ser celebrado mesmo sem habilitação legal expressa, isto é, não é preciso que a lei expressamente atribua competência para manejo da via concertada. Nesses casos, porém, a Administração não poderá dispor de bens ou direitos públicos, porque estes apenas podem ser objeto de disposição na forma da lei. O que exige competência específica, portanto, são as deliberações de disposição, quando em jogo bens ou direitos públicos.

Nesse compasso, não existe proibição para a transação administrativa que tenha por objeto bens ou direitos de caráter público, mas o poder de transigir (ou de renunciar), se a Administração pretende dispor de bens ou direitos, não é admissível se a lei não o previr. Se o contrato administrativo de transação *lato sensu* pode ser celebrado, mesmo sem habilitação legal expressa, a disponibilidade dos bens ou

1397 Cf. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, María Luisa. *Los procedimientos...*, cit., p. 95.

1398 Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito...*, cit., p. 262.

1399 Nesse sentido, BARBOSA, Denis Borges. *Nota...*, cit., p. 7.

1400 Cf. BARBOSA, Denis Borges. *Nota...*, cit., p. 8-10.

direitos públicos por parte da Administração é matéria que cerca sua legitimidade para transigir, e esta depende de lei.

Em síntese, na seara do Direito Público, para que se possa celebrar transação administrativa, deve haver lei que autorize especificamente a transação, ou o bem ou direito público deve ser disponível (na forma da lei). A transação administrativa é ainda possível mesmo quando a lei não atribua competência expressa para o manejo da via contratual, entretanto, nesses casos, a Administração não pode tomar deliberação de disposição.

Quando o Direito Administrativo consagra cláusula geral ou cláusula setorial autorizativa, a transação é possível porque a disponibilidade do bem ou direito decorre da própria cláusula legal. Enfim, a transação administrativa perante cláusula autorizativa é possível, salvo quando a Constituição ou a lei obstiver a solução consensual.

Quando a Administração não conta com habilitação legal expressa, a transação administrativa é possível, desde que o administrador não tome deliberações de disposição. A solução encontrada pelo STF, nesses casos, é a de que a transação é lícita desde que a Administração nada “conceda”¹⁴⁰¹. Nas palavras de Denis Borges Barbosa, que merecem ser reproduzidas,

a solução encontrada nesse passo pelo Supremo é de que a transação seria lícita quando a Administração não concede nada; entendimento que, provavelmente, se ajusta aos fatos do caso. Trata-se de transação feita por Município com alguns de seus funcionários, a quem injustamente tinham negado vencimentos; uma administração subsequente reconheceu a ilegalidade da negativa, e transaciona o reconhecimento do pedido dos autores em troca de renunciarem à sucumbência e os acréscimos. O Acórdão conclui que, podendo a Administração declarar a nulidade de seus próprios atos, igualmente pode fazê-lo, sem ferir o interesse público, através de transação que, reconhecendo o erro de direito, elimine por concessões recíprocas as conseqüências do ilícito. Assim, as concessões se centram na renúncia a uma defesa, além de ilógica, contrária a direito, mas certamente demorada, incerta e injusta para os autores, em troca da sucumbência e dos acréscimos (*sic*)¹⁴⁰².

1401 A propósito, vale conferir a decisão proferida no Recurso Extraordinário RE – 253885/MG, de 4 de junho de 2.002, relatora Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma do STF, publicado no *Diário de Justiça*, p. 118, 21 jun. 2002.

1402 Cf. BARBOSA, Denis Borges. *Nota...*, cit., p. 9.

O contrato administrativo endoprocedimental e o contrato administrativo de accertamento podem ser celebrados mesmo na ausência de habilitação legal específica. Nos contratos administrativos endoprocedimentais, a Administração não pode, na ausência de cláusula legal autorizativa, dispor de bens ou direitos públicos, mas, nas margens abertas à sua valoração, pode definir a existência, a extensão e o alcance destes. Nas margens de discricionariedade abertas, o administrador pratica o ato administrativo que impõe deveres ou obrigações aos administrados, marcando, em contrapartida, direitos da Administração. Nas balizas legais abertas à valoração do decisor, a Administração, pela via concertada, define a existência, a extensão e o alcance de bens ou direitos públicos, portanto, deles não dispõe pela via contratual.

Em geral, os poderes administrativos atribuídos a determinado órgão são indisponíveis, não podendo a Administração a eles renunciar. Como dispõe o art. 2º, parágrafo único, II, do CPAF, é critério de atuação administrativa a vedação à renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo expressa autorização legal. Mediante contrato administrativo alternativo, a Administração pode negociar como exercer seus poderes, mas não pode transferir ou renunciar sua titularidade¹⁴⁰³.

Nos contratos administrativos de accertamento, a Administração não renuncia ao seu poder/dever de investigar ou fiscalizar a atuação do administrado, mas o contrato alternativo é celebrado diante da impossibilidade ou da inviabilidade de obter provas firmes sobre fatos efetivamente ocorridos. À luz de juízo de razoabilidade, o cumprimento do dever imposto à Administração não pode, sob pena de ofensa ao mandamento de eficiência, chegar sempre ao ponto de precisar exaustivamente os fatos ocorridos, daí por que a solução concertada encontra sua justificativa. Da mesma forma, é por meio do contrato que a Administração define a existência, a extensão e o alcance de bens ou direitos públicos, portanto, deles também não dispõe pela via contratual.

O contrato administrativo alternativo pode permitir que a Administração Pública assumira deveres de prestação jurídico-administrativos, ou pode prever autorização ou dever de Direito

1403 Nessa direção, DELGADO PIQUERAS, Francisco. *La terminación...*, cit., p. 205.

Administrativo para o administrado. Nesse sentido, a doutrina alemã separa os contratos de direito público em *contratos obrigacionais* (*Verpflichtungsverträge*) e *contratos decisórios* (*Verfügungsverträge*). Nos contratos decisórios, a Administração formula declaração negocial que poderia ter constituído o conteúdo de ato administrativo, ou seja, o contrato produz, imediatamente, efeitos constitutivos em relação jurídico-administrativa (contrato substitutivo). Nos contratos obrigacionais, a Administração assume o dever de vir ou não a emitir ato da Administração com determinado conteúdo¹⁴⁰⁴. Nos contratos obrigacionais, a Administração pode se comprometer a atuar futuramente em determinado sentido, tornando o ato da Administração futuro objeto de dever jurídico-administrativo.

A questão que se coloca é a de saber se ocorre, nos contratos obrigacionais, a renúncia ao exercício de poder administrativo, mediante a vinculação genérica da Administração no sentido de exercer a competência em determinada direção, daí se, pela via contratual, estar-se-ia dispondo de poderes administrativos atribuídos a órgão que são indisponíveis. Ocorre que, nos contratos administrativos alternativos nos quais a Administração se compromete a emitir certo ato administrativo no exercício da competência discricionária ou a atuar em determinada direção, não ocorre renúncia ao exercício do poder administrativo, mas antecipação quanto ao sentido de certa decisão ou de conjunto determinado de decisões.

A vinculação contratual da Administração, nos contratos obrigacionais, é possível, desde que diga respeito a casos concretos e não se esteja, por meio da via contratual, firmando um tipo de ato abstrato. Os pressupostos do ato concreto a que a Administração se obriga, positiva ou negativamente, devem já estar reunidos e, se porventura alguns deles não tiverem ainda se concretizado, a sua posterior verificação deve ser certa¹⁴⁰⁵. A Administração Pública contratante deve estar, quando da celebração do contrato administrativo alternativo, em condições, desde logo, de apreciar as circuns-

tâncias específicas do caso concreto conformável pelo ato acordado que deverá ser praticado¹⁴⁰⁶. Enfim, como o ato da Administração é determinado pelas circunstâncias reinantes à data de sua emanação, a verificação da situação concreta deve ser possível de ser feita no momento de celebração do contrato administrativo alternativo.

Nesse mesmo sentido, na Itália, como já estudado, o art. 13 da L241 determina que o art. 11 não se aplica aos acordos que tenham por objeto a emanação de atos normativos, atos administrativos gerais, planos e programas¹⁴⁰⁷. A vedação parece estar em sintonia com a impossibilidade de a Administração, por meio de acordos, abdicar do exercício da discricionariedade¹⁴⁰⁸. À luz do mandamento de boa administração, não se pode admitir a renúncia aos poderes discricionários de valoração dos casos concretos, isto é, não se pode aceitar que regulação geral e abstrata venha definida unicamente por meio de tratativas com os administrados diretamente interessados ou outros centros de interesse¹⁴⁰⁹.

Outra questão que cabe elucidar é a de se existem bens ou direitos que a CRFB/88 considere absolutamente indisponíveis, ou seja, se existem bens ou direitos públicos que a lei não pode desafetar e torná-los disponíveis e, daí, passíveis de transação.

Embora a disponibilidade dependa de lei, existe verdadeira graduação da indisponibilidade, de forma que os preceitos relativos aos bens de uso comum do povo são mais rigorosos do que os relativos a alguns tipos de bens dominicais¹⁴¹⁰. Os bens dominicais e os bens de uso especial (desde que desafetados) podem, por lei, ser objeto de transação; mesmo os bens públicos de uso comum do povo podem ser desafetados e se tornarem disponíveis¹⁴¹¹. Os bens de uso comum do povo e de uso especial, enquanto mantiverem essa natureza, podem

1404 Cf. CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 752.

1405 Cf. CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 753.

1406 Nesse sentido, CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 753. Ademais, como pondera o autor, e como o acto administrativo se rege pelas normas vigentes à data da sua emissão, deve reputar-se igualmente implícita no próprio tipo da obrigação a sua submissão à condição resolutiva de modificação da legislação em termos que tornem ilegal o acto prometido antes da sua emissão.

1407 A propósito, nesse sentido, dispõe a Sec. 572, B, do *American Administrative Dispute Resolution Act*, de 1996.

1408 Cf. BOTTIGLIERI, Anna et al. *Commentario...*, cit., p. 367.

1409 Nessa mesma direção, BOTTIGLIERI, Anna et al. *Commentario...*, cit., p. 367.

1410 Nesse sentido, MEDAUAR, Odete. *Direito...*, cit., p. 271.

1411 Nesse sentido, MEDAUAR, Odete. *Direito...*, cit., p. 270. Como explica a autora, a desafetação pode ocorrer em hipóteses como na operação urbanística que torna inviável o uso de uma

ser até mesmo objeto de disposição de uma entidade pública para outra, segundo normas de direito público¹⁴¹².

Nos termos da CRFB/88, existem bens absolutamente indisponíveis. É o que se pode extrair do art. 225, que estabelece que o “meio ambiente”, bem de uso comum do povo, enquanto “macrobem”, é absolutamente indisponível. Assim, no que diz respeito às restrições constitucionais à disposição de bens e direitos públicos, elas podem impor situações de absoluta indisponibilidade que afastam a possibilidade de transação administrativa, mesmo que autorizada por lei. Entretanto, mesmo diante de bens absolutamente indisponíveis em decorrência de restrições constitucionais, cabe questionar se a possibilidade de transação administrativa deve mesmo ser absolutamente afastada.

Interesses difusos, que não admitem a partilha de seu objeto em relação a cada pessoa individualmente considerada, de utilidade compartilhada por toda a sociedade, tendem a ser absolutamente indisponíveis. Seria, assim, de se reconhecer, pelo menos a princípio, a impossibilidade jurídica de transação (judicial ou extrajudicial) com interesses difusos, de natureza absolutamente indisponível¹⁴¹³. Entretanto, quanto ao meio ambiente, por exemplo, a experiência provou que a disposição do responsável pelo dano de se adequar às exigências da lei ou de satisfazer integralmente o dano acaba por atender, finalisticamente, aquilo que seria de se buscar ou já se estaria postulando na via judicial¹⁴¹⁴. Poucos valores metaindividuais têm caráter tão indisponível quanto o meio ambiente, a ponto de a Constituição Federal prever que as condutas lesivas acarretam sanções

rua próxima como via de circulação. Como observa Maria Sylvania Zanella Di Pietro (*Direito...*, cit., p. 553-554), “com relação aos bens de uso comum e de uso especial, nenhuma lei estabelece a possibilidade de alienação; por estarem afetados a fins públicos, estão fora do comércio jurídico de direito privado, não podendo ser objeto de relações jurídicas regidas pelo Direito Civil, como compra e venda, doação, permuta, hipoteca, locação, comodato. Para serem alienados pelos métodos de direito privado, têm de ser previamente desafetados, ou seja, passar para a categoria de bens dominicais, pela perda de sua destinação pública. Vale dizer que a inalienabilidade não é absoluta. [...] Os bens dominicais, não estando afetados a finalidade pública específica, podem ser alienados por meio de institutos do direito privado (compra e venda, doação, permuta) ou de direito público (investidura, legitimação de posse e retrocessão, [...]).”

1412 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito...*, cit., p. 554.

