

**CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA: INOVAÇÕES  
LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS NO ÂMBITO DA  
CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

***ADMINISTRATIVE CONSENSUS: LEGAL AND  
JURISPRUDENTIAL INNOVATIONS IN THE SCOPE OF  
PUBLIC CONTRACTS***

*Fernando Henrique Franco de Aquino*

Pós-Graduando em Direito Público pela LFG/Anhanguera  
Especialista em Direito Contratual pela UFPE  
Bacharel em Direito pela UFPE. Advogado

**RESUMO:** Com o presente trabalho, faz-se um estudo acerca das inovações legislativas e jurisprudenciais que definem novos paradigmas quanto ao uso da consensualidade no âmbito da administração pública, bem como de sua repercussão na execução dos contratos, sobretudo nos de prestação de serviços. Para isso, tem-se como pressuposto a necessidade do consenso na atividade contratual da administração, a fim de permitir o melhor atendimento do interesse público. Em seguida, analisam-se algumas novidades legais acerca da temática proposta, assim como inovações jurisprudenciais, nas quais é notória a primazia de uma atividade consensual por parte da administração em oposição a uma atuação autoritária e unilateral.

**PALAVRAS-CHAVE:** consensualidade; contratos administrativos; administração pública; eficiência; interesse público.

**ABSTRACT:** *With this paper, a study is made of legislative and jurisprudential innovations that define new paradigms regarding the use of consensuality within the scope of public administration, as well as its repercussion in the execution of contracts, especially those of service rendering. For this, it is assumed as a presupposition the need of consensus in the contractual activity of the administration, in order to allow the best service of the public interest. Next, some legal innovations about the proposed theme are analyzed, as well as jurisprudential innovations, in which the primacy of a consensual activity on the part of the administration as opposed to an authoritarian and unilateral*

*action is notorious.*

**KEYWORDS:** *consensuality; administrative contracts; public administration; efficiency; public interest.*

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No intuito de melhor atender o interesse público, a administração vem demonstrando nas últimas décadas a necessidade de se adotar uma atuação mais voltada para o acordo de vontades, com prestígio à atividade consensual em sua sistemática operacional. Seja para garantir o adimplemento satisfatório das avenças celebradas em contratos de concessão com parceiros privados — em prol da continuidade dos serviços públicos —, seja para solução de litígios ou para a adoção de práticas gerenciais mais flexíveis.

Nesse sentido, como fruto da reforma administrativa (a exemplo da Emenda Constitucional n. 19/1998, que inseriu no rol do artigo 37, caput, da Constituição Federal o princípio da eficiência), houve uma verdadeira reestruturação do padrão de eficiência governamental (que também pode ser observado nos diversos limites aos gastos públicos estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal, que entrou em vigor em 04 de maio de 2000). Tais medidas visaram não apenas tornar a administração pública mais transparente, mas também torná-la mais capaz de suprir as necessidades dos administrados. Para tal, foi necessário o início de um processo desburocratizante da máquina estatal, flexibilizando a atuação dos administradores, sobretudo no âmbito contratual, pois uma atuação engessada pode repercutir de forma negativa nas prestações dos serviços.

Ante a complexidade das relações jurídicas dos contratos de prestação de serviços públicos, em que há uma simultaneidade de contratos celebrados, envolvendo não apenas a Administração Pública como contratante e o parceiro privado como contratado, mas também o usuário dos serviços públicos — a falta de flexibilidade na gestão dessa situação jurídica complexa terminaria por apenar o maior interessado, que é o cidadão, principal destinatário dos serviços prestados e titular do interesse público primário. A ausência de uma ampla negociação e de uma maior abertura para o diálogo com o parceiro privado repercutiria na dificuldade de o poder público obter o cumprimento voluntário e rápido das obrigações pactuadas nos contratos administrativos, o que contribuiria para a inefetividade das políticas públicas implementadas.

Nesse contexto, em virtude da importância de uma atuação mais calcada no consenso por parte da administração, o presente trabalho tem por pretensão demonstrar ser essa mais que uma mera tendência na atuação pública,

e sim um novo padrão a ser seguido — com base, é claro, nos princípios que regem a atuação pública, como moralidade, legalidade e impessoalidade. Para isso, serão objetos de estudo, também, algumas inovações jurisprudenciais no direito brasileiro, favoráveis à atividade consensual no âmbito da contratação pública.

## 2. A ATIVIDADE CONSENSUAL NA ESFERA ADMINISTRATIVA

*A priori*, ressalta-se ser a consensualidade administrativa um gênero<sup>1</sup> que engloba diversas formas de atuação do *modus operandi* do Estado<sup>2</sup>. Para os fins deste trabalho, além da análise da consensualidade (gênero), se observará também o seu reflexo na contratação **pública (espécie)**, com destaque às inovações legais e jurisprudenciais recentes acerca da matéria, conforme será estudado em momento oportuno deste trabalho.

