

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

LITON LANES PILAU SOBRINHO

YURI NATHAN DA COSTA LANNES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Liton Lanes Pilau Sobrinho; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-580-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA

Apresentação

Advindos de estudos aprovados para o XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO, realizado entre os dias 13 a 15 de outubro de 2022, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos cujo encontro teve como tema principal “Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina”.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho " DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I " pudemos testemunhar relevante espaço voltado à disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem esta obra, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas ao direito administrativo, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Trabalhos voltados a compreensão e consolidação da gestão administrativa mais democrática, temas de suma importância para estruturação da administração pública que respeite as perspectivas principiológicas, mormente legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, destacando-se os trabalhos que visam refletir o uso da tecnologia, típica da era digital, na efetivação do acesso.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional e internacional. Aproveitamos para desejar aos leitores uma agradável e proveitosa leitura dos trabalhos apresentados em Santiago-Chile.

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - Universidade do Vale do Itajaí/Universidade de Passo Fundo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Faculdade de Direito de Franca/Mackenzie

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA E OS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA

DEMOCRATIC PUBLIC ADMINISTRATION AND SUBSTITUTIVE ADMINISTRATIVE SANCTION AGREEMENTS

Raquel Mousinho de Moura Fé ¹

Resumo

O presente trabalho investiga as feições dos acordos substitutivos de sanção administrativa à luz do princípio democrático. Apresenta-se, inicialmente, a atual concepção de democracia, para concluir que hoje democracia não mais corresponde a um regime político, mas a um tipo de sociedade caracterizada por uma mentalidade específica de participação e concertação de vontades. Na segunda parte, se apresenta o resultado da pesquisa sobre como devem se desenvolver os processos administrativos em contextos democráticos. O argumento é encarrilhado a partir do raciocínio de que a constitucionalização de todos os ramos do direito leva à superação da ideia de unicidade do interesse público e à própria legitimação do poder estatal pelo processo. Por fim, apresenta-se a consensualidade como poder consensuado da Administração Pública e contraponto da unilateralidade dos atos imperativos e seu consequente poder extroverso. Considerando o consenso como instrumento da terceira onda de acesso à justiça, tem-se que qualquer prerrogativa pública pode ser objeto de pactuação. Consta-se que a adoção da via consensual substitutiva pode sanar a existência de uma lacuna negocial a ser preenchida pelas partes e que os acordos substitutivos de sanção têm se revelado instrumento de justiça, mas, muito mais, instrumentos de adequação entre os meios e os fins da Administração. Por meio da “regulação consensual”, se deve aferir o resultado sem perder de vista o racional da atividade administrativa, bem como os fins democratizados do processo administrativo sancionador.

Palavras-chave: Consensualidade, Democracia, Constitucionalização do direito administrativo, Acordos substitutivos, Sanção administrativa

Abstract/Resumen/Résumé

The present work investigates the features of the substitutive administrative sanction agreements based on the democratic principle. Initially, this research report presents the current conception of democracy, to conclude that democracy today no longer corresponds to a political regime, but to a type of society characterized by a specific mentality of participation and concerted will. The second part presents the results of the research on how administrative cases should be developed in democratic contexts. The argument is based on the reasoning that the constitutionalization of all branches of law leads to the overcoming of the idea of the uniqueness of the public interest and to the legitimization of state power

¹ Doutoranda em Direito no UNICEUB. Advogada de empresa pública federal e assessora jurídica.

through the process. Finally, consensus is presented as a power of the Public Administration and a counterpoint to the unilaterality of imperative administrative acts. Considering the consensus as an instrument of the third wave of access to justice, it appears that any public prerogative can be the object of a pact. It is understood that the choice of the consensual route can remedy the existence of a negotiating gap to be filled by the parties. These agreements have proved to be an instrument of justice, but also instruments of adjustment between the means and purposes of the Public Administration. Through “consensual regulation”, the result must be measured without losing sight of the rationale of the administrative activity, as well as the democratized purposes of the sanctioning administrative process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consensus, Democracy, Administrative constitutionalism, Substitute agreements, Administrative sanctions

INTRODUÇÃO

O estudo do processo administrativo à luz da democracia se justifica especialmente pelo fato de a democracia hoje ser reconhecida como um dos vetores do Estado contemporâneo ou, como o professor Carlos Ayres Britto costuma dizer em sala de aula e também mencionou em entrevista de outro dia (2021), “a democracia é princípio-contidente de que tudo o mais é conteúdo”. É dizer, todas as normas constitucionais devem ser lidas a partir do conteúdo significativo desse princípio maior, o da democracia.