1413 Cf. VIEIRA, Fernando Grella. *A transação...*, cit., p. 226.

1414 Cf. VIEIRA, Fernando Grella. *A transação...*, cit., p. 226-227. Como afirma o autor, entendimento contrário seria “render homenagem à forma em detrimento do próprio interesse tutelado”.

civis, penais e administrativas (§ 3º do art. 225). No entanto, nas ações envolvendo danos ao ecossistema na zona costeira, permitem-se os acordos judiciais, nos exatos termos do parágrafo único do art. 7º da Lei n. 7.661/88, na evidência de que os termos “indisponível” e “transação” não são impossíveis¹⁴¹⁵.

Existem interesses difusos, indisponíveis, em face dos quais a possibilidade de transação administrativa é expressamente afastada no que diz respeito a certos aspectos. Esse é o caso da tutela ao patrimônio público e à moralidade administrativa, na forma estabelecida pela Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que jamais admite a transação no que se refere às sanções legais do ato de improbidade, embora admita a possibilidade de TAC no que diz respeito ao ressarcimento do dano e à perda, em favor do Poder Público, da vantagem ilícita obtida¹⁴¹⁶.

A princípio, interesses indisponíveis não comportam transação, salvo hipóteses excepcionais previstas em lei (tal como previsto no parágrafo único do art. 447 do CPC), no que diz respeito a alguns aspectos da questão central. Mesmo direitos absolutamente indisponíveis por determinação constitucional admitem a possibilidade de transação parcial, desde que o objeto do acordo diga respeito a aspectos adjacentes da questão central. No caso do meio ambiente, por exemplo, o TAC abre a possibilidade de celebração de transação. Por certo, subsiste a necessidade de integral reparação do “meio ambiente”; entretanto, é possível, nos termos da lei, transacionar sobre a forma de cumprimento da obrigação (modo, tempo, lugar e outros aspectos pertinentes).

Para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery¹⁴¹⁷, “a transação pode ocorrer quer quando se trate de direitos disponíveis (transação

1415 Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O plano...*, cit., p. 40. Como exemplifica o autor, na ação ambiental, o acordo com a madeira não pode conter cláusula que lhe permita continuar devastando a floresta. No entanto, é possível transação que suspenda o processo, concedendo prazo razoável para que a madeira se retire da área reservada aos povos indígenas, proceda ao replantio de espécies nativas e passe a utilizar o maquinário somente em áreas de manejo florestal sustentado.

1416 Como observa Fernando Grella Vieira (*A transação...*, cit., p. 232-233), “no que se refere ao ressarcimento do dano e a perda da vantagem ilícita auferida pelo agente (enriquecimento ilícito), não há óbice ao termo de ajustamento. É que não se pode negar ao agente responsável a iniciativa de reparar, espontaneamente, o prejuízo causado ao erário, e de proteger a entrega, a título de perda em favor do Poder Público, do produto ilicitamente obtido”.

1417 Cf. NERY Júnior, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 609.

plena), quer quando a causa verse sobre direitos indisponíveis (transação parcial)". Como ilustram os autores, os alimentos devidos por parente são indisponíveis porque irrenunciáveis, entretanto, nada obsta que as partes acordem sobre o montante e a forma de pagamento (conseqüências patrimoniais). Mesmo quando o interesse é indisponível (por ex., alimentos), o efeito pecuniário de sentença condenatória transitada em julgado pode ser objeto de transação entre as partes, o que, aliás, ocorre amiúde. Na mesma direção, embora ninguém possa renunciar ao seu direito à honra ou à própria imagem, pois trata-se de direitos fundamentais reconhecidos pelo art. 5º, X, da CRFB/88, as conseqüências patrimoniais da violação de tais direitos podem ser objeto de transação¹⁴¹⁸.

Os interesses passíveis de tutela pela ação civil pública, tais como o meio ambiente e o patrimônio cultural, são claramente indisponíveis, entretanto é plenamente possível a transação nessas ações, quando por esse meio se possa alcançar, com menor custo, maior efetividade e celeridade, a tutela devida ao interesse metaindividual colimado. Na ação civil pública, sendo autor o Ministério Público, os interesses colimados são sociais ou individuais indisponíveis (art. 127 da CRFB/88), mas nada impede que transação ponha fim à demanda¹⁴¹⁹.

Quando a tutela ao bem jurídico (absolutamente indisponível) central é mais bem preservada com a transação, em uma visão holística da questão, não faz sentido que se impeça o acordo. A autoridade deve poder transacionar com o administrado e, por exemplo, autorizar o corte de algumas poucas árvores que impeçam a passagem de caminhões de uma empresa, se a mesma se comprometer a plantar dezenas de árvores em parque que pretende construir para esse fim e entregar ao uso da coletividade. A própria razão de ser da indisponibilidade do bem ou direito, que é, em essência, no caso, a tutela do "meio ambiente", pode ser melhor atendida com o acordo.

1418 Cf. CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação...*, cit., p. 45. Nas palavras de Francisco Delgado Piqueras (*La terminación...*, cit., p. 211), que vale reproduzir: *Por mi parte, comparo la opinión de Giannini de que los contratos sobre objetos públicos son contratos como cualquiera otros, perfectamente posibles siempre que en el ejercicio de la potestad pública haya un aspecto patrimonial que pueda ser objeto de una disciplina negociada y regulable mediante obligaciones. Los bienes de tales contratos no son a su juicio 'extracomercium', sino sólo imposibles 'interprivatos' porque son extraños a su esfera de disposición. Si así se admite, el ámbito de la terminación convencional se vislumbra ciertamente muy amplio.*

1419 Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *O plano...*, cit., p. 38.

Mesmo na seara do Direito Privado, com lastro, por exemplo, no art. 1.748 do CCB, o tutor não pode transigir em relação aos negócios do tutelado, ou o curador em relação ao pupilo curatela-do; mesmo o Ministério Público, em razão de seu *munus*, não pode transigir¹⁴²⁰. Em todas essas situações, a transação é vedada, e com isso busca-se proteger interesses das pessoas jurídicas públicas, dos incapazes ou de outros patrimônios susceptíveis de dilapidação (como a massa falida) contra a ação de administradores negligentes, mal-intencionados ou incompetentes. Acontece que, mesmo com relação a esses interesses, o Direito Civil entende que a proibição não é peremptória se provada a necessidade, em juízo, dos atos de disposição, ou seja, quando demonstrada que a tutela dos interesses dessas pessoas, razão de ser da indisponibilidade, é alcançada com mais eficácia com a transação.

Em síntese, embora a doutrina civilista, usualmente, marque que só se pode transacionar aquilo que se pode dispor, na realidade, a idéia de indisponibilidade não se confunde integralmente com a impossibilidade de se transacionar. Mesmo no que diz respeito a direitos absolutamente indisponíveis, é possível que destes decorram efeitos patrimoniais negociáveis. Da mesma forma, do fato de um direito ser absolutamente indisponível não implica que nenhum dos aspectos da questão possa ser objeto de transação, desde que a tutela àquele bem ou direito, holisticamente verificada, seja, de forma mais eficiente, garantida.

8.7. TRANSAÇÕES ADMINISTRATIVAS E O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO ACESSO AO JUDICIÁRIO

Se, por um lado, a Administração Pública deve verificar se é possível a celebração de transação com relação a bens públicos, por outro, no que diz respeito ao administrado, da mesma forma, há de se verificar a disponibilidade dos bens e direitos por parte dos particulares que pretendam celebrar transações administrativas com a Administração.

Na prática, nas transações administrativas, o administrado não oferece como contraprestação bens e direitos como a honra, a incolumidade física, etc., mas efeitos patrimoniais; portanto, usualmente,

1420 Cf. VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito...*, cit., p. 310.

admite-se a transação. Por certo, não se poderia ter como aceitável, por exemplo, a oferta pelo administrado de um rim ou de um de seus olhos para transplante em hospitais públicos em troca de licença para edificar acima do índice permitido. Os bens ofertados seriam, pelo menos para a finalidade proposta, absolutamente indisponíveis, por ofenderem o núcleo essencial da incolumidade física demarcado pelo princípio da dignidade da pessoa humana¹⁴²¹.

O que assume relevância prática para as transações administrativas é saber se, nas leis autorizativas de transações ou mesmo nas próprias cláusulas dos contratos, pode-se firmar que o administrado, com a celebração do acordo, renuncia ao seu direito de acesso ao Judiciário. O que se questiona é se o administrado, nas transações administrativas, pode ou não renunciar ao direito fundamental de acesso ao Judiciário, tal como previsto no art. 5º, XXXV da CRFB/88 (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). No caso, por exemplo, da L6763, o art. 217 autoriza o Poder Executivo a realizar parcelamento de débito fiscal, marcando o § 3º que “o pedido de parcelamento implica a confissão irretratável do débito e a expressa renúncia ou desistência de qualquer recurso, administrativo ou judicial, ou de ação judicial”.

Essa questão já provocou acirrados debates na jurisprudência alemã e espanhola. Entretanto a tese da irrenunciabilidade de acesso ao Judiciário em transações administrativas não prosperou pelo fato de que a asunção contratual de obrigação ou limitação a direito, embora seja limitação à liberdade, é, antes de mais nada, forma de exercício da dita liberdade.

Na realidade, não existe direito absoluto; os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados. Os direitos fundamentais encontram limitações na necessidade de assegurar aos outros o exercício desses mesmos direitos¹⁴²², bem como têm ainda limites externos decorrentes da necessidade de conciliação com as exigências da vida em

sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social, autoridade do Estado, etc., resultando, daí, restrições aos direitos fundamentais¹⁴²³. O que se pode concluir, assim, é que não se pode afirmar sequer que os direitos fundamentais sejam absolutamente irrenunciáveis. Certamente, o que não pode ser ultrapassado é o núcleo essencial desses direitos, que é absolutamente irrenunciável. Entretanto, existe uma “franja marginal” em cada um dos direitos fundamentais que, de forma até trivial, pode ser objeto de disposição por parte dos particulares. A dignidade da pessoa humana é que demarca o núcleo essencial dos direitos fundamentais; a dignidade da pessoa humana, como princípio absoluto, é que firma e alinha a esfera irrenunciável dos direitos fundamentais¹⁴²⁴.

É verdade que, nos termos do art. 5º, XXII, o direito à propriedade é garantido constitucionalmente como direito fundamental, entretanto, não se pode afirmar que a propriedade privada seja irrenunciável ou insusceptível de transação. O direito à herança vem assegurado no art. 5º, XXX; nos termos do art. 426 do CCB, a herança de pessoa viva não pode ser objeto de contrato, entretanto é indiscutível que o herdeiro pode renunciar ao seu direito aos bens do espólio, como a propósito dispõe o art. 1.806 do CCB.

A questão posta se aproxima, por certo, da aceitação pelo direito pátrio do juízo arbitral. O juízo arbitral é uma forma de valorizar a liberdade contratual¹⁴²⁵. A Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que estimula a criação de tribunais arbitrais, dispensando a homologação de suas decisões pelo Judiciário, não fere o art. 5º, XXXV da CRFB/88, pois o que o dispositivo impede é que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer ameaça ou lesão a direito. Seria inconstitucional, por exemplo, a lei que determinasse que certas questões deveriam ser submetidas ao juízo arbitral, vedando a possibilidade de acesso ao Judiciário. O que faz a transação, bem como o juízo arbitral, é abrir via especial para as partes em litígio, que a ela recorre-

1421 Há de se observar que, nos termos do art. 199, § 4º da CRFB/88, densificado sobretudo pelo art. 13 do CCB, salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, entretanto, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo, o ato previsto será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. Como se pode verificar, os bens ou direitos apontados não podem ser objeto de transação, embora não se possa dizer que, de forma absoluta, sejam indisponíveis.

1422 Na lição de Fernando Ferreira dos Santos (*Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 52), se um princípio se refere a bens

coletivos, as normas de direito fundamental tendem a não permitir limites; se o princípio se refere a direitos individuais, a ausência de balizas jurídicas conduz, em caso de colisão, a uma contradição, pois todos os direitos do indivíduo fundamentados por um princípio terão de ceder diante do direito de outro indivíduo fundamentado pelo mesmo ou por outro princípio.

1423 Cf. CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito...*, cit., p. 493.

1424 Cf. SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio...*, cit., p. 97-98.

1425 Cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário...*, cit., p. 132-133.

rão se assim quiserem, ou não. Se o fizerem, usam seu arbítrio, sua liberdade de dispor de seus interesses, como melhor lhes aprouver¹⁴²⁶. Se o art. 5º, XXXV, supõe o desacordo entre as partes em litígio, assegurando-lhes o acesso aos tribunais, a transação (bem como a decisão arbitral), ao contrário, pressupõe o consenso entre as partes que resolveram finalizar, pela via concertada, o conflito de interesses.