A consensualidade administrativa, como gênero, engloba toda a forma de gestão utilizada pelo Estado a fim de proporcionar ganhos em eficiência por meio de uma maior abertura ao diálogo e medidas desburocratizantes nas relações jurídicas estabelecidas com os parceiros privados e demais administrados. Nas palavras de Cristiana Fortini<sup>3</sup>, “*vivemos a era do Direito Administrativo Consensual, cujo enfoque escapa do ato administrativo para concentrar-se nos ajustes com o setor privado que, pela contribuição que proporcionam à coletividade, encaixam-se no conceito de setor público não estatal*”.

Trata-se, em verdade, de um reflexo do processo de modernização da administração pública. Uma vez que, como fruto de reforma administrativa (a

---

1 Sobre a temática, vide em GAROFANO, Rafael Roque. **Contratualidade Administrativa**: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

2 Faz-se essa ressalva em virtude de a contratualidade (espécie) ser entendida como fenômeno da consensualidade administrativa (gênero). A contratualidade administrativa da forma como abordada neste trabalho, ou seja, baseada em uma relação de maior parceria e consensualidade entre os contratantes, é tida como elemento característico do processo de renovação do direito administrativo que se opera desde a Constituição de 1988 e do Plano Diretor de Reforma do Estado. De acordo com Thiago Marrara, a gestão consensual é mais ampla que a gestão contratual, de modo que “*o destaque ao fenômeno da contratualização se justifica na atual fase de transformação do direito administrativo pelo fato que, desde meados da década de 1990, assiste-se a uma multiplicação de módulos convencionais no exercício das atividades administrativas. O movimento atinge não apenas a gestão de serviços públicos e atividades econômicas, mas, principalmente, a de serviços administrativos (acordos entre entidades públicas) e o exercício da atividade de política e de regulação (e.g., por acordos entre entes reguladores e regulados). Isso significa que a teoria contratual se tornou mais complexa*”. MARRARA, Thiago. As Cláusulas Exorbitantes Diante da Contratualização Administrativa. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/07/18/as-clausulas-exorbitantes-diante-da-contratualizacao-administrativa/>>. Último acesso em: 28.03.2019.

3 FORTINI, Cristina. **Contratos Administrativos**: franquias, concessão, permissão e ppp. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.04.

exemplo da Emenda Constitucional n. 19/1998, que inseriu no rol do artigo 37, caput, da Constituição Federal o princípio da eficiência), houve uma verdadeira reestruturação do padrão de eficiência governamental (que também pode ser observado nos diversos limites aos gastos públicos estabelecidos na Lei de Responsabilidade fiscal, que entrou em vigor em 04 de maio de 2000 e na maior transparência da gestão, decorrente da promulgação da Lei de Acesso à Informação, publicada em novembro de 2011).

Assim, almejando-se melhor atender ao interesse público, como reflexo das modificações supramencionadas, fez-se necessária a implementação de um processo desburocratizante da máquina estatal, flexibilizando a atuação dos administradores, sobretudo no âmbito contratual, pois uma atuação engessada acaba por repercutir de forma negativa nas prestações dos serviços — o que se traduz em perdas em eficiência, sendo contrário a toda a nova sistemática de gestão implementada no Brasil.

Já a consensualidade em seu aspecto contratual — ou seja, como espécie — está intimamente relacionada com uma atuação mais flexível e menos impositiva no âmbito interno dos contratos administrativos celebrados. Para um melhor entendimento, destaca-se, no plano da contratação pública para prestação de serviços à população, os contratos de concessão<sup>4</sup> para execução dos serviços por parceiros privados.

Em tais contratos, tradicionalmente se prevê uma série de prerrogativas públicas — a exemplo das cláusulas necessárias, previstas no artigo 55 da Lei nº 8.666/93 e das exorbitantes, das quais muitas estão previstas no artigo 58 da Lei nº 8.666/93. Tais prerrogativas, para além de garantirem a boa prestação dos serviços, por vezes, terminam gerando um engessamento da execução das avenças celebradas, com repercussão no cumprimento defeituoso das obrigações, seja por parte da administração pública<sup>5</sup>, seja por parte do parceiro privado<sup>6</sup>. Isso porque o contrato administrativo, devido às suas características,

4 Semânticamente, entende José dos Santos Carvalho Filho por concessão: “*O sentido de concessão leva à ideia de que alguém, sendo titular de alguma coisa, transfere a outrem algumas das faculdades a esta reveladas. Com a necessária adequação, está aí o sentido de concessão no direito público, em que figura como titular dos bens o próprio Estado, e como destinatário das faculdades o particular. Quando esses interessados pactuam a transferência dessas faculdades, configura-se o contrato de concessão, ajuste também catalogado como contrato administrativo*”. CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 186.