A democracia está “diretamente ligada ao nível de valorização do indivíduo na ordem jurídica” (SHIRATO, 2010, p. 36). Paulo Bonavides (2003, p. 571) sustentou que ela é direito fundamental de quarta geração, emergente do contexto de globalização política e universalização dos direitos fundamentais. Fato é que hoje os valores democráticos informam e sustentam todo o ordenamento jurídico, reclamando do Estado assegurar e concretizar a participação popular na coisa coletiva (SILVA, J., 2010, p. 146).

Na Constituição da República de 1988 está assente, logo no seu artigo 1º, parágrafo único, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Neste trabalho, foca-se notadamente na forma como o poder, que indiscutivelmente é do povo, deve ser exercido por ele diretamente nos processos administrativos dos quais possa resultar a edição de ato punitivo.

Nesse sentido, investigou-se, inicialmente, a atual concepção de democracia, ao que se concluiu que hoje a democracia não mais corresponde a um regime político, mas a um tipo de sociedade caracterizada por uma mentalidade específica de participação e concertação de vontades.

Em seguida, aborda-se a questão sobre como devem se desenvolver os processos administrativos em contextos democráticos. O argumento é encarrilhado a partir do raciocínio de que a constitucionalização de todos os ramos do direito leva à superação da ideia de unicidade do interesse público e à própria legitimação do poder estatal pelo processo.

Por fim, compreende-se a consensualidade como o poder consensuado da Administração e contraponto da unilateralidade dos atos imperativos e o seu conseqüente poder extroverso. Arremata-se o estudo refletindo-se sobre os fins democratizados do processo administrativo do tipo sancionador.

1 ATUAL CONCEPÇÃO DE DEMOCRACIA

Na história das ideias, costuma-se classificar os tipos de democracia a partir de um esquema dualista, distinguindo uma “democracia antiga” de uma tal “democracia moderna”. Não se pode dizer, no entanto, que haja constância nem tampouco ruptura total entre as duas. Simone Goyard-Fabre aponta como uma característica comum aos dois tipos de democracia o fato de que ela sempre pretendeu ser o governo do povo pelo povo, avocando para si o amor do povo – a demofilia. Decorrencia disso, poder-se-ia falar na “mesma ambivalência dos longínquos modelos, as mesmas esperanças eternamente alimentadas, as mesmas ilusões e as mesmas vertigens” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 4).

Por outro lado, é possível apontar uma principal distinção entre as duas, atinente à intensidade e à perspectivação de cada uma (GOYARD-FABRE, 2003, p. 1). Para Bobbio (2003, p. 401, 406), são duas as diferenças entre a democracia dos antigos e a democracia dos modernos, uma analítica e uma axiológica. Analiticamente falando, por uma questão de fato, em seu uso descritivo, a democracia dos antigos era inexoravelmente concebida como democracia direta¹, enquanto a dos modernos seria uma democracia representativa – esta, algumas vezes, complementada pela participação popular direta. Axiologicamente considerada, por uma questão de princípio, o modo como avaliamos a democracia, se positiva ou negativamente, dependeria da maneira como a compreendemos (p. 405). Hoje em dia, conotação extremamente positiva; antigamente, já foi considerada como a pior forma de governo, principalmente por conta dos vícios do povo².

Vale registrar que, entre as três formas de governo identificadas, inicialmente por Políbio e depois sistematizadas por Aristóteles, só a democracia nasceu como termo que indica o poder (o *krátos*) de um corpo coletivo³. Decorre disso que, quando aprova ou reprova uma

¹ No tempo dos federalistas, no final do século XVIII, nos Estados Unidos da América do Norte, democracia direta era a “*democracia pura*”, a sociedade integrada por um número reduzido de cidadãos, que se reúnem e administram pessoalmente o governo, oposta à “*república*”, que era a forma de governo que se utiliza de sistema de representação – hoje “*democracia participativa*” (DALLARI, 1986, p. 27).

² Frivolidade, inconseqüência, ignorância, incompetência, insensatez, agressividade, intolerância etc. “*A democracia nasce, segundo o dizer clássico, da violência e não se pode conservá-la a não ser pela violência*”. Para Platão, a democracia era como uma besta enorme (cheia de defeitos e sem nenhuma virtude) na qual era preciso por freio. Democracia seria o governo dos pobres, que não têm nada e, quando alcançam o poder, só produzem desastres (BOBBIO, 2003, p. 406).