Na realidade, ao celebrar a transação administrativa, o administrado não está renunciando ao seu direito de recorrer ao Judiciário, isto é, a transação não tem o condão de prever, em seus termos, a impossibilidade do administrado de recorrer ao Judiciário sobre questões atinentes à validade do acordo ou do acordado. Entretanto, o administrado pode abrir mão, em prol da solução acordada, das conseqüências patrimoniais do acordo. Evidentemente, ao celebrar o acordo, o administrado aceita as condições pactuadas, que têm reflexo patrimonial; é com base nesse reflexo que o administrado dá sua aceitação ou não ao contrato. A possibilidade de o administrado rediscutir judicialmente direito que já foi objeto de acordo com a Administração ofende a mais simples idéia do que seja boa-fé na celebração dos contratos, além do que, essa possibilidade tornaria a transação, na maioria das vezes, inútil, uma vez que esta só se dá para prevenir ou extinguir litígio¹⁴²⁷.

O princípio da inafastabilidade do acesso ao Judiciário está longe de representar estímulo para que todas as crises existentes na sociedade deságüem na Justiça, mas, ao contrário, há que se entender realisticamente que a oferta de serviço judiciário é, em princípio, reservada aos casos em que foi baldada a composição do conflito pelos meios suasórios, ou a transação não era possível na espécie, ou, enfim, por se tratar de caso que o próprio ordenamento determina seja submetido ao Judiciário (ações ditas necessárias)¹⁴²⁸. A função judicante é substitutiva, e não primária, apenas encontrando sua justificativa quando inviável ou inoperante os outros meios de solução de conflitos¹⁴²⁹.

1426 Cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário...*, cit., p. 132.

1427 Como verifica Juan Ramallo Massanet (La eficácia..., cit., p. 241), a transação visa, necessariamente, substituir o conflito por uma relação certa, no sentido de não ser susceptível de submeter-se a discussão.

1428 Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano..., cit., p. 14.

1429 Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano..., cit., p. 14-15.

Nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso, que valem ser reproduzidas,

dito de outro modo, a garantia de acesso à Justiça, em sua conotação substancial, não sinaliza no sentido de que o Poder Judiciário deva ser a primeira porta a que, direta e imediatamente, os contendores devam de pronto ter acesso, mas, ao contrário, quer assegurar uma sorte de 'garantia residual', para casos de urgência, ou quando falhem ou não sejam idôneos os demais meios de resolução do conflito (homo ou heterocomposição), assim os acordos, a renúncia de direitos, a intervenção de órgãos colegiados como os de arbitragem, enfim tudo o que hoje se vai chamando de equivalentes jurisdicionais¹⁴³⁰.

O entendimento diverso no sentido de que o acesso à Justiça é largamente incentivado passa idéia equivocada do que seja a função do Judiciário, contribuindo apenas para o aumento da notória sobrecarga de processos e para a lentidão da Justiça. Mais uma vez, vale trazer as palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso:

A judiciabilidade ampla, geral e irrestrita de todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito, é idéia que num primeiro momento pode seduzir, mas depois deixa o gosto amargo da reversão de expectativa, deparando-se o jurisdicionado com uma Justiça emperrada pelo acúmulo de processos, cujo penoso manejo por vezes leva à utilização de expedientes menos ortodoxos, que podem comprometer a qualidade da resposta judiciária, como os ditos julgamento por atacado, a que recentemente se fez referência a mídia nacional¹⁴³¹.

A ineficácia do Judiciário, a propósito, apenas interessa aos "pesadores de águas turvas" que tiram proveito da morosidade acarretada pela pleora de processos. A ineficiência judicial apenas serve aos maus pagadores, àqueles que não querem cumprir com suas obrigações e deveres, e, muitas vezes, à Administração Pública federal, à estadual e à municipal¹⁴³².

Por outro giro, o princípio da inafastabilidade do acesso ao Judiciário deve ser interpretado em consonância com o também princípio

1430 Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano..., cit., p. 14-15.

1431 Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano..., cit., p. 15.

1432 Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano..., cit., p. 15. O autor menciona (p. 22), citando reportagem de Luiz Paulo Cezar Pinheiro Carneiro veiculada pelo *Jornal do Brasil*, de 25 de abril de 1999, que, "num período de 10 anos, o número de novos feitos aumentou em 25 vezes. E o que é mais grave, nesse mesmo período, o número de juízes passou de 4.900 para cerca de 10.000. Na seqüência, aduz a informação já por nós antes citada: o ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. Carlos Velloso, informa que no Brasil temos um juiz para cada 30.000 habitantes, enquanto na Alemanha há um juiz para cada 3.000 habitantes, enquanto a média internacional está entre sete mil a dez mil habitantes por juiz".

constitucional da celeridade judicial, estampado, desde a Emenda Constitucional n. 45/2004, no inciso LXXVIII da CRFB/88, que determina que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Nesse sentido, reforça-se a idéia prática de que o acesso ao Judiciário deve ser garantido, eliminando-se o excesso de demanda de tutela jurisdicional, que provoca situação de ofensa incompatível com o princípio da celeridade judicial.

Em síntese, o acesso à Justiça é uma válvula de segurança do sistema, construída com base na idéia de interesse de agir, que apenas se consolida diante da necessidade e utilidade do acesso ao Judiciário. No caso das transações administrativas, o administrado que deu sua manifestação de vontade livremente e firmou contrato administrativo alternativo, não pode, posteriormente, se assim pactuado, recorrer ao Judiciário para alterar o acordo, porque não tem legítimo interesse de agir. Da mesma forma, não pode a Administração deixar de atender ao pactuado, em reverência ao princípio da moralidade administrativa, em especial pelas suas facetas da boa-fé e proteção da confiança dos administrados.

8.8. A TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA E SEU REGIME

Os contratos alternativos são contratos administrativos, portanto, regidos pelo Direito Público. No Brasil, a LLC estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos atinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações, entretanto traz diversos dispositivos aplicáveis, mais genericamente, aos contratos da Administração¹⁴³³, o que atrai sua aplicação aos contratos administrativos alternativos. Basta verificar que o parágrafo único do art. 2º da LLC considera contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos da Administração Pública e particulares em que haja acordo de vontade para formação do vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. Nesse sentido, como já estudado, a LLC funciona como uma espécie de norma geral sobre os contratos administrativos alternativos, aplicável a eles, salvo quando houver disposição legal específica, como quando o Direito Administrativo disciplina o regime dos contratos al-

ternativos em cláusula setorial autorizativa. Entretanto, não se pode operar mera translação mecânica dos dispositivos da LLC aos contratos administrativos alternativos, porque estes são “contrato de subordinação”, pelo qual a Administração mantém a possibilidade de exercer seus poderes de forma unilateral na ausência de acordo.

Da mesma forma, no Direito Administrativo brasileiro, cabe aplicar, supletivamente, à disciplina dos contratos administrativos alternativos os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, em especial os arts. 840 a 850 do CCB (transação), em sintonia, até mesmo, com o que dispõe o art. 54, *caput*, da LLC.

Em síntese, as disposições do direito privado aplicam-se, supletivamente, aos contratos administrativos, bem como dispositivos da LLC aplicam-se alguns diretamente e outros por analogia. Da mesma forma, as normas que regulam o procedimento administrativo brasileiro (como a CPAF) são igualmente aplicáveis aos contratos administrativos alternativos, naquilo que não for próprio e exclusivo dos atos administrativos.

Em linhas gerais, o contrato administrativo alternativo é contrato vinculante, de subordinação, pelo qual Administração e administrados, mediante concessões recíprocas, preparam os termos ou efetivamente constituem, modificam ou extinguem relação jurídica típica de direito administrativo, no intuito de possibilitar uma atuação consensual mais democrática da Administração, alternativa à emanção de ato unilateral imperativo, ou de prevenir ou terminar controvérsias, buscando, assim, maior eficiência na atuação administrativa, quando desenvolvida com a colaboração do administrado.

O § 57 da VwVfG alemã e o art. 11, 2, da L241 italiana determinam que o contrato administrativo deve, fundamentalmente, ser celebrado por escrito, desde que a lei não prescreva outra forma. No Brasil, de forma exatamente similar, visando garantir a “certeza” nas relações jurídicas, o art. 60, parágrafo único, da LLC determina que é nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração. Exatamente para se dar atendimento às necessidades de controle, o descumprimento da regra que impõe a forma escrita (elemento estrutural essencial) atrai a forma mais grave de invalidade, ou seja, a nulidade do contrato celebrado. Ocasionalmente, tal como determina o

1433 Nessa direção dispõe o art. 116, *caput*, da LLC.

Direito alemão, pode ser prescrita forma mais rigorosa, como quando se exige autenticação notarial, ou mesmo pode a lei renunciar à forma escrita. Nesse compasso, no Brasil, aplica-se aos contratos administrativos alternativos o disposto no art. 842 do CCB, no sentido de que a lei pode prescrever forma mais rigorosa.

Sobretudo no Direito Administrativo italiano e no Direito Administrativo alemão, as propostas de transação são documentos administrativos acessíveis a quem tenha interesse legítimo e devem ser dados ao conhecimento de todos os sujeitos legitimados para intervir no procedimento. No Brasil, da mesma forma, aos contratos alternativos aplica-se o art. 61, parágrafo único, da LLC, que determina a publicação resumida do instrumento de contrato, bem como o art. 63 da LLC, pelo qual é permitido a qualquer interessado a obtenção de cópia autenticada dos contratos celebrados.

Cabe distinguir os contratos administrativos alternativos dos protocolos não-vinculantes. A Administração Pública não celebra contrato administrativo alternativo, mas firma protocolo não-vinculante, quando não existir intenção objetivamente reconhecível de se vincular, ou seja, quando a Administração não abdica de poder tomar a decisão unilateral, não se despidendo de seu manto de poder. A Administração Pública, ao acordar protocolo não-vinculante, não valora, definitivamente, as circunstâncias e pondera os interesses intervenientes, mas apenas registra, para o momento, a vontade (caso presentes as mesmas circunstâncias) de adotar decisão em determinada direção.

Se alteradas quaisquer das variáveis que interferem na decisão, a Administração pode optar por outra solução, por razão de conveniência e oportunidade. Entretanto, o processo administrativo decisório, em homenagem ao princípio da moralidade administrativa, em especial reverência à necessária confiança que a Administração deve propiciar ao administrado, não comporta a arbitrariedade. O administrador, por razões de conveniência e oportunidade, em homenagem ao princípio constitucional da eficiência administrativa, pode formatar outra decisão, mesmo havendo celebrado o protocolo; porém, se o acordo houver induzido a confiança no administrado de que a Administração se conduzirá na direção pactuada, na hipótese de todas as circunstâncias e interes-

ses verificáveis no momento da celebração do pacto se manterem inalterados, o administrador, por mero capricho ou em sinal de arbitrariedade, não pode mudar o entendimento sem qualquer razão ou fundamento razoável. Evidentemente que se existirem razões jurídicas, técnicas ou práticas, que possam demonstrar que a decisão tomada não retratava a melhor alternativa para o bem comum, o caráter não-vinculante do pacto não tem o condão de obrigar a Administração a manter a opção escolhida, não cabendo falar em indenização por perdas e danos.

A possibilidade de manejo de contratos administrativos alternativos não atira à ilegalidade as negociações officiosas ou os acordos informais, que, seguramente, continuarão a ocorrer, em especial porque existem, indubitavelmente, questões difíceis de ser formalizadas juridicamente. Entretanto, esses acordos, em nenhum caso, poderão pretender ter validade ou eficácia jurídica, uma vez que as partes não quiseram dar-lhes caráter vinculatório, devendo ser consideradas “acordos de cavalheiros”, privados de valor jurídico, embora importantes sob o prisma político, sociológico, etc.¹⁴³⁴.

No contrato administrativo alternativo, ao contrário do protocolo não-vinculante, a Administração, procurando atrair a participação e o comprometimento dos interessados, em razão das vantagens que as alternativas consensuais proporcionam, em especial no sentido de evitar ou terminar controvérsias, acerta acordo vinculante, com pretensões de definitividade, despidendo-se de parcela de seu poder de império.

As transações administrativas pertencem à categoria geral dos “contratos administrativos”, daí cabe questionar se a relação jurídica derivada do acordo é indisponível por qualquer das partes, tal como sucede com o contrato do direito privado, ou se, ao contrário, a presença da Administração em um dos pólos determina a conservação por parte desta de seus poderes administrativos gerais, capazes de projetar sobre a relação para modificá-la, exigir seu cumprimento ou sancionar seu descumprimento, ou mesmo extingui-la. O fato de a transação administrativa se configurar como alternativa à atuação mais autoritária da Administração, pelo menos a princípio, parece fazer

1434 Nessa direção, DELGADO PIQUERAS, Francisco. *La terminación...*, cit., p. 166-167, 169.

tender a resposta em favor da segunda linha de idéias, entretanto, observação mais atenta da questão revela que esse pensamento não é correto¹⁴³⁵. Ao “regime de validade” dos contratos administrativos alternativos não cabe a aplicação, sem reservas, do regime dos atos administrativos, em razão da natureza distinta das figuras.