5 Por cumprimento defeituoso por parte da administração, elenca-se, de forma exemplificativa, casos de atrasos de pagamentos por parte da entidade contratante que ultrapassar o prazo de 90 dias do artigo 78, XV da Lei de Licitações: REsp 910.802/RJ, Relator: Eliana Calmon, Segunda Turma, Dje 06.08.2008; TRF-4 AC 1999.04.01.034581, Relator: Sílvia Maria Gonçalves Goraieb, Dje 14.11.2001, p. 1201; TJ-PE - APL: 3111628 PE, Relator: Eurico de Barros Correia Filho, Quarta Câmara Cível, Dje: 22.02.2016; TJ-RN - AC: 20120099303, Relator: Des. João Rebouças, Segunda Câmara Cível, Dje: 26.02.2013; dentre outros.

6 Por cumprimento defeituoso por parte do contratado privado, elenca-se, de forma meramente exemplificativa, os casos de atraso na execução de obras por parte do contratado privado: AgRg no AREsp: 638166 DF 2014/0334847-6, Relator: Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe: 05/08/2015; RMS: 44510

amolda-se às peculiaridades dos contratos de adesão<sup>7</sup>, uma vez que o contrato adere às condições gerais estabelecidas pela Administração Pública, as quais, em sua maioria, constam da própria letra da lei<sup>8</sup>.

Nesse sentido, resta apenas uma estreita margem negocial nos contratos administrativos, o que termina por contribuir para inúmeras falhas na execução dos contratos. Tal fato fez surgir a necessidade de se repensar determinados aspectos da teoria dos contratos administrativos<sup>9</sup>, de forma a torná-los mais sistemáticos e pautados em uma atividade consensual — típica dos contratos em geral, tendo em vista que esses representam um acordo de vontades de forma ampla e desimpedida. Dessa forma, ante a ausência de uma maior margem para negociação e maior abertura para o diálogo com o parceiro privado, termina-se por criar dificuldades para a execução do contrato, ainda que os contratantes estejam atuando em conformidade com a boa-fé e respeitando os princípios que regem a administração pública.

Assim, a dificuldade operacional dos contratos administrativos termina por contribuir para a inefetividade das políticas públicas implementadas, fato que não exclui, é claro, a responsabilização por eventuais condutas danosas

---

GO 2013/0406338-3, Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe: 16/03/2015; AgInt no AREsp: 413057 SP 2013/0340734-5, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe: 09/10/2017; dentre outros.

7 No que atine à estreita margem negocial dos contratos de adesão, aponta-se: *“o contrato de adesão não contém apenas condições gerais. Pode conter cláusulas negociadas ponto a ponto e outras partes que componham a declaração comum dos contratantes. As partes preenchidas em contrato impresso e padronizado são particulares, em princípio, e preferem às condições gerais, para fins de interpretação. No contrato de adesão há um espaço, por menor que seja, insuscetível à predisposição, ficando sob regime comum dos contratos e do negócio jurídico. Os elementos de existência, os requisitos de validade, os fatores de eficácia do contrato de adesão são os mesmos do negócio jurídico. Por conseguinte, fica um espaço mais ou menos estreito, no qual cabem tratativas entre os contratantes, se bem que frequentemente se destine somente à determinação de dados pessoais, identificação do objeto, preço e situações particulares”*. LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129.

8 O enquadramento dos contratos administrativos como contrato de adesão é de entendimento corrente nos mais diversos Tribunais brasileiros em inúmeras decisões judiciais. O termo “contrato de adesão” é, inclusive, empregado como sinônimo de contrato administrativo em vários julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Meramente para fins de exemplificação, colacionados os seguintes julgados: RMS: 24286 DF, Relatora: Min. Cármen Lúcia, DJe 18.02.2014, Segunda Turma; REsp 1062672-RS, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 14.09.2010, Segunda Turma; EREsp 1262160-SC, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 22.10.2018; dentre inúmeros outros.

9 Dentre os administrativistas e estudiosos do Direito que defendem a necessidade de surgimento de um modelo contratual sistemático no âmbito da contratação pública, ressalta-se, em rol meramente exemplificativo: GAROFANO, Rafael Roque. **Contratualidade Administrativa: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3.ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005; BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para cééticos**. 2. ed., rev. e ampl., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, dentre outros.

devidamente comprovadas por parte do parceiro privado na execução dos serviços, a exemplo dos atrasos injustificados na execução de obras, na suspensão indevida de serviços públicos essenciais como o fornecimento de água e energia elétrica, etc.