³ No pensamento grego, já se falava que o ponto de partida da melhor forma de governo é a igualdade natural e de nascimento. Políbio – para quem o ciclo de regimes se repetirá eternamente, pois nenhuma Constituição seria verdadeiramente boa, já que todas conteriam um verme num fruto, “o germe de sua decomposição” (*apud* GOYARD-FABRE, 2003 p. 35) – procurou tematizar as características específicas da democracia. De forma mais clara que Platão e Aristóteles, destacou a importância nesse regime das exigências de liberdade e igualdade (GOYARD-FABRE, 2003, p. 36). A isso somou-se a ideia cristã de que os homens são irmãos entre si, enquanto filhos de Deus (BOBBIO, 2003, p. 408-409).

proposta, o faz singularmente, como um só corpo (BOBBIO, 2003, p. 407-408). Se considerado a partir da ideia de soberania, isso implica que o próprio povo seja seu legislador e magistrado (ROSANVALLON, 2006, p. 10). Na teoria organicista, diferentemente da teoria utilitarista inglesa, o povo é tido como um conjunto acima das partes⁴.

A propósito, um importante motivo que redundou na alteração da concepção de “democracia”, operada a partir de 1848, na França (ROSANVALLON, 2006, p. 9), resulta do fato de o conceito de “povo” (antes de sentido pejorativo) também ter mudado radicalmente ao longo da história (GOYARD-FABRE, 2003, p. 3). A propósito, “povo” não é só um conceito ambíguo, mas também um conceito enganoso⁵.

Hodiernamente, na definição moderna de democracia para Bobbio, “*o poder em público*”. Todos os mecanismos institucionais que obrigam aos governantes a tomar suas decisões à luz do dia e permitem aos governados ver “como” e “de onde” se tomam as ditas decisões (BOBBIO, 2003, p. 418). Ela representa a antítese de todas as formas autocráticas de poder, não devendo compactuar com o segredo⁶, mesmo considerando que o “ocultar-se pertence à própria essência do poder” (BOBBIO, 2003, p. 419-420).

No entender de Simone Goyard-Fabre (2003, p. 6), o movimento inflacionista que impele a democracia transformou a sua natureza: hoje não mais corresponde a um regime político, mas a um tipo de sociedade caracterizada por uma mentalidade específica⁷.

Segundo essa nova mentalidade, não há como cogitar de democracia sem a participação efetiva do povo no exercício do poder (SCHIRATO, 2010, p. 38). A participação no processo decisório do Estado é elemento essencial – absolutamente não acidental – do regime democrático de direito, não se podendo mais admitir a imposição autoritária e unilateral de decisões que afetem os direitos de particulares.

⁴ Do que surgiram o *Volksgeist*, a totalidade ética de Hegel e a *Volksgemeinschaft*.

⁵ Ao longo da história, muitas vezes se distinguiu entre o “povo verdadeiro” e o “povo falso” (BOBBIO, 2003, p. 411). Na doutrina do direito público moderno, se chama “povo” a um dos elementos constitutivos do Estado, tenham ou não os indivíduos que o compõem o direito *activae civitatis*. (BOBBIO, 2003, p. 409, 411).

⁶ Aquela forma de governo na qual, inclusive as últimas fortalezas do poder invisível, foram expurgadas e o poder já não tem segredos para o homem (BOBBIO, 2003, p. 420).

⁷ A teoria contemporânea da democracia não é uma mera descrição do modo como operam certos sistemas políticos, ela inclui uma série de padrões ou critérios pelos quais um sistema político pode ser considerado “democrático” (PATEMAN, 1992, p. 26).

Este é o rearranjo sem o que a “sala de máquinas da Constituição”, para usar a expressão de Gargarella (2016, p. 39), continuaria privilégio exclusivo de estruturas elitistas, não garantidoras de direitos sociais previstos nas Constituições dos países da América Latina⁸.

Quer dizer, se como já se consignou, no caso do Brasil, o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República de 1988 consagrou que todo o poder emana do povo e que a forma de exercício desse poder, em alguns casos, ocorre que maneira indireta (para a qual se conta com mandatários eleitos), em outros casos, se realiza de forma direta, quando a mera manifestação da vontade geral por representantes não é o bastante para concretizar os direitos afamados pela mesma Constituição.

2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO NOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO, A SUPERAÇÃO DA IDEIA DE UNICIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E A LEGITIMAÇÃO PELO PROCESSO

Remarcado que a democracia, na acepção adotada por este trabalho, abarca o direito de exercer indiretamente e também, particularmente, o de participar diretamente do exercício do poder, passa-se a averiguar como deve ser o proceder da Administração Pública cuja atuação é pautada pelo princípio democrático.