Em primeiro lugar, os contratos administrativos alternativos, exceto se expressamente consignados na lei, não são dotados de auto-executoriedade, ou seja, os administrados contratantes apenas podem ser compelidos a cumprir o acordo por meio de ação judicial. À luz do Direito Administrativo brasileiro, o não-cumprimento do contrato administrativo alternativo não tem o condão de possibilitar, a nenhuma das partes, o poder de auto-executar, de maneira coativa, as pretensões que nascem do contrato, mas, em caso de conflito, administrado ou Administração deve dirigir ao Judiciário suas pretensões para obter título executivo, mesmo que o litígio trate de obrigação que poderia ter sido ditada pela Administração mediante ato administrativo. No caso de execução de transação judicial (homologada por sentença judicial), a chancela jurisdicional confere ao instrumento de acordo a eficácia de título judicial, o que já aparelha, com a devida exigibilidade, a execução judicial da Administração ou do administrado, independentemente da necessidade de ação de conhecimento¹⁴³⁶.

1435 Cf. PAREJO ALFONSO, Luciano. *El artículo 88...*, cit., p. 73.

1436 Em tese, se o contrato administrativo alternativo, embora extrajudicial, houver observado as formalidades previstas no art. 585, II, do CPC, isto é, se o instrumento de transação houver sido referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores, o administrado ou a Administração, que pretender exigir o cumprimento do contrato, conta com título executivo extrajudicial. Porém, como verificam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (*Código...*, cit., p. 820), a certeza, liquidez e exigibilidade devem estar ínsitas no título. A apuração de fatos, a atribuição de responsabilidades e a exegese de cláusulas contratuais tornam necessário o processo de conhecimento e descaracterizam o documento como título executivo. Para os autores (p. 823), o contrato que enseja a execução por título extrajudicial é aquele que assenta a obrigação unilateral de o devedor pagar determinada quantia, nunca o contrato bilateral, porque, neste, o credor deve provar que cumpriu sua parte para exigir a prestação do outro contratante, e isso somente é possível em processo de conhecimento. Por outro giro, como afirma Teori Albino Zavascki [Do processo de execução – artigos 566 a 645. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. (Coord.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 227], no que diz respeito ao art. 585, II, do CPC, o Ministério Público, a Defensoria Pública, ou mesmo os advogados das partes, munidos de “procuração geral para o foro”, não são revestidos do poder de transigir, daí por que se pode afirmar que o referendo a que se relaciona o dispositivo nada mais é do que “testemunho qualificado do ato”, que não dispensa a assinatura dos transatores ou de representantes com poderes para transigir.

Nos termos do art. 475 do CCB, que se aplica, supletivamente, aos contratos administrativos alternativos, a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. Nos termos do art. 77 da LLC, a inexecução total ou parcial do contrato pelo administrado enseja sua rescisão pela Administração, com as conseqüências contratuais. Nos termos do art. 78 da LLC, ainda, constituem motivo para rescisão do contrato o não-cumprimento ou cumprimento irregular de cláusulas contratuais, bem como a lentidão no seu cumprimento. Ao contrato administrativo de transação aplica-se o disposto no art. 70 da LLC, ou seja, o contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Nos contratos administrativos alternativos preparatórios, por exemplo, diante do inadimplemento por parte do administrado, a Administração Pública desobriga-se de ter de atender ao acordo, podendo adotar o ato administrativo unilateral, nos termos das margens de discricionariedade abertas à valoração administrativa. Se o administrado deixar de cumprir o acordado, a Administração pode rescindir o contrato administrativo alternativo e adotar a decisão unilateral que lhe competia tomar, ou exigir, judicialmente, o cumprimento do acordado pelo administrado. Cabe verificar que, se o descumprimento se deu por culpa do administrado, a Administração pode, até mesmo, ativar os poderes de execução forçada que contava, caso o contrato não houvesse sido celebrado¹⁴³⁷.

Quanto aos contratos celebrados com lastro em cláusulas setoriais autorizativas, o descumprimento por parte do administrado, da mesma forma, acarreta a necessidade de indenizar eventuais prejuízos causados ao Erário, além de poder ser exigido seu cumprimento, pela Administração, em juízo, ou, se for o caso, pode a atuação administrativa original ser adotada, como se o contrato nunca houvesse sido celebrado, se essa via se mostrar, em face das circunstâncias, a melhor

1437 Nessa direção, na Espanha, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *La terminación...*, cit., p. 84.

alternativa para o atendimento do bem comum, independentemente da exigência de eventual indenização.

Quando o inadimplemento se der pela Administração, ao contrário, esbarra-se em possível hipótese de ofensa ao princípio da moralidade administrativa, em sua faceta boa-fé, ou seja, a Administração, no caso, está atuando de forma antijurídica, por ofensa ao princípio esculpido no art. 37, *caput*, da CRFB/88, bem como ilícita, em face do disposto no art. 422 do CCB. Ademais, nos termos do art. 2º, parágrafo único, IV, da LLC, a Administração deve respeitar o princípio da boa-fé na atuação administrativa. Daí, a Administração pode ser compelida a cumprir o acordo ou a reparar, judicialmente, os prejuízos que causar ao administrado.

De fato, sequer a *VwVfG* tratou expressamente das questões relativas ao cumprimento do contrato de direito público. Entretanto, aplica-se, no Direito alemão, no caso, as normas gerais do Código Civil atinentes aos contratos, em especial a boa-fé, que também vem marcada no Direito brasileiro, no art. 422 do CCB, que determina que os contratantes são obrigados a guardar, na conclusão dos contratos, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé. A propósito, o art. 113 do CCB determina que os negócios jurídicos devem ser interpretados segundo o princípio da boa-fé; da mesma forma, o art. 187 do CCB determina que é ilícito o exercício (abusivo) de direito quando o titular ultrapassa os limites impostos pela boa-fé.

No que diz respeito ao poder de autotutela, quando a Administração se vale dos contratos administrativos alternativos em lugar de emanar ato unilateral, ela vincula-se ao contrato e, exceto quando expressamente disposto nas cláusulas contratuais, ou em decorrência de hipóteses excepcionais apontadas pelas próprias leis administrativas ou pelas cláusulas setoriais autorizativas (que podem modular os poderes administrativos de revisão, de forma a permitir ou impossibilitar o seu exercício), não pode revogar o acordo. Portanto, a Administração, quando se vale da via consensual, tem seus poderes de autotutela reduzidos, propiciando maior segurança jurídica aos administrados.

Nos contratos endoprocedimentais ou nos contratos de acerto, por exemplo, a celebração dos contratos é alternativa à atua-

ção unilateral. Portanto, pelo menos à primeira vista, não pressupõe a perda, pela Administração, do poder de resolução unilateral. A propósito, os contratos alternativos não podem acarretar a renúncia de poderes ou competências administrativas, bem como não podem estabelecer a renúncia a qualquer responsabilidade de agentes públicos. O objeto do contrato alternativo consiste na atividade administrativa mesmo, tal como esta é constitucionalmente configurada, ou seja, trata-se justamente de execução da lei. Nesse sentido, não obstante a natureza contratual do acordo, a Administração não perde sua conexão e vinculação ao interesse público e ao ordenamento jurídico¹⁴³⁸. Esses argumentos bastam para justificar poderes administrativos exorbitantes na atuação contratual, entretanto não são suficientes para sustentar a conclusão de que os poderes administrativos próprios dos atos unilaterais estendam-se à atuação contratual da Administração Pública¹⁴³⁹. O regime de revisão dos atos administrativos não pode ser aplicado aos contratos administrativos alternativos, porque não se apresenta compatível com o modelo convencional, firmado sobre idéia de certa paridade das partes contratantes¹⁴⁴⁰.

Os contratos administrativos alternativos celebrados entre a Administração e os administrados têm caráter vinculante decorrente da lei, reforçado pelo princípio da moralidade administrativa (boa-fé). Do princípio da boa-fé decorre que o administrado contratante confiou na conduta da Administração e, exatamente por isso, orientou sua conduta na direção acordada. É o comportamento da Administração que induz a confiança no administrado e o influencia a agir de determinada forma. Em respeito ao princípio da boa-fé e à consequente necessidade de manutenção das relações livremente pactuadas, o contrato administrativo alternativo celebrado não pode se sujeitar ao arbítrio da Administração, tampouco pode ser impugnado por qualquer motivo pelos particulares. Nesse compasso, justifica-se

1438 Cf. PAREJO ALFONSO, Luciano. *El artículo 88...*, cit., p. 74.

1439 Nesse sentido, PAREJO ALFONSO, Luciano. *El artículo 88...*, cit., p. 74.

1440 Como afirma Hely Lopes Meirelles (*Direito...*, cit., 195), inexistente revogação de contrato, porque o instituto é privativo dos atos unilaterais. Todavia, os mesmos motivos que dão ensejo à revogação dos atos administrativos, por conveniência e oportunidade, podem autorizar a extinção do contrato através da rescisão unilateral, com a composição dos prejuízos suportados pelo contratado.

regime de validade mais consistente que o correspondente aos atos administrativos unilaterais, dando lugar a um sistema mais restritivo no que toca às possibilidades de impugnação.

O princípio constitucional da eficiência administrativa é o lastro que embasa a possibilidade de a Administração revogar seus atos, sendo, da mesma forma, o fundamento para a celebração dos contratos administrativos alternativos. Por outro lado, a vinculabilidade dos contratos administrativos é decorrência da própria lei, com o reforço, sobretudo, do princípio da moralidade administrativa, em especial de seu aspecto boa-fé e proteção da confiança dos administrados na Administração.

A disciplina dos contratos administrativos marca, como poder administrativo exorbitante, no art. 58, I a IV, da LLC, a possibilidade de a Administração rescindir ou modificar unilateralmente os contratos administrativos, bem como de fiscalizar-lhe a execução ou aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste. Nos termos do art. 87 da LLC, o descumprimento do contrato pode dar ensejo à advertência ou à aplicação de multas, na forma prevista no contrato.

Quanto à possibilidade de modificação unilateral pela Administração, o dispositivo condiciona o poder de alteração unilateral à necessidade de proceder ajustes para melhor adequação às finalidades de interesse público, mas impõe que se respeitem os direitos do administrado - em especial, no § 2º, impõe que se respeite ao equilíbrio econômico contratual. A própria faculdade de invalidação prevista no art. 59 da LLC impõe o dever de indenizar por parte da Administração, se isso der causa a prejuízos ao administrado de boa-fé.

No Direito italiano, a alternativa concertada não é revogável, salvo nas hipóteses elencadas no art. 11, 4 da L241, que possibilita à Administração Pública, em virtude de motivos de interesse público supervenientes, a rescisão unilateral dos acordos, resguardado ao administrado o direito a indenização com relação aos eventuais prejuízos verificados. No Brasil, no caso da rescisão unilateral dos contratos pela Administração, esta pode se dar por razões de interesse público, nos termos postos pelo art. 78, XII, da LLC, entretanto, como marca o dispositivo, apenas em caso de alta relevância e amplo conhecimento.

A revogação do contrato alternativo não se justifica em virtude de mera reapreciação de conveniência ou oportunidade por parte da Administração, tampouco em razão da alegação de inconvenientes à atuação administrativa, mas o motivo superveniente há de ser manifestamente relevante, notoriamente conhecido, capaz de gerar prejuízos patentes e sensíveis ao interesse da coletividade. Sob o ponto de vista formal, a rescisão do contrato, ainda, depende de manifestação motivada formal, escrita e expressa, da mais alta autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante, exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato, garantido, também, nos termos do parágrafo único do art. 78, o contraditório e a ampla defesa. Nos termos do § 2º do art. 79 da LLC, se não houver culpa do administrado, a rescisão dará ensejo ao ressarcimento do contratante pelos prejuízos sofridos regularmente comprovados.

O contrato administrativo alternativo, enfim, proporciona maior segurança jurídica às partes contratantes, reforçando, sensivelmente, a situação jurídica do administrado, quando comparada com aquela que decorre da ação unilateral, uma vez que, por essa via, a Administração, por mera razão de conveniência ou de oportunidade, pode simplesmente revogar o ato sem ter de pagar indenização, ao contrário do que ocorre se firmar contrato. Por outro lado, é patente que, nos domínios do direito público, mesmo quando a Administração se vale da via concertada, ela conserva certa posição de supremacia com relação ao particular, mesmo que limitada.