Nesse contexto, é preciso que ocorra a ampliação da capacidade contratual da Administração — no sentido de proporcionar uma maior abertura para o diálogo e para a autonomia na atuação do gestor público, probo e qualificado, na gestão contratual — por meio da flexibilização das prerrogativas públicas implícitas nos contratos administrativos. Essa nova orientação, conforme Rafael Roque Garofano<sup>10</sup>, teria uma dupla finalidade: a primeira, de *privilegiar o consenso em detrimento da imposição unilateral de condições contratuais com base em permissivos legais genéricos e generalizantes* e a segunda, de *reconhecer o caráter instrumental das prerrogativas da ação unilateral nos contratos em função do objeto e do interesse público em causa*.

Logo, com a implementação desse processo desburocratizante, caminhar-se-á para uma atuação mais consensual, a partir da reestruturação do alicerce da burocracia estatal, uma vez que os administrados (incluindo, aqui, os contratados pela administração) são vistos como coparticipantes da atuação administrativa, sem, contudo, abandonar-se o regime jurídico público.

## **2.1. A Ampliação da Acepção de Interesse Público e a Efetividade dos Contratos Administrativos**

Como se sabe, a atuação da administração pública deve sempre ser calcada nos princípios que a orientam, como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, explícitos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988; bem como nos princípios conformadores do regime jurídico administrativo, que sejam o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Conforme destacado no tópico anterior, no que diz respeito aos contratos administrativos, verifica-se um natural desequilíbrio nos polos contratuais em decorrência de uma suposta supremacia do interesse público sobre o particular, sendo este o embasamento teórico para a existência das cláusulas exorbitantes, tradicionalmente previstas para essa modalidade contratual<sup>11</sup>.

10 Cf. GAROFANO, Rafael Roque. **Contratualidade Administrativa**: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp. 297-298.

11 Dentre as quais destacam-se as prerrogativas da administração previstas no artigo 55 da Lei nº 8.666/93, que permitem ao ente contratante a modificação unilateral dos contratos, bem como sua rescisão; a fiscalização da execução; a aplicação de sanções por inexecução do ajuste; e a possibilidade de ocupar provisó-

No entanto, questiona-se: qual o limite do que vem a ser caracterizado como interesse público? Tal questionamento, embora aparentemente simples, é objeto de intensas discussões por parte dos teóricos do direito administrativo na atualidade<sup>12</sup>. Dentre os defensores da ampliação da acepção de interesse público, Gustavo Binbenbojm<sup>13</sup> faz interessante observação ao tratar do tema:

(...) a realização de interesses particulares quando em confronto com interesses **públicos não constitui desvio de finalidade para a Administração, pois aqueles são também fins públicos (...)** **O que se verifica é que a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público.**

Ou seja, o que se está a afirmar, conforme leciona Gustavo Binbenbojm<sup>14</sup> é que “*o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros*”.

Portanto, não parece razoável uma interpretação apriorística de um possível interesse público a ser prevalente sobre um privado sem a ponderação no caso concreto — ponto importante para o aumento da consensualidade nos contratos administrativos, visto que a harmonização de direito não se coaduna com a imposição de regras absolutas. Até porque, o próprio princípio da isonomia, consagrado no artigo 5º, caput da CRFB/88, limita o estabelecimento de normas, que *a priori*, privilegie um polo específico em uma relação contratual, ainda que se trate de contrato celebrado com o poder público. Porém, nada impede, por óbvio, que, em um caso concreto, o interesse

---

riamente os bens do contratado.

12 Desde o trabalho pioneiro sobre o princípio da supremacia do interesse público de Humberto Bergmann Ávila, demonstrou-se o vazio conceitual de tal princípio, fundamentado em um conceito jurídico indeterminado. Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, in **O Direito em Tempos de Crise** – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel, 1999, pp. 99-127. Por outro lado, há os defensores de tal supremacia como argumento fundamentador das prerrogativas públicas, mormente em questões contratuais, dentre os quais pode-se destacar Maria Sylvania Di Pietro em: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, p. 92, 2010.

13 BINENBOJIM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 142.

14 Idem. Ibidem, p. 149.

público venha a ser, de fato, prevalente a possíveis interesses particulares; o que não parece ser razoável é a prevalência absoluta do público sobre o privado ou do coletivo sobre o individual, uma vez que a Constituição abarca todos esses direitos de forma igualitária.

Seguindo essa linha de raciocínio, a ampliação da concepção do quem vem a ser interesse público a ser salvaguardado no caso em concreto, termina por contribuir para a efetividade dos contratos administrativos celebrados. Isso porque, mediante uma melhor composição de interesses na execução dos contratos públicos, pode-se reduzir o cumprimento defeituoso das avenças celebradas. A ausência de uma consensualidade ampliada em tais contratos, representando pelo regime de exorbitância, limita a visão da obrigação como processo<sup>15</sup>, ou seja, da obrigação como uma ferramenta útil que garante, ao fim, o adimplemento mediante uma atividade satisfativa.