Segundo Odete Medauar (*apud* OLIVEIRA, 2010, p. 168), a participação popular refere-se “à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; ao decréscimo da discricionariedade; à atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; e às práticas contratuais baseadas no consenso, negociação e conciliação de interesses”.

De acordo com García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, três são as justificativas para a participação popular na Administração, quais sejam, a “consciência da necessária aproximação do poder com a sociedade, em substituição à separação antes dominante”, a “exigência de afastar riscos que um governo dominado por burocratas pode gerar para a sociedade” e, por derradeiro, consideram “ser a ideologia participativa um autêntico

⁸ Ao passo que “parecem social e democraticamente comprometidas nas suas seções de direitos, enquanto ao mesmo tempo elas parecem rejeitar esses mesmos ideais sócio-democráticos por meio de sua tradicional organização política vertical”. Por isso, remarca-se, “*o empoderamento de inúmeros direitos adicionais nas Constituições da América Latina é minado pela falha em reorganizar as estruturas de poder*”, afinal o núcleo da maquinaria democrática não foi modificado. Assim, a não implementação de direitos sociais não seria uma contingência de um ou outro governo, mas um problema de desenho institucional da sala de máquinas (GARGARELLA, 2016, p. 39).

contraponto ao desenvolvimento dos sistemas burocráticos, os autores defendem que a Administração participada ou concertada é uma técnica essencial de eficiência” (apud OLIVEIRA, 2010, p. 172).

Gustavo Justino aponta três efeitos positivos da participação popular, o primeiro deles relacionado à “maior publicidade e transparência no que tange à condução dos assuntos que envolvem a coletividade”. O segundo deles em nível informacional e de conhecimento sobre as diretrizes dos órgãos administrativos. No mais, destaca que o emprego de mecanismos participativos “enseja a criação de espaços de efetiva negociação, nos quais as decisões administrativas são tomadas, não somente a partir da perspectiva da ponderação ou da harmonização dos interesses envolvidos, mas também sob a ótica da reciprocidade de concessões” (OLIVEIRA, 2010, p. 171).

De outra banda, registre-se que a Constituição da República de 1988 – o “Direito-Constituição”, nos dizeres de Carlos Ayres Britto (2006, item 1.7.2.1) estabelece princípios que devem reger a atuação de cada um dos Poderes do Estado, não se imiscuindo de tratar do Estado-Administrador. Ou seja, cada um dos dispositivos da Constituição deve ser lido tendo em mira o eixo em torno do qual gravitam. Nos dizeres de Carlos Ayres Britto (2008, p. 159-160), a Constituição possui quatro centralidades, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana o centro da democracia, enquanto a democracia é o centro dos princípios, os princípios, por sua vez, são o centro da Constituição e esta é o centro do ordenamento pátrio⁹.

Nesse contexto, por conta da constitucionalização do direito – o qual, segundo Barroso (2012, p. 32), teve como antecedente o movimento de aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional – todos os ramos jurídicos devem ser interpretados à luz das disposições constitucionais, que são seu fundamento de validade e também, portanto, seu vetor de interpretação.

Como ressalta Barroso (2012, p. 49), a constitucionalização do direito administrativo “levou a, partindo da centralidade da dignidade da pessoa humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterar a qualidade das relações entre a Administração e o administrado e à conseqüente superação ou reformulação de paradigmas tradicionais”, o que repercute de maneira relevante na redefinição do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

⁹ Por isso, o mesmo autor afirma que “democracia é o novo nome do humanismo” (AYRES BRITTO, 2008, p. 159-160).

Como se sabe, este dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado foi delineado originalmente para justificar o desequilíbrio nas relações jurídicas entre a Administração e os administrados, sempre preferindo a primeira (BAPTISTA, 2003, p. 183). Disso decorreria a impossibilidade de a Administração Pública proceder a qualquer juízo de proporcionalidade ou de concordância prática ao decidir, era um “princípio” imponderável e sempre preferível quando em conflito com outros princípios.

O próprio conceito de “interesse público” é colocado em xeque com a constitucionalização do direito, porquanto passa a ser entendido como não estático ou dado *a priori*, mas dinâmico e alcançável *a posteriori* (SCHIRATO, 2011, p. 127), após o processo administrativo conduzido segundo o devido processo legal administrativo. O direito administrativo, como ensinado por Hector Escola, “é o direito do interesse público” (ESCOLA, 1989, p. 36) e este é também aquele que não é contraposto “à perspectiva atomizada dos particulares”, antes é “um elo de mediação de interesses privados dotados de legitimidade” (MARQUES NETO, 2002, p. 149, 151). O “melhor interesse público”, usando expressão de Gustavo Binenbojm, é “o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública” (BINENBOJM, 2005, p. 21).