No Direito alemão, o § 60 da VwVfG permite o ajustamento ou rescisão dos contratos administrativos em casos especiais, quando alterado o equilíbrio essencial do conteúdo do contrato, de maneira que não se possa razoavelmente exigir de um dos contratantes a manutenção do acerto original. Com lastro nos arts. 478 a 480 do CCB, é possível a resolução do contrato administrativo alternativo por onerosidade excessiva. O administrado pode pedir a resolução do contrato ou a alteração no modo de executá-lo, quando, em razão de acontecimento extraordinário e imprevisível, o cumprimento do acordado se tornar desarrazadamente oneroso para o particular. A autoridade administrativa também pode rescindir o contrato quando, pela mesma razão, for necessário afastar ou evitar severo e desarrazado

prejuízo para o bem comum. Se as circunstâncias determinantes para a fixação do conteúdo do contrato se alteram tão substancialmente após a celebração do contrato, de forma que não se possa razoavelmente exigir de uma parte contratante o seu acatamento, as partes podem requerer adaptação do contrato às circunstâncias modificadas. Se tal adaptação não for possível ou exigível de uma das partes contratantes, pode o contrato ser rescindido.

Nos domínios do direito público, o dever de cumprir os contratos administrativos alternativos diz respeito aos contratos válidos ou, pelo menos, eficazes, e não pode ter por alcance o impedimento da anulação dos contratos viciados¹⁴⁴¹. Não cabe negar, em termos absolutos, a impugnabilidade dos contratos administrativos alternativos. Uma vez que infrinja normas vinculadas, o acordo é impugnável pelos particulares e revisável pela Administração¹⁴⁴².

Antes de tudo, a validade dos contratos celebrados pela Administração Pública, de maneira geral, bem como sua vinculabilidade, está subordinada à compatibilidade com o interesse público, ou seja, contratos que não estejam em sintonia com a necessidade de persecução do interesse público são inválidos e não vinculam as partes contratantes. Nesse sentido, o contrato deve ter por objeto a satisfação do interesse público, interditando-se, assim, o desvio de poder decorrente da opção pelo mecanismo alternativo por motivos particularizados.

A propósito, aos acordos alternativos celebrados pela Administração, disciplinados pelo Direito Público aplicam-se os princípios reitores do Direito Administrativo e as técnicas de controle previstas no Direito Administrativo, tais como as arguições de incompetência, infração à lei, etc., próprios do controle dos atos administrativos. Nesse compasso, os contratos administrativos de transação *lato sensu* devem ser invalidados por falta de competência do órgão administrativo, em razão da indisponibilidade administrativa do objeto da transação, etc. Enfim, havendo vícios de legalidade, tais como os que dizem respeito aos requisitos de validade dos atos administrativos em geral, como a competência, for-

ma, motivo, etc., ou a dispositivos que impõem formas especiais, como os previstos no art. 60 a 64 da LLC, o contrato administrativo alternativo deve ser declarado inválido¹⁴⁴³.

A invalidação de contrato administrativo alternativo ilegal, em consonância com o que dispõe o art. 5º, LV, da CRFB/88, deve sempre ser precedida de procedimento regular com oportunidade de defesa, uma vez que existe interesse de administrado contratado na consecução do contrato. Por outro giro, a invalidação do contrato administrativo, pelo menos à luz das técnicas de controle previstas no Direito Administrativo, opera efeitos *ex tunc*, declarando-se a nulidade preexistente. As normas de Direito Administrativo dirigem-se à realização do interesse público, daí a infração direta a essas normas dá ensejo à invalidação do ato ou contrato, com efeitos *ex tunc*. De fato, a Administração está estritamente vinculada à lei, portanto, tem o dever de invalidar seus próprios atos, quando viciados.

Cumprido observar, em sintonia com o exposto, que se aplica, ainda, aos contratos administrativos alternativos, com os devidos cuidados, o que dispõem as leis que disciplinam o procedimento administrativo brasileiro, portanto, observado o disposto no art. 53 da CPAF, a Administração deve invalidar os contratos administrativos alternativos eivados de vícios de legalidade. Nesse sentido, o contrato alternativo que infringir proibição legal deve ser invalidado, em especial porque a Administração Pública deve estrita obediência ao princípio da legalidade. Portanto é vedada qualquer conduta administrativa ilegal.

Em sintonia com o exposto, nos termos do art. 59 da LLC, a declaração de nulidade dos contratos administrativos alternativos opera retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os efeitos já produzidos (efeitos *ex tunc*). Por outro lado, como determina o parágrafo único do art. 59 da LLC, a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelos prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável. A teoria das nulida-

1441 Cf. CORREIA, Sérvulo. *Legalidade...*, cit., p. 596.

1442 Cf. GARDE ROCA, Juan Antonio. *Presentación*. cit., p. 12.

1443 Tomado o termo "invalidade" no sentido que permita abranger quaisquer casos de desconformidade ao Direito, tal como adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso...*, cit., p. 420).

des deve ser harmonizada com os princípios norteadores da responsabilidade civil e da proibição do enriquecimento indevido do Estado¹⁴⁴⁴. Portanto, o contrato celebrado por agente da Administração, ainda que viciado, vincula, de alguma forma, a Administração. O administrado de boa-fé não pode ser prejudicado pelo vício que desconhecia ou não podia conhecer; portanto, se não concorreu para o vício com sua conduta ou não tinha conhecimento de sua existência, não pode ser lesado. A Administração deve arcar com os efeitos dos atos viciados que praticou e que afetam a administrados de boa-fé.

Na seara dos contratos administrativos, existe espaço para a tutela de interesses privados, com peculiaridades que não se encontram em outras formas de atuação administrativa. Se a tutela disser respeito ao interesse privado, a Administração não disporá da faculdade de pronunciar o vício de ofício sem a devida provocação do interessado¹⁴⁴⁵. Nesse sentido, a declaração de nulidade do contrato administrativo prevista no art. 59 da LLC refere-se apenas aos casos de invalidação que lesionam o interesse público e que podem ser declarados de ofício, mas não atingem aos casos de mera irregularidade ou aos casos de anulabilidade que dependem de manifestação da parte interessada e produzem efeitos *ex nunc*¹⁴⁴⁶. Nesse sentido, cabe verificar que aos contratos administrativos alternativos aplicam-se as prescrições do Código Civil sobre a invalidade dos contratos, ou seja, os vícios contratuais podem ser apreciados sob a égide das normas do CCB.

Como previsto na lei civil, os contratos alternativos são nulos, nos exatos termos do art. 166 do CCB, se, por exemplo, o administrado contratante era absolutamente incapaz. Nos termos do art. 167 do CCB, é nulo o contrato administrativo alternativo simulado (efeitos *ex tunc*). Igualmente, nos termos do art. 171 do CCB, em caso de vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores, os contratos administrativos alternativos podem ser anulados, só podendo a nulidade ser argüida pelos interessados, nos termos do art. 177 do CCB (efeitos *ex nunc*). Por certo, o reenvio à

disciplina civilística é bilateral, isto é, não se trata de privilégio exclusivo da Administração. Da mesma forma, à luz do princípio da responsabilidade do Estado, nos casos de invalidação à luz das técnicas de controle do Direito Civil, à Administração cabe indenizar pelos prejuízos sofridos o administrado contratado de boa-fé que não tenha dado ensejo à invalidação.

Vale registrar que, nos termos do art. 850 do CCB, é nulo (efeitos *ex tunc*) o contrato alternativo celebrado sobre litígio decidido por sentença transitada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, em homenagem à coisa julgada constitucionalmente garantida, ou quando, por título posteriormente descoberto, verificar-se que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação. No caso do art. 850 do CCB, por exemplo, o administrado contratante de boa-fé que não deu causa à nulidade pode ser indenizado pela Administração, nos termos do art. 59 da LLC, se comprovar que sofreu prejuízos com a declaração de nulidade do contrato.

Nos termos do art. 54 do CPAF, o direito da Administração de anular os contratos administrativos alternativos decai em cinco anos, contados da data em que foram celebrados, salvo comprovada má-fé. O prazo aplica-se, sem distinção alguma, aos atos (e contratos) nulos ou anuláveis, daí o dispositivo atenua, ainda mais, a distinção que a doutrina administrativista costuma fazer entre estes¹⁴⁴⁷. Nos casos de nulidade absoluta, sempre se reputou que o decurso do tempo não produzia o desaparecimento do vício, entretanto o art. 54 do CPAF demonstra forte tendência em sentido contrário, uma vez que, decorridos cinco anos, os contratos alternativos, no caso, estabilizam-se em reverência à segurança das relações jurídicas travadas com a Administração¹⁴⁴⁸, salvo comprovada má-fé¹⁴⁴⁹.

O acordo preparatório não é impugnável, a princípio, por si só, salvo se propiciar o afastamento ou impedir a continuidade do proce-

1444 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...*, cit., p. 482.

1445 Nessa direção, JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...*, cit., p. 441-442.

1446 Cf. SILVA, Márcio Heleno da. Contrato administrativo. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). *Curso prático de direito administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 507.

1447 Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, cit., p. 439.

1448 Como afirma Edilson Pereira Nobre Júnior (*O princípio...*, cit., p. 176), o Direito Administrativo, no caso, reputou a segurança jurídica e a boa-fé mais importantes que a própria reverência servil à legalidade. Nesse mesmo sentido dispõem o art. 106 da L30 espanhola e o § 48 da VwVfG alemã.

1449 Nessa direção, JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...*, cit., p. 444.

dimento administrativo, isto é, quando o contrato celebrado impede a Administração de atuar na persecução do interesse público, obstaculizando o exercício de poderes/deveres administrativos. Portanto o que pode ser impugnado é a própria decisão final que tenha resolvido o procedimento, pondo fim ao expediente no qual o contrato se integra. O contrato preparatório não substitui a resolução final. Portanto, é o ato cujo conteúdo foi objeto do acordo, e não o contrato, que determina a relação jurídico-administrativa. Daí, pelo menos a princípio, aplica-se aos acordos preparatórios, o regime de invalidade dos atos administrativos, mantendo-se o poder administrativo de anulação atinente aos atos administrativos. Em outras palavras, o contrato administrativo alternativo preparatório submete-se à eventual fase de controle já prevista para o ato administrativo que formata.

O contrato administrativo alternativo substitutivo está sujeito aos mesmos controles previstos para o ato administrativo substituído. Como determina o art. 166, VI, do CCB, é nulo (efeitos *ex tunc*) o contrato alternativo que tiver por objetivo fraudar lei imperativa¹⁴⁵⁰. Nesse sentido, o contrato administrativo será nulo quando o for o ato administrativo celebrado com o mesmo conteúdo. Isso se dá porque os acordos substitutivos não podem constituir-se em válvula de escape para fugir a eventuais controles estabelecidos para o exercício dos poderes administrativos (unilaterais) conexos, sejam quais forem es-

1450 A propósito, sobre possível "fraude à lei", cabe verificar que o Poder Público não está impedido de transacionar e fazer acordos ou compensações como mecanismos para a persecução otimizada do bem comum, mas não se pode admitir a burla à CRFB/88, fazendo-se pagamentos, a pretexto de transação, fora da ordem cronológica dos precatórios. Como afirma Rodolfo de Camargo Mancuso (O plano..., cit., p. 45-46), nem toda transação realizada por entes políticos tem objetivo pecuniário que redunde na exigência de precatório (execução por quantia). Ao contrário, contraprestações outras, até mesmo de natureza não-pecuniária podem ter lugar nas transações, como as mandamentais, declaratórias, para entrega de coisa, para fazer/não fazer. Além disso, nem toda obrigação pecuniária a cargo do Poder Público acarreta a necessidade de o credor ter de aguardar a ordem cronológica dos precatórios ordinários (débitos alimentares, de pequeno valor). O que não se admite é que o numerário usado para pagar os acordos provenha da mesma verba destinada ao pagamento dos precatórios judiciais. Nos termos do acórdão do TJSP (Seq. 1.718-0 e 2.649-0, rel. Des. Carvalho Filho, j. 29/4/1982 e 28/9/1983), colacionado por Rodolfo de Camargo Mancuso (O plano..., cit., p. 46), "a Fazenda Pública não está impedida de fazer acordo. Só que não pode empenhar sua solução na verba destinada, pelo orçamento, ao pagamento dos precatórios judiciais, porque isso implicaria procrastinar o pagamento de obrigações preferenciais, resultaria em ilegal interferência na posição dos exequentes que permanecem na fila, para receber seu crédito no exercício programado pela respectiva previsão orçamentária, obedecida a ordem cronológica dos precatórios". Nesse sentido, mais recentemente, caminha a jurisprudência do STF (ADI 2.851-1-RO, j. 28/10/2001, DJ 3/12/2004).

ses controles, naturalmente, nos limites que sejam referíveis ao ato a que se refere o acordo. No mais, aos acordos substitutivos aplica-se o regime de invalidade dos contratos administrativos previstos na LLC, que funciona como regime geral dos contratos administrativos, bem como o CPAF e o CCB, na forma já estudada. Por certo, a legislação setorial pode permitir modulações oportunas ao regime, tomando-se em consideração as características peculiares do segmento.