As leis mais recentes acerca da contratação pública parecem estar seguindo essa linha de raciocínio, como pode ser observado nas concessões em regime especial (parcerias público-privadas, regulamentadas pela Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004) e na Lei das Estatais (Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016). Uma vez que, em ambas, ocupa figura de destaque o caráter negocial das contratações, torna-se evidente a maior aproximação entre o público e o privado, como tendência da produção legislativa contemporânea<sup>16</sup>. Além disso, a própria jurisprudência vem utilizando institutos que primam pela atuação consensual, em uma relação de parceria com o setor privado para consecução das políticas públicas, mediante uma atuação mais colaborativa, conforme será observado mais adiante neste ensaio.

### **3. OS REFLEXOS DA CONSENSUALIDADE NO PLANO LEGAL E JURISPRUDENCIAL**

Após os estudos realizados nos tópicos anteriores deste ensaio, passe-se, agora, ao exame, de forma específica, das novas produções legislativas e jurisprudenciais acerca da consensualidade administrativa. Como será observado, a demanda por uma maior flexibilidade e desburocratização da máquina pública é algo cogente para que as políticas públicas implementadas sejam, de fato, eficazes.

Nessa perspectiva, já é possível observar mudanças na forma de gerir a máquina pública, mediante o estabelecimento de novos marcos legais que passam a reconhecer a importância do consenso na atividade da administração,

---

15 Sobre o tema, recomenda-se a leitura da pioneira obra no Brasil do Professor Couto e Silva: SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação Como Processo**. 1 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

16 Sobre o tema, observar ponto 3.1.1.

além de a própria jurisprudência dos tribunais utilizarem mecanismos, calcados no princípio da eficiência, capazes de dotar de maior efetividade os contratos administrativos celebrados.

### 3.1. A Lei das Estatais

Em junho de 2016, entrou em vigor a Lei das Estatais<sup>17</sup>, estabelecendo o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A referida Lei veio a estabelecer normas gerais para licitação e contratação das empresas estatais. Ressalta-se como inovação legislativa no âmbito da consensualidade, uma vez que ela pode ser considerada como um marco legal de verdadeira ressignificação da eficiência das empresas estatais<sup>18</sup>. Dentre as inovações trazidas, sobretudo nas questões do consensualismo, destaca-se a ausência de previsão de alteração unilateral dos contratos (regime de exorbitância), só podendo estes serem alterados, conforme consta do artigo 72 da Lei, por acordo entre as partes.

Outrossim, ao elencar os princípios que devem ser observados nas licitações (artigo 31), não há previsão expressa do princípio da legalidade<sup>19</sup> como ocorre na Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93) e em outros diplomas legais como a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) e do Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2011). Por outro lado, aparece de forma explícita dentre os princípios o da obtenção de competitividade.

---

17 A promulgação da Lei nº 13.303/2016 visou regulamentar o artigo 173, §1º da CRFB/88, alterado pela EC 19/1998. Apesar da inércia legislativa de quase dezoito anos, a Lei representa notáveis avanços na relativização das influências políticas na gestão das estatais, com a limitação da discricionariedade e moralização das nomeações dos dirigentes. No entanto, coadunamos com o entendimento de pouca precisão técnica do legislador ao não dispor de forma mais precisa questões sobre licitações.

18 Nesse sentido, vide: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. A Ressignificação da Eficiência nas Empresas Estatais à Luz da Lei nº 13.303/2016. In.: JUSTEN FILHO, M (Org.). [et al.]. **O Direito Administrativo na Atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 73-90.

19 Uma vez que o princípio da estrita legalidade é algo cada vez menos defendido, dentre outros motivos, por afastar-se da realidade jurídica complexa em que se vive. Nessa perspectiva: “*a visão do princípio da legalidade exclusivamente numa perspectiva lógico-formal, típica do positivismo clássico, não mais se coaduna com os fins a que o Direito Administrativo contemporâneo se propõe, passando a fazer mais sentido, diante da complexidade das situações do mundo atual e da incapacidade da Lei considerar, ex ante, todas as circunstâncias envolvidas, uma atuação administrativa pautada por princípios como a moralidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a eficiência, etc*”. GAROFANO, Rafael Roque. **Contratualidade Administrativa**: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 81. *Data venia* do entendimento contrário, acreditamos que, ainda que não expresso na Lei o princípio da legalidade, as exigências legais se aplicam, por óbvio, a todos os contratos públicos, inclusive no que diz respeito ao cumprimento de deveres de probidade e boa-fé na gestão pública, tanto do ente contratante como do parceiro privado. Desse modo, acreditar-se estar abrindo mão do cumprimento de exigências legais em uma negociação pública estar-se-ia dando margem para os frequentes desrespeitos às leis.