Mas, enquanto esse princípio da supremacia do interesse público não tem assento constitucional e nem se justifiquem as prerrogativas e a posição de desigualdade jurídica da Administração Pública – afinal já não mais se justificam axiológica nem epistemologicamente –, de outra parte, a Constituição da República de 1988 dá relevo ao princípio-mor da democracia, segundo o qual se pode afirmar que não se deve admitir que as decisões administrativas sejam do tipo não participadas, não dialogadas, não concertadas. Aliás, muito mais depois da alteração da LINDB, operada pela Lei n. 13.655, de 2018, a participação popular é reconhecida concomitantemente como (i) direito fundamental; (ii) técnica de eficiência administrativa e (iii) política pública (OLIVEIRA, 2019, p. 457), uma “técnica retificadora do distanciamento da organização administrativa em relação ao cidadão e à realidade” (MEDAUAR, 1986, p. 38).

Assim, enquanto a participação – quer a título de defesa de direitos individuais (participação *uti singulus*), quer na defesa de interesses difusos e coletivos (participação *uti cives*) – é alçada a elemento essencial do processo administrativo democrático, este é o meio, o *locus* próprio em que é ambientado o diálogo e a concertação, para que fique à vista de todos e leve em conta todos os interesses subjacentes, a partir da manifestação de todos os interessados, aos quais é assegurado o efetivo contraditório, princípio constitucional de todo e qualquer

processo estatal. É que, na moderna processualística, o processo não é um fim em si mesmo, antes procedimento funcional com vistas a pacificar conflitos (SUAID, 2020, p. 307).

A isso adite-se que o processo administrativo do tipo participativo oferece legitimação racional ao poder exercido por aparato burocrático e impessoal, passando a legitimidade da ordem democrática – “submissão do poder estatal à percepção das necessidades e dos interesses do grupo nacional que lhe dá existência” (MOREIRA NETO, 2007, p. 163) – a ser medida pelo grau de participação dos cidadãos (“consensus”) na atuação estatal. Dessa feita, a legitimidade da Administração Pública apresenta duplo caráter, um político-formal (só é legítima a ação desempenhada ao amparo da lei elaborada em processo democrático) e um substancial-procedimental (só é legítima a ação estatal realizada de acordo com procedimentos previamente estabelecidos, cujo resultado final apresenta conteúdo condizente com a situação fática sobre a qual versa a decisão) (SCHIRATO, 2010, p. 42).

Consoante Odete Medauar (2008, p. 70), “o poder é, por si próprio, autoritário” e para a atuação estatal não redundar em imperatividade e autoritarismo, “deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade, no processo pré-constituído”. No bojo desse processo administrativo, legitimamente se opera a ponderação e sopesamento dos interesses envolvidos, além do que se referenda o exercício da competência legalmente atribuída no caso concreto e o uso do poder estatal estribado no consenso e não na força.

Muito embora não haja menção expressa na Constituição da República de 1988 aos princípios gerais da participação e da imparcialidade¹⁰, são constitucionais a garantia do contraditório (art. 5º, LV), o princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*), a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e o Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*). Logo, tem-se que o processo administrativo, para além de ser mandamento constitucional, é o caminho para a transformação da função administrativa em ato administrativo (BENVENUTI, 1952, p. 132) e um meio de legitimação da ação do Estado.

A mudança de paradigma que supera a perspectiva unidimensional Estado-súdito, aderindo a uma perspectiva bidimensional Estado-cidadão (SILVA, V., 2003, p. 149-297) repercute na forma de atuar da Administração Pública, ao passo que impõe uma postura proativa para efetivar direitos fundamentais, quer individuais quer coletivos (OLIVEIRA, 2010, p. 164). Nos dizeres de Luís Cabral de Moncada (2014, p. 519), “a relação jurídica constitucional não é apenas uma relação entre os cidadãos e a Constituição. É uma relação entre os cidadãos e a lei

¹⁰ Diferentemente das constituições italiana, portuguesa e espanhola.

e os direitos, de acordo com a Constituição”. Assim, com a ressustancialização do regime jurídico administrativo, tem-se a substituição do paradigma da autoridade por um novo paradigma, o da paridade (VALLE, 2020, p. 73, 83).