No caso dos contratos judiciais, ou seja, quando o acordo se deu sob a chancela do Judiciário, não cabe à Administração, nem ao administrado, questionar mais a questão, em especial porque, nos termos do art. 269, III, do CPC, quando as partes transigem, extingue-se o processo com o julgamento do mérito, fazendo-se coisa julgada, ainda que a sentença tenha apenas homologado o acordo¹⁴⁵¹. Naturalmente, nos termos do art. 485, VIII, do CPC, a transação pode ser anulada quando houver fundamento para invalidar o acordo em que se baseou a sentença¹⁴⁵².

O anterior CC trazia, em seu artigo 1.030, que a transação produzia entre as partes o efeito de coisa julgada, e só se rescindia por dolo, violência ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa. O atual CCB excluiu a menção, o que conduz à conclusão de que o efeito de coisa julgada decorre tão-somente da sentença, isto é, só se verifica na transação homologada em juízo, nos termos do art. 269 do CPC, não estando presente nos acordos extrajudiciais. O contrato administrativo de transação *lato sensu* não homologado pelo Judiciário, assim, não tem a força de coisa julgada, mas produz os efeitos comuns de negócio jurídico, tornando-se irretratável¹⁴⁵³.

Em decorrência da vinculabilidade dos contratos, não faz sentido o acesso ao Judiciário para (re)discutir pontos ou questões le-

1451 A propósito, para Teori Albino Zavascki (Do processo..., cit., p. 227-228), "não é compatível com a função jurisdicional a instauração de processo com a única finalidade e homologar a transação que, por si só, já deu cabo ao litígio, mediante a autocomposição. Também não cabe homologação se o processo já se extinguiu".

1452 No caso de execução de transação judicial (homologada por sentença judicial), a chancela jurisdicional confere grau de certeza que lhe impede a reapreciação em embargos da legitimidade dos atos da sua criação (salvo em casos de nulidade ou falta de citação do réu revel no processo de conhecimento, nos termos do art. 741 do CPC).

1453 A propósito, como noticia Sérgio Gilberto Porto (Do processo..., cit., p. 59), este é o entendimento do Judiciário: "Com a assinatura, e independentemente da homologação, a conciliação se torna irretratável" (RT 497/87 - RJTJESP 45/64).

gitamente acordados. Entretanto, nos termos do art. 849 do CCB, a transação pode ser invalidada tanto pelos vícios administrativos, como visto, como por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa. Por outro giro, a transação não se anula por erro de direito a respeito de questões que foram objeto de controvérsia entre as partes. Em outras palavras, se a manifestação de vontade do administrado se deu viciada (por exemplo, quando o administrado foi coagido pela Administração a celebrar a transação), evidentemente o Judiciário deve anular o pacto.

Por vezes, o contrato de transação é celebrado para aclarar ou fixar relação jurídica controvertida (atinente à questão de fato ou de direito). Entretanto, existem determinados pressupostos que não entram na discussão e que são considerados pelos transatores como pacíficos. Se o erro afeta esses pressupostos pacíficos, sob os quais não se assenta a controvérsia, a transação pode estar viciada se, caso fosse conhecida a circunstância, o acordo não se realizasse¹⁴⁵⁴. Nos termos do art. 849 do CCB, o erro de direito, mesmo se atinente a pressupostos e questões pacíficas da transação, sob os quais não se assenta a controvérsia, não vicia o acordo, porque, como dispõe o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4657, de 4 de setembro de 1942), a ninguém, e muito menos à Administração, cabe alegar o desconhecimento da lei como fundamento para invalidar contrato alternativo celebrado.

Para que a coação ou intimidação seja considerada vício do consentimento contratual requer-se que a ameaça tenha se revestido de matiz antijurídico ou, ao menos, injusto, o que deve ser valorado no contexto singular do caso concreto em que se tenha produzido. Nesse sentido, muito dificilmente se pode, aprioristicamente, considerar um contrato alternativo antijurídico ou injusto, sem a verificação concreta do contexto em que este foi celebrado¹⁴⁵⁵. Enfim, o contrato administrativo alternativo, à luz das normas do

1454 CF. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A transação...*, cit., p. 103. Tomando exemplo recolhido da doutrina espanhola, trazido pelo autor, se A e B discutem a propriedade de um quadro de Goya, que se descobre depois falso, o erro afeta o *caput non controversum* e vicia a transação.

1455 Cf. DELGADO PIQUERAS, Francisco. *La terminación...*, cit., p. 175.

direito privado que disciplinam os contratos, anula-se como se anulam os atos jurídicos em geral, cabendo, por certo, a demonstração dos vícios que o inquinaram e invalidaram.

Um exemplo que pode ser dado diz respeito a contrato administrativo de acertamento celebrado pelo Fisco com o contribuinte, no intuito de fixar a base de cálculo do imposto, quando o contribuinte, deliberadamente, esconder dados ou documentos relevantes para a fixação. Se ficar demonstrado que a Administração Fiscal foi induzida a uma declaração de vontade desconforme com a que tomaria se o decisor tivesse conhecimento dos verdadeiros pressupostos fáticos, isto é, se, à luz dos documentos posteriormente juntados, inequivocamente, ficar provado que o Fisco não teria celebrado o contrato alternativo, cabe a anulação do acordo, sem qualquer direito a indenização por parte do contribuinte.

No Direito Administrativo alemão, o § 59, 3, da VwVfG determina que, se a nulidade disser respeito apenas a parte ou cláusula, todo o contrato será nulo se não se puder admitir que, sem a parte nula, o contrato pudesse ser celebrado. Aos contratos administrativos alternativos, no Brasil, aplica-se o disposto no art. 848 do CCB, portanto, tal como na VwVfG, prevalece o princípio da indivisibilidade da transação. De fato, determinada concessão feita por um dos transatores pode ter sido a razão ou uma das razões que, no processo de ponderação de interesses, orientaram a vontade do outro contratante para a celebração do contrato, equilibrando as concessões recíprocas. Portanto não se deve admitir a hipótese de nulidade parcial, ou seja, a nulidade de uma das cláusulas contamina todo o contrato. Naturalmente, nos termos do parágrafo único do art. 848, quando a transação versar sobre diversos direitos contestados, independentes entre si, o fato de não prevalecer em relação a um não prejudica os demais, em homenagem ao princípio da conservação do negócio jurídico.

O art. 844 do CCB estampa a regra da relatividade dos contratos administrativos alternativos, marcando que a transação não aproveita nem prejudica senão os que nela intervieram, ainda que diga respeito à coisa indivisível. Acontece que, no Direito Público, nos acordos

celebrados entre a Administração e os administrados, muitas vezes, terceiros, de alguma forma, são atingidos pelos efeitos da transação¹⁴⁵⁶.

No Estado pluralista, que, como mostrado, apresenta como característica a multilateralidade, ou seja, no qual a decisão administrativa afeta não apenas o destinatário, mas, muitas vezes, terceiros, a transação, em muitos casos, acaba por trazer, no caso concreto, sensível risco. Exatamente por isso, sempre que possível, cumpre consultar, no fluxo do processo administrativo decisório, que culmina com a celebração da transação, às pessoas, públicas ou privadas, que sejam interessadas no correspondente procedimento e que tenham a condição de parte, bem como os titulares de direitos que podem ser afetados pelo contrato que se pretende celebrar. Relevante, assim, em diversas situações, pode ser a realização de audiência prévia com interessados, tal como previsto no Código de Procedimento Administrativo português de 1991 (arts. 100º a 105º), em especial considerando que a realização do interesse público afeta, usualmente, círculo mais amplo de pessoas. Mais uma vez fica evidenciada a necessidade de procedimentalização para ordenar e favorecer o afastamento de possíveis vícios e mazelas na celebração de transações administrativas.

Por certo, porém, há de se temperar, com as devidas cautelas, o disposto na lei civil, porque, se a lesão a terceiros se dá em sintonia com o intuito de buscar a melhor alternativa para o bem comum, e se a Administração está habilitada a intervir, nesse sentido, na esfera dos administrados, em geral, não haveria razões para se invalidar, em qualquer situação, a transação, por ofensa ao mandamento do CCB. De qualquer forma, a Administração Pública deve, sempre, ponderar os interesses intervenientes, tanto os públicos como os privados (dos interessados diretos e de terceiros), de forma que estes não sejam le-

sados desarrazoadamente. A propósito, nos termos do art. 3º, II, do CPAF, o administrado tem o direito de ter ciência da tramitação dos procedimentos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas.

Não são meras irregularidades sanáveis que podem dar ensejo à invalidação dos contratos; da mesma forma, os contratos passíveis de serem convalidados devem sê-lo, não apenas em homenagem ao melhor interesse público possível, mas, sobretudo, em reverência à boa-fé. Nessa seara, é que os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção da confiança obtêm significado especial, uma vez que se podem opor, até mesmo, ao próprio princípio da legalidade administrativa¹⁴⁵⁷.

A manutenção do contrato administrativo alternativo depende de sua validade, da possibilidade de suprimento do defeito, da razoabilidade na invalidação do contrato e de seus efeitos em face do postulado de moralidade administrativa (boa-fé). No que diz respeito à possibilidade de a Administração convalidar contratos administrativos alternativos, impõe-se a necessidade de resguardar e assegurar, sempre que possível, o melhor interesse público possível; daí, aplica-se à disciplina dos contratos administrativos alternativos o art. 55 do CPAF, ou seja, os defeitos sanáveis podem (devem) ser convalidados pela própria Administração, quando não acarretarem lesão ao interesse público, nem o prejuízo a terceiros. Convalidáveis, assim, sempre que a convalidação implique em alternativa que proporcione o atendimento otimizado do interesse público, em reverência ao princípio constitucional da eficiência administrativa, são os contratos alternativos que apresentem meras irregularidades e os que portem vícios sanáveis. A referência a “interesse público” indica a possibilidade de sanção de vícios mais sérios e graves, até mesmo o decorrente de atos ou contratos nulos, desde que essa seja a solução mais vantajosa para o atendimento otimizado do interesse público, bem como quando a invalidação do contrato, em homenagem à boa-fé, se mostre desarrazoada¹⁴⁵⁸.

1456 Na Alemanha, nos termos do § 58 da VwVfG, os contratos que intervêm em direitos de terceiros necessitam da aprovação por escrito desse terceiro. Vale reproduzir o § 58: “Consentimento de terceiro e autoridades. 1. Um contrato jurídico-público que intervêm no direito de um terceiro, torna-se, antes de mais nada, eficaz quando o terceiro autoriza por escrito. 2. Quando, em vez de um ato administrativo, um contrato é fechado e sua promulgação depende necessariamente, nos termos da norma, da aceitação, aprovação ou do acordo de uma outra autoridade, então este contrato se torna efetivo apenas após ter a outra autoridade co-atuado na forma prevista”.

1457 Cf. MAURER, Hartmut. *Elementos...*, cit., p. 129.

1458 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários...*, cit., p. 483.

8.9. A TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA E SEUS RISCOS

Desprovida de sua equivocada mística inicial, a “administração concertada” marca caminho forçoso de recorrer ou, pelo menos, de explorar nos próximos anos, uma vez que a Administração negocia, e a negociação se converteu em instrumento imprescindível para a tarefa de administrar¹⁴⁵⁹. Os acordos não são capazes de garantir, sempre, a solução mais eficiente ou a correção da decisão, mas, tendencialmente, a solução concertada apresenta a vantagem de favorecer a paz jurídica, a diferença do ato administrativo¹⁴⁶⁰.

É preciso, porém, demarcar as margens negociais que a realidade reclama, e estas, sem dúvida, são dado capital que se deve ter em conta, porque é evidente que, por baixo dos aspectos habitualmente idealizados, existe enorme risco de ruptura com a objetividade e com a igualdade, e, assim, em conseqüência, com a justiça, que a impessoalidade da lei assegura¹⁴⁶¹.

Na seara tributária, Paulo Ricardo de Souza Cruz estuda a necessidade de igualdade na execução das leis, na realização de acordos, concluindo que a transação só poderá ser recomendada para casos específicos¹⁴⁶². O autor, exatamente por entender que a transação ofende o princípio da isonomia, somente a admite quando existir autorização dada por lei específica para o caso concreto, isto é, não aceita a transação mediante cláusula setorial genérica. A transação, em sua visão, só pode ser realizada por intermédio de lei que descreva com exatidão e minúcia o caso (ou os casos) em que pode ser celebrada e que especifique quais concessões podem

ser feitas pela Administração. Segundo sua linha de entendimento, a celebração de contratos de transação mediante lei específica é a única que prestigia o princípio da legalidade, pois apenas ela pode afastar qualquer tipo de discricionariedade na disposição do crédito tributário. Para o autor, apenas a “transação legal” e a “transação concretamente especificada pela lei” têm o condão de afastar a lesão ao princípio da indisponibilidade do interesse público e prestigiar a isonomia¹⁴⁶³.