O Estatuto Jurídico das Estatais traz também uma série de restrições com critérios políticos a indicações para o Conselho de Administração e Diretoria das estatais (artigo 17), no intuito de preservar a moralidade pública e a impessoalidade no agir dos administradores, ganhando, portanto, eficiência administrativa.

Como dito em momento anterior deste ensaio<sup>20</sup>, a valorização de medidas consensuais representa uma nova forma de gerir os contratos públicos. A consensualidade no âmbito contratual, de forma mais ampla, já vem sendo adotada há um certo tempo pela administração, conforme pode ser notado nas concessões em regime especial mediante parceria público-privada, com disposição normativa na Lei nº 11.079, em vigor desde o ano de 2004, já dispoendo sobre a consensualidade na gestão interna desses contratos administrativos<sup>21</sup>.

Nesse mesmo sentido, anos após, entra em vigor o regime diferenciado de contratações públicas (Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, regulamentada pelo Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011), o qual, seguindo a tendência da consensualidade no âmbito interno dos contratos administrativos adotado pela administração pública brasileira, igualmente apresenta diversos dispositivos que ensejam uma ampliação do consenso nas contratações públicas, em desfavor de uma atuação unilateral e autoritária por parte do ente contratante<sup>22</sup>. Portanto, em 2016, com a vigência da Lei das Estatais, deu-se continuidade à gestão consensual que vem sendo implementada no âmbito da contratação pública.

Pelo exposto, levando-se em consideração o aprimoramento da gestão pública brasileira, sua modernização e implementação de diversos procedimentos gerenciais, redução da burocracia, flexibilização e privilégio da transparência, verifica-se a obsolescência do regime de exorbitância da forma como previsto na Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666). Tanto o é que surgiram inúmeras leis esparsas para regulamentação específica no âmbito

20 Observar ponto 2.1.

21 A Lei nº 11.079/2004 determina a repartição de riscos como uma das diretrizes do contrato de parceria (cf. artigo 4º, VI), que serão repartidos, inclusive, em virtude de em caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (cf. artigo 5º, III).

22 A ideia de uma atuação compartilhada e consensual consta dos próprios objetivos do RDC, estabelecidos no artigo 1º, §1º da Lei nº 12.462/2011 que, dentre outros, estão o de ampliar a eficiência nas contratações públicas e promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público. Ademais, cita-se a possibilidade da remuneração variável em obras de engenharia (artigo 10), vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Por fim, destaca-se também a previsão no artigo 23 da Lei dos Contratos de Eficiência, sendo este de extrema relevância para a gestão pública contratual, tendo em vista a seleção da empresa mediante processo licitatório pela técnica de julgamento do maior retorno econômico, para o licitante capaz de proporcionar a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.

das licitações e contratações públicas, inclusive com o afastamento de forma expressa da incidência da Lei nº 8.666/93, como ocorre no caso do RDC<sup>23</sup>.

Dessa forma, ante as inúmeras deficiências da Lei nº 8.666/93 — que, para os fins deste trabalho, apenas mencionou-se a questão da consensualidade —, faz-se necessária a elaboração de uma nova Lei Geral de Licitações para se estipular normas contratuais mais flexíveis — com revisão do regime de exorbitância —, para que de forma mais dialógica, possa haver a composição de interesses no momento de formação do vínculo contratual.

Desta feita, ressalta-se o trâmite do projeto da nova Lei de Licitações (PL 1292 apresentado em 30 de novembro de 1995) que possui interessantes pleitos acerca da modernização e desburocratização da Administração Pública no que diz respeito aos contratos administrativos, fato que pode ser observado no novo substitutivo apresentado pelo então relator, o Deputado João Arruda (MDB-PR)<sup>24</sup>. Apesar de o projeto ser antigo, datado de 1995, já sofreu inúmeras alterações e, recentemente, vem ganhando força, tendo avançado muito em seu trâmite nos últimos anos. Ao que consta, já aprovado pelo Senado Federal, o PL 1292, com posterior trâmite na Câmara dos Deputados intitulado PL 6814, apresentado em 03 de fevereiro de 2017, foi aprovado ao final de 2018 em Comissão Especial na Câmara e manteve-se o texto principal do projeto da nova Lei de Licitações (PL 1292/95), o qual foi aprovado pela Câmara recentemente, ao final do mês de junho do ano de 2019<sup>25</sup>. Portanto, ao que tudo indica, o projeto da nova lei de licitações não tardará para entrar em vigor.