3 CONSENSUALIDADE E ACORDOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA

Até antes da Constituição da República de 1988, era impensável a possibilidade de acordo entre a Administração e o administrado, especialmente em matéria de direito sancionador¹¹. Isso porque “tradicionalmente, o direito administrativo sempre desconfiou dos interesses privados” (BAPTISTA, 2003, p. 262). Hoje já se entende que o interesse público não é mais repelente do interesse privado (BAPTISTA, 2003, p. 264) e, por meio da consensualidade, que é incremento da participação administrativa, superam-se os conflitos de interesse se utilizando da negociação.

Com efeito, a favor do consenso – hoje considerado instrumento da terceira onda de acesso à justiça, haja vista viabilizar a desburocratização da resolução de litígios, conferindo-lhes celeridade e efetividade (CAPPELLETTI, 1988, p. 8) –, tem-se que o interesse público é realizado com mais eficiência (agilidade e adaptabilidade) se harmonizado com os interesses privados. Na hipótese, há um incremento da transparência das atividades administrativas (instrumento moralizador e de imparcialidade da Administração Pública), maior lastro à autoridade que nele busca seu fundamento (novamente se enaltecendo o elemento de legitimação da atuação da Administração), bem como maior estabilidade nas relações administrativas (com representa maior segurança jurídica das partes envolvidas) (BAPTISTA, 2003, p. 266-268).

Qualquer prerrogativa pública pode ser objeto de pactuação, se não com base em permissivo legal específico, com base no artigo 26 acrescido à Lei de Introdução das Normas do Direito brasileiro – LINDB pela Lei n. 13.655, de 2018, que é norma de sobredireito –

¹¹ Para a professora Maria João Estorninho, no que a Administração abandonou o modelo de ato administrativo unilateral impositivo, empreendeu “fuga para o direito privado”, ao passo que aderiu a formas de organização e de meios de ação jurídico-privados (ESTORNINHO, 1999, p. 67).

“metanorma”, *lex legum* (“lei sobre lei”)¹² – e que consolida regime jurídico geral de negociação entre autoridades públicas e particulares (VIANA, 2019, p. 339)¹³. Quer dizer:

(...) a prerrogativa sancionatória, fiscalizatória, adjudicatória etc. **Não há objeto interdito no compromisso. A LINDB sepultou qualquer ordem de discussão sobre a tal ‘indisponibilidade do interesse público’ (...). Isso porque o âmbito de aplicação do compromisso da LINDB é delimitado pela funcionalidade do instrumento, qual seja, ‘para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito’**”. (GUERRA e PALMA, 2018, p. 150. Grifos nossos)

Aliás, em se tratando de processos administrativos do tipo sancionadores, muito mais razão há para recorrer à consensualidade, diferentemente do que pode se supor, afinal esses processos carregam consigo um grau de conflituosidade elevadíssimo e a decisão que vá ser prolatada em cada caso deve ser completamente isenta de arbítrio, com vistas a maximizar o interesse público.

A utilização da consensualidade – face diametralmente oposta à unilateralidade da Administração (MARRARA, 2014, p. 42) – apoia-se na teoria discursiva do direito habermasiana, em que:

(...) a validade das integrações sociais está **condicionada ao procedimento racional e imparcial de elaboração normativa cujo criador e destinatário se confundem**. Assim, se para a formação da norma coercitiva institucional é necessário o consenso eleitoral na formação das casas representativas, em momento posterior, é razoável admitir que, não sendo a norma suficiente a regular todas as circunstâncias fáticas do convívio social, **a incompletude legislativa deve ser resolvida por meio de atos consensuais**” (REZENDE apud GUERRA e PALMA, 2018, p. 142. Grifos nossos).

Os acordos administrativos se revelam como “efetiva via decisória do Poder Público” (GUERRA e PALMA, 2018, p. 138), instrumentos fruto de “poder consensado” (não extroverso), para a realização de justiça distributiva (não retributiva). Consoante explanação de Diogo Moreira Neto, os acordos substitutivos são “termos firmados pela Administração Pública, diretamente e mediante provocação do interessado, quando uma composição ou ajuste

¹² “Uma norma que prescreve como e com que conteúdo outras normas serão produzidas” (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 203). “(...) uma lei fundacional contendo as ferramentas primárias do trabalho jurídico. Não uma lei dos conteúdos principais do ordenamento, pois o lugar deles já está reservado: é a Constituição. Mas sim uma lei definidora dos grandes modos de funcionamento do direito, de operação das normas gerais ou individuais de que ele se compõe” (SUNDFELD, 2019, p. 33).

¹³ Segundo o raciocínio esboçado por Floriano Marques Neto ainda em 2011 (p. 109-110), a norma ora positivada na LINDB se revela como mais um reflexo da perda de centralidade do ato administrativo como motor de atuação da Administração Pública.

for mais vantajoso ao interesse público do que as consequências decorrentes de um ato administrativo proferido em um processo administrativo” (MOREIRA NETO, 2002, p. 144).