Na verdade, porém, a discricionariedade não é uma afronta ao vetor legalidade, mas, ao contrário, é com suporte na lei que se pode atribuir margem de discricionariedade para valoração por parte da Administração. É a discricionariedade que possibilita a compatibilização entre a legalidade e os demais vetores do Estado pluralista, tal como o princípio constitucional da eficiência administrativa. Por outro giro, a isonomia pressupõe que os desiguais sejam desigualmente tratados, e não parece que a lei de massa, que não abre a possibilidade de a Administração verificar as peculiaridades e a realidade concreta dos administrados, possa reverenciar, com maior zelo, o vetor isonomia.

Fosse a transação apenas possível quando concretamente especificada pela lei, esta apenas teria lugar em litígios que representassem grandes importâncias em termos financeiros. Paulo Ricardo de Souza Cruz chega a afirmar que, em casos de maior dimensão, especialmente aqueles que envolvam grandes dispêndios por parte do Estado, mostra-se adequado que a transação não seja feita com base em autorização legal genérica prévia, mas que a questão seja submetida ao Parlamento, de forma a ser editada lei específica para autorizar a realização do acordo¹⁴⁶⁴. Para o autor, por meio de lei específica é possível contar com maior segurança sobre a regularidade da transação, pois a avaliação sobre se sua realização é ou não a solução que melhor atende ao interesse pú-

1459 Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., v. I, p. 669.

1460 Em direção próxima, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, María Luísa. *Los procedimientos...*, cit., p. 38.

1461 Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., v. I, p. 669-670. Como afirma Heleno Taveira Torres (Transação..., cit., p. 104), em especial na seara tributária, “de fato, se encarados como meios ordinários disponíveis para qualquer modalidade de conflito, seria algo deveras preocupante, tendo em vista as implicações com o princípio da legalidade estrita em matéria tributária. Cabe estabelecer, portanto, antes que uma cortina de preconceitos, os limites para a adoção desses regimes, como bem já o fizeram outros países de bases democráticas sólidas como França (*Conciliation; Transaction; Régler autrement les conflits*, de 1994), Alemanha, Itália (*accertamento con adesione e conciliazione giudiciale*), Inglaterra (*Alternative Dispute Resolution – ADR*) e Estados Unidos (*Alternative Dispute Act*, de 1990; *Closing Agreement*, Sec 7121, IRC), empregando-os de forma prévia à utilização da via judicial ou no seu curso, como nos casos de conciliação”.

1462 Cf. CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação...*, cit., p. 115-116.

1463 Cf. CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação...*, cit., p. 223-224. Para o autor, essa espécie de transação permitiria a realização, pelo Poder Público, de concessões maiores até do que seria politicamente factível de fazer se a transação fosse feita com as concessões fixadas, de forma discricionária, pela autoridade tributária.

1464 Cf. CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação...*, cit., p. 184.

blico realiza-se, assim, não por autoridade administrativa, mas pelos representantes eleitos pelo povo, em tese, na visão do autor, os mais qualificados para tal avaliação.

De fato, o que se pode observar, por parte dos mais céticos, é um enorme receio de atribuir margens decisórias à Administração, por certo, em decorrência dos abusos praticados pela Administração burocrática autoritária, em especial, no Brasil das décadas de 1960 e 1970. Em nome do garantismo e dos receios de corrupção, por suposto, entrega-se a Administração à ineficiência, em um círculo vicioso que não mostra alternativas.

No moderno Estado Democrático de Direito, porém, o Executivo alcançou legitimação, expressa pelo sufrágio, sendo que seu chefe é, inapelavelmente, levado ao posto por milhares ou milhões de votos. Por outro giro, em reverência aos ditames de justiça, isonomia e eficiência, exige-se o alargamento das faculdades decisórias da Administração Pública.

Nesse contexto é que se pode afirmar que o mecanismo da transação serve exatamente para afastar, face às peculiaridades dos casos concretos, a aplicação mecânica de resultados ineficientes da lei genérica. Portanto, não é o Legislativo o órgão mais apto a escolher a alternativa concreta, mas, usualmente, é a Administração Pública que pode avaliar as nuances e sutilezas dos casos concretos e adotar a solução otimizada. O legislador, muitas vezes, não é capaz sequer de, na complexa sociedade pluralista, prever todas as situações que mereçam margens de discricionariedade mais amplas, para que o decisor possa adotar a melhor solução possível. Nesse sentido é que a adoção de cláusulas setoriais autorizativas de transação mostram sua relevância.

Por outro lado, exclusivamente pelo mecanismo das transações concretamente especificadas pela lei, apenas aos mais ricos ou influentes estaria aberta a via concertada. Apenas os casos que envolvessem grupos de interesses mais poderosos poderiam se valer da transação, relegando aos mais fracos apenas a aplicação mecânica, muitas vezes ineficiente e, por vezes, injusta, da lei genérica. Esse não é o mecanismo capaz de favorecer a isonomia.

O princípio da isonomia não pode ser entendido como mera exigência de universalização. O fato de o administrado ter sido tratado, no caso concreto, de forma diferenciada pela Administração, por si só, não caracteriza ofensa ao princípio da isonomia. Se a Administração possibilitar e não negar o mesmo tratamento a todos aqueles que estiverem na mesma situação, não existe por que se falar em arbítrio ou em privilégio (ou discriminação) odioso, uma vez que igual oportunidade foi aberta aos demais administrados.

No moderno Estado Democrático de Direito, reconhece-se, com tranqüilidade que, eventualmente, quem sofrer com a ofensa ao princípio da isonomia, em virtude de tratamento diferenciado, tem o direito de contestar judicialmente essa antijuridicidade. Pelo menos a princípio, o controle de eventual lesão ao princípio da isonomia posto na lei geral e abstrata é teoricamente mais fácil, uma vez que a norma é dada, necessariamente, ao conhecimento público pela publicação, e os cidadãos têm o dever de conhecer as leis. Por outro lado, um controle judicial efetivo sobre eventuais lesões ao princípio da isonomia quando da celebração de contratos administrativos alternativos fica dificultado, uma vez que se trata de controlar atos da Administração particularizados e concretos, que não se sujeitam à mesma publicidade e processo da elaboração das leis¹⁴⁶⁵.

Impõe-se, assim, em respeito aos princípios da isonomia e da publicidade, que as transações administrativas celebradas sejam dadas ao amplo conhecimento dos administrados, de forma a possibilitar que todos os que estejam na mesma situação jurídica possam ser tratados isonomicamente pela Administração. A propósito, nos termos do art. 61, parágrafo único, da LLC, a publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos pela imprensa oficial é condição indispensável para sua eficácia e deve ser providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura. Por outro giro, nos termos do art. 63 da LLC, é permitido a qualquer interessado a obtenção de cópia autenticada dos contratos administrativos, mediante o pagamento dos emolumentos devidos.

1465 Nesse sentido, CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação ...*, cit., p. 188-190.

O princípio da igualdade correrá maior risco de lesão se a Administração celebrar acordos à margem do procedimento do que correria uma vez dentro dele¹⁴⁶⁶. Enfim, a demarcação de procedimentos administrativos que, democraticamente, possibilitem a participação formalizada dos administrados e a ação dos órgãos de controle, balizando a celebração de contratos administrativos alternativos, é providência essencial para que o mandamento de isonomia seja devidamente reverenciado.

O Direito norte-americano enfrentou os apontados problemas e buscou soluções para os riscos apresentados pelas transações administrativas por meio, exatamente, da procedimentalização. Na seara administrativo-tributária, por exemplo, o *Internal Revenue Code* (Título 26 do *United States Code*), em seu Capítulo 74 (*Closing Agreements and Compromises*), prevê, expressamente, formulários e procedimentos específicos que possibilitem o acesso isonômico, sem maiores complicações, a qualquer contribuinte, grande ou pequeno, que pretenda realizar uma transação administrativo-tributária¹⁴⁶⁷. A propósito, no Brasil, o art. 7º do CPAF determina que os órgãos e as entidades administrativas deverão elaborar modelos ou formulários padronizados para assuntos que importem pretensões equivalentes.

A procedimentalização permite, democraticamente, que todo e qualquer administrado tenha condições de propor à Administração a realização de transação. Mesmo que as autoridades administrativas respeitem o princípio da isonomia e se disponham a receber quem quer que com elas queira falar, os mais humildes administrados se sentem intimidados em tentar esse contato que, inevitavelmente, passa por um “ritual de secretárias, datas, horários, mudanças de agenda e coisas do gênero”¹⁴⁶⁸. Existindo procedimento preestabelecido, o administrado não fica na dependência de ter acesso privilegiado a autoridades com poder de decisão para discutir o problema concreto, o que, na prática, somente os mais ricos e poderosos conseguem ter¹⁴⁶⁹.

1466 Cf. DELGADO PIQUERAS, Francisco. *La terminación...*, cit., p. 186-187.

1467 Nesse sentido, *U.S. Code*, disponível em: <<http://uscode.house.gov>>. Acesso em: 29 fev. 2004; *Code of Federal Regulations*, disponível em: <<http://www.gpoaccess.gov/cfr/index.html>>. Acesso em: 29 fev. 2004.

1468 Nesse sentido, CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação...*, cit., p. 118-119.

1469 Cf. CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação...*, cit., p. 118-119.

Na moderna sociedade pluralista, a complexidade da realidade a ser disciplinada pelo Direito exige a atribuição de maiores margens de discricionariedade para a Administração, a abertura dos tipos legais, a redução do conteúdo regulador das regras jurídicas e maior flexibilização nos dispositivos normativos. Para que se possa ter um sistema administrativo mais adequado, equilibrado e justo, como contrapartida à necessária “flexibilização”, a transação reclama mecanismo de controle mais efetivo, bem como a “procedimentalização” do processo administrativo decisório que assegure a participação do administrado, a interveniência de outros órgão do poder e que garanta a legitimidade das decisões, enfim, que possibilite maior segurança e tratamento mais isonômico para o universo maior de administrados. O que decisivamente está em causa é o equilíbrio exigido pelo Estado Democrático de Direito entre eficiência, segurança, isonomia e justiça.

O procedimento administrativo bem serve para a disciplina da emanção de atos de natureza imperativa e da celebração de contratos, constituindo-se no mecanismo idôneo para dar transparência ao processo de negociação, programação e composição de interesses. Por meio da procedimentalização, opera-se a formalização dos acordos e procede-se a cuidadosa regulação das intervenções, no procedimento, dos portadores de interesses, o que tende a evitar as pressões informais e as interferências indevidas de grupos de poder econômico, político, etc., proporcionando a canalização e a utilização mais positiva das forças sociais da coletividade¹⁴⁷⁰. Nas transações administrativas, a procedimentalização, em última análise, serve como “guia” para a resolução de conflitos e para a composição de interesses.

Como se expressa Mario Aroso de Almeida, *verbis*:

A crescente tendência para a redução do conteúdo regulador das normas que disciplinam a substância da actuação administrativa, com a consequente ampliação dos espaços de conformação que o legislador deixa a cargo da Administração, para a escolha da melhor solução, levou a que se viesse a reconhecer a importância do procedimento, não só como instrumento de racionalização da actividade decisória da Administração, mas também como instrumento de legitimação da Admi-

1470 Cf. PUGLIESE, Francesco Paolo. Il procedimento administrativo tra autorità e ‘contrattazione’. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, p. 1479 et seq., 1971.

*nistração enquanto aparelho que, sendo eminentemente burocrático, vai sendo cada vez mais chamado, na ausência de predefinição legislativa dos resultados, a determinar o conteúdo da regulação dos interesses em conflito e, assim, a tomar decisões crescentemente politizadas. [...] Supõe participação multipolar, análise técnica e razoabilidade na apreciação, ponderada e aberta, das alternativas e dos sacrifícios que cada uma delas pode envolver. O procedimento é a sede adequada para a realização, por parte da Administração, de todos estes juízos e ponderações, em ordem à tomada das decisões que lhe incumbem*¹⁴⁷¹.

Um sistema eficaz de administração pública requer equilíbrio razoável e prudente entre autoridade e liberdade, entre exigências “garantísticas” e “eficientísticas”. Esse equilíbrio é alcançado mais satisfatoriamente por meio da disciplina do procedimento de transação administrativa que regule o trâmite e contemple exigências de publicidade, para que eventuais interessados (nas mesmas condições) possam usufruir igual tratamento, bem como que favoreça a interveniência de controladores.

É verdade que a abertura de amplas margens de discricionariedade para a celebração de transações administrativas pode colocar de lado a vontade mais genérica da norma geral, abstrata e impessoal, deixando a efetiva decisão ao juízo do administrador. Naturalmente, assim, abrem-se as portas para os riscos de subjetividade, perseguições, arbitrariedades ou favorecimentos por parte da Administração¹⁴⁷². Exatamente por essa razão é que a vontade do administrador não pode ter o condão de ser determinante na marcação do fator de discriminação. O juízo de quem são os iguais e de quem são os desiguais não pode ser entregue amplamente à valoração do administrador público, mas a lei deve parametrizar e demarcar, de alguma forma, os limites e as possibilidades das transações administrativas.