---

23 Cf. Artigo 1º, § 2º da Lei nº 12.462/2011: “A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei”.

24 Dentre as medidas, o Deputado Arruda propôs a criação da figura do agente de licitação — servidor responsável por acompanhar todas as fases do contrato — e a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), no intuito de se fazer o registro de todos os preços e normas adotadas pela Administração, à semelhança do Sistema de Registro de Preços utilizado atualmente pelos entes públicos, porém de forma mais moderna e acessível. Além disso, propôs também a criação de um seguro de 30% (trinta por cento) do valor contratado, a fim de garantir a conclusão das obras públicas de grande vulto nos casos de dificuldades enfrentadas pela empresa contratada. Sobre o substitutivo, vide: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/557941-RELATOR-APRESENTA-PARECER-SOBRE-NOVA-LEI-DE-CONTRATACOES-PUBLICAS.html>>. Último acesso em: 19.02.2019.

25 Cf. Informação oficial do site da Câmara dos Deputados, disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/578902-CAMARA-APROVA-TEXTO-BASE-DE-NOVA-LEI-DE-LICITACOES-DESTAQUES-SERAO-ANALISADOS-NESTA-QUARTA.html>>. Último acesso em: 27.06.2019.

### **3.2 O Uso da Mediação e da Arbitragem para Solução de Conflitos no Âmbito da Administração Pública**

A possibilidade do uso da arbitragem e da autocomposição para solução de conflitos por parte da administração pública representa um grande avanço no que diz respeito à consensualidade administrativa, uma vez que se trata da possibilidade da celebração de acordos mediante a composição de interesses em situações envolvendo entes públicos, refletindo, portanto, em uma maior flexibilidade na forma de agir por parte dos entes estatais.

A procura pela eficiência, envolta no processo desburocratizante da máquina pública, coaduna-se com as transformações recentes do conteúdo e dos princípios do regime jurídico administrativo<sup>26</sup>. As mudanças nos campos econômico, social e estatal impuseram o surgimento de novas concepções acerca da Administração Pública baseada nas ideias de consensualismo, cidadania ativa, eficiência, entre outras.

Desta feita, a fim de possibilitar o uso da arbitragem por parte da administração pública, a Lei nº 13.129/2015 fez alterações em diversos dispositivos na lei que dispõe sobre a arbitragem (Lei nº 9.307/1996 — tradicionalmente utilizada para solucionar lides na seara do direito privado), autorizando a administração pública direta e indireta a utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Seguindo essa tendência de ampliação do consensualismo no âmbito público, logo em seguida à entrada em vigor da Lei nº 13.129/2015, foi publicada, em 26 de junho de 2015, a Lei nº 13.140, que passou a também permitir o uso da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e dispôs sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias. Logo, em virtude da amplitude do termo “autocomposição” e de a referida lei regulamentar a mediação entre particulares, fez-se acender a discussão acerca da possibilidade do uso da mediação nas lides envolvendo entes públicos.

Ao tratar da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público (artigos 32 a 40 da Lei nº 13.140/2015), percebe-se a legislação dispor expressamente acerca da possibilidade de mediação na administração pública — ainda que não a tenha regulamentado, nem disposto sobre essa possibilidade de forma mais clara, de forma que a Lei primou mais por instituir, no âmbito da administração pública, um conjunto de mecanismos de autocomposição, do qual a mediação é uma espécie que pode ser ou não vir a ser implantada.

---

<sup>26</sup> Sobre o tema, vide o tópico 2.1 deste ensaio, ao tratar-se da ampliação da aceção de interesse público e a efetividade nos contratos administrativos.

Nesse sentido, um dos únicos dispositivos que induzem à implantação da mediação no setor público é o artigo 33 da Lei nº 13.140/2015, que, segundo o caput, “*Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei*”. Além disso, o parágrafo único do referido artigo permite a possibilidade de instauração, de ofício ou mediante provocação, de procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos, a ser instaurado pela advocacia pública dos entes federativos.

### 3.3. As Alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Antes de iniciar-se a análise dos aspectos da consensualidade trazidos pela Lei nº 13.655/2018, **faz-se um adendo para afirmar que, apesar de acreditarmos que no quadro geral a nova Lei foi benéfica para o direito público, aparentemente tratou-se de um projeto pouco discutido nos órgãos de controle e na comunidade científica antes de sua aprovação, não tendo sido sequer submetido ao Plenário de ambas as Casas do Congresso Nacional**<sup>27</sup>.

A Lei nº 13.655/2018 promoveu, ao menos do ponto de vista teórico, uma série de mudanças profundas no direito administrativo brasileiro. Incluindo diversos novos dispositivos no Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) referentes à segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, a Lei nº 13.655/2018 contribui de forma significativa para o consensualismo.

*A priori*, destacamos as alterações na LINDB referirem-se a mudanças amplas, tendo por pressuposto tratar-se de lei geral sobre as normas do direito brasileiro, utilizada, sobretudo, para solucionar os *hard cases* (casos difíceis). Desse modo, é uma Lei dotada de um viés mais principiológico e generalista<sup>28</sup>, podendo conformar-se para aplicação de inúmeros casos concretos.