Quanto à efetividade e eficiência dos acordos administrativos substitutivos de sanção, especificamente, assevera Onofre Alves Batista Júnior (2007, p. 509) que:

Na moderna sociedade pluralista, a satisfação dos interesses públicos não exclui, necessariamente, o atendimento de interesses privados, portanto, sob essa ótica mais moderna, enfraquece-se a ideia 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 consensuais. (Grifos nossos)

Para García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, rememore-se, a sanção administrativa consistiria num “mal infligido pela Administração a um administrado como consequência de uma conduta ilegal”, do qual decorreria a “privação de um bem ou de um direito, imposição da obrigação de pagamento de uma multa” (ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 2014, p. 187). Ela foi prevista como resposta protetiva a um bem jurídico. Expecta-se do administrador público, no entanto, que, detectada uma conduta ilegal, ele não sancione o administrado antes de realizar a ponderação de interesses no bojo de processo administrativo (WILLEMANN, 2014, p. 163).

A adoção da via consensual substitutiva pode sanar a existência de uma lacuna negocial a ser preenchida pelas partes, Administração Pública e particular, assumindo que o público e o privado são duas dimensões fundamentais da democracia (FIORAVANTI, Maurizio, 2013, p. 22). A propósito, tem-se que “o Direito Administrativo que justifica os acordos não é nem público nem privado” (VALLE, 2020, p. 78), ele é constitucional, escorase no “princípio-contidente da democracia”, voltando a utilizar a expressão de Carlos Ayres Britto (2021).

Por outro lado, a via consensual não é remédio para todas as fragilidades da Administração, devendo ser usado desde que útil para instrumentalizar ganhos em nível de interesse público. Conseqüentemente, quando, após juízo ponderativo, governado pelo dever de proporcionalidade (BINENBOJM, 2005, p. 20), a consensualidade não maximizar o benefício geral advindo de possível acordo substitutivo de sanção administrativa em relação à restrição do direito do particular, deve ser preterida no caso concreto.

Dito de outra forma, temos que os fins do processo sancionatório não devem ser perdidos de mira: diante das circunstâncias do caso concreto, ambas as partes – considerando

que o interesse público não é de titularidade exclusiva da Administração Pública (SIQUEIRA, 2016, p. 6) –, mas principalmente a Administração deve ponderá-las para aferir da vantagem de se manter uma decisão punitiva. Esta pode ser a via preferida pelo administrador desde que não apenas satisfazer o critério de justiça, mas também se revelar o meio adequado (proporcional) como solucionar uma situação de conflituosidade.

Por meio da “regulação consensual”, regulação responsiva privilegiadora da desburocratização e da eficiência, se deve aferir o resultado sem perder de vista o racional da atividade administrativa (SADDY e GRECO, 2015, p. 202). Dessa feita, ora se vai preferir a via consensual e ora a via sancionatória, a depender de qual delas, considerando a situação fática, melhor realiza o interesse público.

CONCLUSÃO

Conquanto não seja unívoco o significado do termo “democracia”, na sua atual concepção, remanesce o entendimento de que se trata de poder exercido com a participação de um coletivo de cidadãos. O poder exercido em público oportuniza aos governados ver “como” e “de onde” se tomam as decisões estatais. Traduzível hoje mais como uma mentalidade política do que como um poder político, a democracia traduz a participação no processo decisório do Estado como indispensável, sob pena de desfiguração do princípio democrático.

A centralidade da democracia – ela é o centro dos princípios, que, por sua vez, são o centro da Constituição e esta é o centro do ordenamento jurídico – e a constitucionalização do direito administrativo remarcam que a atuação do Estado-Administrador deve privilegiar a participação dos administrados como interessados em processos administrativos aos quais se assegure o pleno contraditório.

O interesse público não é mais repelente do interesse privado (BAPTISTA, 2003, p. 264) e, por meio da consensualidade, que é incremento da participação administrativa, superam-se os conflitos de interesse se utilizando da negociação. O interesse público é realizado com mais eficiência quando é harmonizado com os interesses privados, além do que se constata um incremento à transparência pública e à estabilidade das relações.

Assim, desmitificado o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o processo administrativo democrático passa a ser o meio, o *locus* próprio em que é ambientado o diálogo e a concertação de interesses.