Sem os devidos cuidados, a transação administrativa pode se transformar em mecanismo que favoreça a troca da generalidade igualitária das soluções normativas pelo inevitável casuísmo das soluções contratuais, com o risco de fazer prevalecer as melhores soluções para os mais

fortes. Entretanto, como ressabido, toda regulação normativa é tipificadora, capaz de ordenar satisfatoriamente os casos normais, mas fracassa, por vezes, nos casos atípicos¹⁴⁷³. Da mesma forma, em inúmeras circunstâncias, a necessidade de alteração normativa sequer consegue acompanhar a realidade mutante da sociedade pluralista moderna. Efetivamente, em especial na seara do Direito Administrativo, assiste-se a notória crise da lei. Leis extensas, casuístas, “tipificantes” não conseguem mais regular com eficiência a complexidade da realidade mutante. Nesse contexto, com os devidos cuidados, os contratos administrativos alternativos acabam por se consolidar como alternativa para mitigar os rigores decorrentes de uma aplicação genérica e mecânica de leis administrativas, por vezes envelhecidas, muitas vezes deficientes na regulação eficaz de casos concretos especiais.

Tomando a advertência de Forsthoff¹⁴⁷⁴, cabe verificar que a falta de publicidade dos contratos atrai certos perigos. A propósito, o princípio da imparcialidade pressupõe que o atendimento das necessidades dos administrados deve se dar, fundamentalmente, de forma impessoal, com lastro, sobretudo, na vontade da lei, e não na vontade dos administradores públicos. As dúvidas e reticências que a introdução da transação administrativa tem suscitado se deve, em grande parte, à possibilidade de que esse instrumento seja utilizado indevidamente para dar cobertura jurídica a possíveis conluíus entre administrados e agentes públicos, respaldando atuações em desvio de poder. Ocorre que esse mesmo risco existe quando se adotam atos administrativos unilaterais, cujo conteúdo pode ter sido pactuado ocultamente. Ao contrário, a utilização do mecanismo contratual pode ter como efeito positivo dar transparência ao resultado da transação, sem emascará-la por baixo de ato administrativo¹⁴⁷⁵.

Por certo, o Direito Administrativo não deve abrir amplas e dilatadas possibilidades de transações administrativas, transformando-as em procedimento corriqueiro e usual. Ao contrário, muitos

1471 Cf. ALMEIDA, Mário Aroso de. *Anulação...*, cit., p. 127-128.

1472 Para Paulo Ricardo de Souza Cruz (*A transação...*, cit., p. 190), agrava o mencionado risco o fato de dois servidores investidos de poder decisório jamais serem rigorosamente iguais e até mesmo o fato de uma mesma pessoa nunca ser igual todos os dias. É bem possível que as decisões se alterem conforme o caso concreto tenha sido examinado por esse ou aquele servidor, ou até mesmo em decorrência das condições psicológicas do servidor em um determinado dia.

1473 Nesse sentido, FORSTHOFF, Ernst. *Tratado...*, cit., p. 374.

1474 Cf. FORSTHOFF, Ernst. *Tratado...*, cit., p. 374.

1475 Como afirma Francisco Delgado Piqueras (*La terminación...*, cit., p. 164), não se trata de inventar ou descobrir técnica absolutamente desconhecida, mas de dar um adequado tratamento legal a uma realidade inegável.

cuidados devem ser tomados para garantir a isenção, a imparcialidade e a moralidade das transações, o que nem sempre é tarefa fácil. Seu uso não deve se dar em regra, mas em situações especiais.

Com relação aos contratos de direito público, a doutrina alemã clássica já fazia algumas reservas. Forsthoff, por exemplo, já alertava para o perigo de os contratos de direito público deixarem de ser exceção e se transformarem em regra¹⁴⁷⁶. Os riscos dos contratos administrativos alternativos não podem ser desprezados. Existe o perigo de a parte contratante pretender passar por cima do direito vigente¹⁴⁷⁷, ou seja, ter a intenção de se valer da via contratual para elidir a aplicação da norma administrativa. Em inúmeras situações, em detrimento do melhor interesse público, a Administração Pública pode, perigosamente, abdicar de sua potestade em prol de uma vinculação jurídica contratual¹⁴⁷⁸. Em outras situações, o risco provém da já mencionada possibilidade de ofensa ao princípio da isonomia¹⁴⁷⁹.

Dentre as vantagens da via contratual no Direito Administrativo, merece considerações o fato de que o contrato está apoiado no acordo das partes contratantes e, por isso, a “conflituosidade” decorrente da regulação dos casos é sensivelmente menor do que as decorrentes dos atos administrativos celebrados unilateralmente. Isso se dá porque o cidadão é incluído na regulação; ele tem voz ativa e pode fazer propostas e oferecer alternativas, influenciando, portanto, a decisão. O administrado está, certamente, antes

1476 Cf. FORSTHOFF, Ernst. *Tratado...*, cit., p. 374. Como afirma o autor, essa cadeia se converte em perigo quando os vínculos contratuais passam de exceção a regra e a soberania estatal se encontra presa em suas redes. A história do antigo Império alemão, como frisa o autor, oferece um exemplo bem palpável desse fato. Diversos outros Estados modernos, que em si mesmos são relativamente débeis, devem enfrentar poderosas forças sociais (truste, associações de interesses de toda índole) e, assim, podem ser vítimas do perigo representado pela força vinculatória dos contratos.

1477 Cf. MAURER, Hartmut. *Elementos...*, cit., p. 135.

1478 Nesse sentido, MAURER, Hartmut. *Elementos...*, cit., p. 135-136.

1479 Cf. FORSTHOFF, Ernst. *Tratado...*, cit., p. 381. Como assinala o autor, outro risco da celebração de contratos de direito público está no fato de a vinculação recíproca conferir ao contrato certa rigidez que pode dificultar sua adaptação a situações novas, quando se alteram essencialmente as relações jurídicas ou o fato que este regula. A própria vinculação contratual, assim, pode vir a se colocar em contradição com o interesse público. A admissibilidade da mutabilidade contratual, inclusive com a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, frutos da evolução do entendimento dos contratos administrativos, podem atenuar tais restrições, deixando aberta a possibilidade de manejo da via contratual.

disposto a observar um contrato administrativo co-criado por ele do que por um ato administrativo que lhe é imposto¹⁴⁸⁰.

Não se pode desconsiderar que a participação do administrado no procedimento administrativo protege, em grande medida, os interesses dos particulares, que poderiam ter de acatar ato unilateral, propiciando, por vezes, maior eficiência e justiça na solução dos casos concretos e, sobretudo, maior aceitabilidade. De fato, a complexidade da matéria administrativa na moderna sociedade pluralista exige, para que tenha maior eficiência administrativa, a concorrência de vários titulares de competências administrativas diferentes, bem como a intervenção de sujeitos privados; portanto, a coordenação e harmonização de uma pluralidade de decisões (públicas e privadas)¹⁴⁸¹. Da mesma forma, a via concertada proporciona economia processual, gerando maior rapidez na própria atuação administrativa, favorecendo, ainda, o descongestionamento dos Tribunais, colocando-se como remédio necessário para a solução da crise de justiça que assola o País¹⁴⁸².

Naturalmente, no dia-a-dia da atividade administrativa, a atuação rotineira da Administração Pública de massa não pode se dar por meio de contratos administrativos alternativos, em especial porque, usualmente, a atuação administrativa eficiente exige celeridade e presteza que, usualmente, apenas o ato administrativo pode proporcionar¹⁴⁸³. Entretanto, pela via contratual, a Administração Pública pode entrar em contato mais próximo com o mundo dos acontecimentos e aproveitar, indiscutivelmente, os conhecimentos e as experiências do administrado mais familiarizado com a realidade concreta. Nos dias de hoje, diante da complexidade da realidade mutante, não só o cidadão depende da Administração

1480 Nesse sentido, MAURER, Hartmut. *Elementos...*, cit., p. 133-134.

1481 Cf. PAREJO ALFONSO, Luciano. *El artículo 88...*, cit., p. 29.

1482 Como aponta Carlos Nino Villamar (La finalización..., cit., p. 88), a indevida lentidão na terminação dos procedimentos tem dado lugar a posicionamento do Tribunal Constitucional espanhol no sentido de que tal lentidão afasta, em determinadas ocasiões, o direito à tutela judicial efetiva (reconhecido pela Constituição espanhola). O autor constata que o cidadão, por vezes, sabendo da lentidão da Administração Pública e do Judiciário, utiliza-se desse fato como variável de importância para estabelecer a estratégia a seguir frente a outra parte (seja ela a Administração, seja ela o particular).

1483 Nesse sentido, MAURER, Hartmut. *Elementos...*, cit., p. 137.

Pública, mas também a Administração depende de informação e cooperação do cidadão¹⁴⁸⁴. Como afirma Maurer:

O contrato oferece, sobretudo, em fatos e situações jurídicas complexas e difíceis, a chance de obter, por discussão das possibilidades de solução distintas e de suas alternativas, por compensação dos interesses diferentes, por concessão no quadro do espaço respectivo e por enlace dos pontos de vistas distintos, que se cruzam, uma regulação mutuamente satisfatória, talvez até ótima. A cooperação entre administração e cidadão, que se expressa no contrato administrativo, não é exatamente exigida pelos direitos fundamentais, princípio democrático e princípio do estado de direito, mas vai ao seu encontro e é apoiada por eles. [...] A cooperação entre o Estado e o cidadão e a atuação administrativa consensual são princípios de rendimento indispensáveis da administração no Estado industrial e de massas moderno. Elas encontram, entretanto, também aceitação na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE* 98, 106, 120 ff)¹⁴⁸⁵.

Apesar dos riscos, existe uma tendência mundial de crescimento da utilização dos chamados “mecanismos alternativos de resolução de conflitos”, tais como arbitragem, mediação, conciliação e transação, em especial nos Estados Unidos e na Europa, exatamente em decorrência do sempre crescente número de conflitos submetidos à apreciação judicial, com o conseqüente aumento no prazo de solução dos litígios, bem como por causa do aumento no custo da manutenção da estrutura judiciária¹⁴⁸⁶.

Para a Administração Pública, certamente, a solução contratual desponta como alternativa de eficiência; para os administrados, a transação apresenta-se como mecanismo capaz de evitar processos administrativos ou judiciais ou, mesmo, de encerrá-los. Muitas vezes, os administrados buscam as transações administrativas motivados pelo receio de virem a perder a causa¹⁴⁸⁷ ou mesmo pelo simples temor com a demora de seu curso¹⁴⁸⁸. Por isso, quanto menos efici-

ente for o sistema judiciário, quanto mais burocratizada for a Administração Pública, mais forte é a tendência das partes de tentarem solucionar as controvérsias por transação (ou por outro mecanismo alternativo de resolução de conflitos, como a arbitragem)¹⁴⁸⁹.

Em conclusão, se sérios riscos existem na transação administrativa, severos riscos e prejuízos advêm, muitas vezes, de sua não-realização. A transação administrativa é uma necessidade do Estado Democrático de Direito (eficiente, pluralista, participativo e infra-estrutural) e, com os devidos cuidados, sua possibilidade de celebração deve vir travejada por balizas discricionárias com algum grau de abertura, devendo sua utilização ser restrita a situações excepcionais, quando se puder comprovar que o interesse da coletividade é atendido de forma otimizada através do manejo da via contratual.

1484 Nesse sentido, MAURER, Hartmut. *Elementos...*, cit., p. 134.

1485 Cf. MAURER, Hartmut. *Elementos...*, cit., p. 134.

1486 Nesse sentido, CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação...*, cit., p. 7.

1487 De fato, todo processo judicial envolve um risco de perda, mesmo para aquelas causas em que tudo está a indicar que o êxito é iminente. Como sinaliza Paulo Ricardo de Souza Cruz (*A transação...*, cit., p. 10-11), “sempre haverá as incertezas decorrentes das divergências na interpretação do direito, naturais e inevitáveis, das dificuldades de produção de provas, das possíveis deficiências intelectuais dos julgadores, do acúmulo de serviço que leve os julgadores a não examinar adequadamente o caso ou sobre ele não refletir o suficiente, da possibilidade de acompanhamento deficiente do caso pelos advogados, dentre outras possibilidades”.

1488 Nesse mesmo sentido, CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação...*, cit., p. 11-12. Em suas palavras: “mesmo obtendo uma decisão favorável em um conflito, a parte poderá por

terminar insatisfeita, ante a impossibilidade de executar a decisão”. Nas palavras do autor (p. 11): “E justiça que vem tarde não satisfaz, pois os homens são mortais, as necessidades não esperam, e o tempo é definitivamente relevante. Afinal, como diz célebre frase de Keynes, no longo prazo estaremos todos mortos”.

1489 Nesse sentido, CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação...*, cit., p. 34.