Qualquer prerrogativa pública pode ser objeto de pactuação, se não com base em permissivo legal específico, com base no artigo 26 da Lei de Introdução das Normas do Direito brasileiro – LINDB, alterada pela Lei n. 13.655, de 2018, que é norma de sobredireito. Em se tratando de processos de cunho sancionatório, ainda mais razão para “optar” pela consensualidade, haja vista o grau elevado de conflituosidade envolvidos.

Os acordos substitutivos de sanção administrativa são espécie do gênero consensualidade administrativa, característica oposta à unilateralidade dos atos imperativos autoritários, que marca a tradição administrativista no Brasil. Eles se prestam a satisfazer a justiça distributiva (e não retributiva).

A sanção administrativa foi prevista como resposta protetiva a um bem jurídico. Assim, os acordos substitutivos de sanção administrativa, como meio de regulação consensual, para preencher lacuna negocial, devem ser entabulados sem perder de vista o resultado adequado para cada caso. Pode-se afirmar que os fins do processo administrativo sancionador são democratizados, ao passo que terá sido impedida a edição de atos só imperativos no contexto administrativo infracional (OLIVEIRA, 2005, p. 569).

REFERÊNCIAS

AYRES BRITTO, Carlos. O conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana em tema de direitos fundamentais e o avanço da Constituição de 1988. **Anais da VI Conferência dos Advogados do DF**, 2008, p. 159-160.

_____. ‘Só se passa o Brasil a limpo observando a Constituição’. **Correio Braziliense**, Brasília. 16.ago.2021. Disponível em: <https://blogs.correio braziliense.com.br/cbpoder/ayres-brito-so-se-passa-o-brasil-a-limpo-observando-a-constituicao/>. Acesso em: 23.set.2021.

_____. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.

BATISTA JÚNIOR. Onofre Alves. **Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BENVENUTI, Feliciano. **Funzione Amministrativa, procedimento, processo**. Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico, t. I, p. 118-144, jan/mar 1952.

BINENBOJM, Gustavo. A supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, jan/mar 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoría General de la Política**. Madrid: Trotta, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estado Federal**. São Paulo: Ática, 1986.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Revisão técnica Carlos Ari Sundfeld. Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: RT, 2014.

ESCOLA, Hector Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FIORAVANTI, Maurizio. Público e privado: os princípios fundamentais da Constituição Democrática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 58, p. 7-24, 2013.

GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição. *In: Universitas JUS*, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUERRA, Sérgio e PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**. Edição especial: Direito público na Lei de Introdução às Normas de Direito brasileiro – LINDB, nov. 2018, p. 135-169.

MARQUES NETO, Floriano. A superação do ato administrativo autista. *In: SCHIRATO, Vitor Rhein; MEDAUAR, Odete (coord.) Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 89-113.

_____. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARRARA, Thiago. **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Administração pública ainda sem democracia. **Problemas brasileiros**, São Paulo, a. 23, n. 256, mar./abr. 1986, p. 37-53.

MONCADA, Luís Cabral de. **Autoridade e consenso na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista De Direito Administrativo**, 2003, n. 231, p. 129-156.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Comentários ao art. 29 da LINDB. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da *et all* (coord). **Lei de introdução às normas do direito brasileiro – anotada**: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 453-461.

_____. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 159-187.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

ROSANVALLON, Pierre. La historia de la palabra “democracia” en la época moderna. *In*: **Estudios políticos**, n. 28, Medellín, enero-junio/2006, p. 9-28.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de ajustamento de conduta em procedimentos sancionatórios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52, abr-jun/2015, n. 206, p. 165-203.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As partes do processo administrativo: os papéis da Administração Pública na Lei Federal de Processos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p.115-135, out/dez 2011.

_____. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da democracia. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 9-48.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SIQUEIRA, Mariana de. **Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SUAID, Ricardo Adelino *et all*. A aplicação dos métodos autocompositivos no âmbito da improbidade administrativa. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 306-339, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Lei de Introdução às normas do direito brasileiro e sua renovação. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da *et all* (coord). **Lei de introdução às normas do direito brasileiro – anotada**: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 33-39.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. O acordo administrativo entre o direito público e o direito privado: emergência de uma racionalidade jurídico-normativa público-privada? *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). **Acordos administrativos no Brasil**: teoria e prática. São Paulo, Almedina, 2020, p. 63-90.

VIANA, Camila Rocha Cunha. O artigo 26 da LINDB e a consolidação do direito administrativo consensual. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da *et all* (coord). **Lei de introdução às normas do direito brasileiro – anotada**: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 339-344.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Termo de Ajustamento nas concessões: conversibilidade das sanções administrativas pecuniárias em investimentos. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral**, Rio de Janeiro, v. 68, p. 810-823, 2014.