Dentre as mudanças advindas da Lei nº 13.655/2018, consideramos como mais relevantes para a ampliação do consensualismo nos contratos administrativos duas delas: a) a faculdade de celebrar compromisso, prevista no artigo 26; e b) a responsabilidade pessoal do agente por suas decisões ou

---

27 Houve inclusive uma proposta de veto integral, veiculada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT). Cf. NOHARA, Irene Patrícia. Alteração da Lei de Introdução às Normas e a Interpretação do Direito Administrativo. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 18, n. 207, p. 23-31, maio 2018, p. 01.

28 Em virtude desse grau de abstração, foi recentemente publicado o Decreto nº 9.830/2019, que passa a regulamentar de forma mais específica os artigos 20 a 30 da LINDB, inseridos pela Lei nº 13.655/2018. Nesse sentido, vide o ponto 3.1.3.1 deste ensaio.

opiniões técnicas, prevista no artigo 28, apenas em casos de dolo ou erro grosseiro. No que concerne à faculdade de celebrar compromisso, ressaltamos ser este dispositivo uma legítima manifestação da consensualidade, a qual repercute diretamente na execução dos contratos administrativos, tendo em vista poder ser utilizado, por exemplo, para eliminar irregularidades ou incertezas jurídicas existentes nas obrigações avençadas.

Já em relação à restrição da responsabilidade pessoal do administrador aos casos de dolo ou erro grosseiro, verifica-se a flexibilização da gestão administrativa, no sentido de que o agente público terá um ganho de discricionariedade em suas decisões e opiniões técnicas. Trata-se de um novo mecanismo a fim de “desengessar” a atuação estatal, com destaque para a execução de contratos administrativos, valorizando o administrador honesto e proativo. De acordo com Irene Patrícia Nohara<sup>29</sup>:

Os consultores jurídicos sofrem, sobretudo, quando possuem opiniões divergentes dos órgãos de controle. Já havia na jurisprudência do Tribunal de Contas esses parâmetros de dolo ou erro grosseiro, sendo que não se considera erro grosseiro a interpretação razoável em jurisprudência ou doutrina por órgãos de controle ou judiciais. Note-se que, mesmo com essa positivação, a possibilidade de arbítrio pode ser restringida, mas não está afastada, pois são conceitos indeterminados: erro grosseiro e interpretação razoável.

Nohara defende que o dispositivo do artigo 28 da Lei foi aprovado no intuito de descriminalizar o delito de opinião a que estavam sujeitos os agentes públicos quando em entendimento dissonante com os órgãos de controle. No entanto, a mera divergência jurídica, de fato, não pode ser vista como sinônimo de ilicitude. Salvo, é claro, a comprovação de atuação de má-fé do administrador, ou descumprimentos graves de natureza contratual, editalícia ou legal.

Nesse contexto, a alteração do artigo 28 é também relevante para a superação da cultura do “medo” e da “subserviência” existente no funcionalismo público, posto que o modelo burocrático autoritário não parece ser capaz de ampliar o espaço de uma atuação administrativa mais eficaz. Nesse sentido, explica Onofre Alves Batista Júnior e Sarah Campos<sup>30</sup>:

---

29 NOHARA, Irene Patrícia. *Ibidem*, p. 29.

30 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública Consensual na Modernidade Líquida. **Fórum Administrativo-FA**: direito público. Belo Horizonte, n. 155, jan. 2014, p. 38.

O sistema jurídico administrativo sancionatório se mantém ultrapassado, não tendo ainda se desvencilhado do tradicional modelo de julgamento do processo administrativo disciplinar, vinculado à hierarquia funcional. Para agravar, o sistema de composição e de julgamento dos processos administrativos disciplinares é feito pela mesma autoridade administrativa que instaura e, ao mesmo tempo, nomeia os integrantes da Comissão Disciplinar, o que coloca sob suspeita a garantia de imparcialidade/impessoalidade nas apurações/investigações disciplinares. A cultura administrativa reinante, nesse contexto, é a do medo, a do receio da punição. Não se tenta aperfeiçoar ou buscar a solução adequada, mas o receio enraizado aponta sempre para a solução de privilégio de uma interpretação literal dos regulamentos e ordens do hierarca. A eficiência administrativa e o bem comum são postos de lado em prol de uma atuação servil e, por vezes, medrosa e covarde.

Nessa perspectiva, ratifica-se a necessidade de se incentivar uma nova forma de atuação administrativa, mais democrática e consensual. Todavia, para tal, faz-se necessária uma reformulação cultural do modelo burocrático, bem como no estímulo à utilização da via transacional, a exemplo das recentes possibilidades do uso da arbitragem e da mediação no âmbito da administração pública<sup>31</sup>, com previsão normativa, respectivamente, nas Leis nº 13.129/2015 e 13.140/2015.

### **3.3.1. A Regulamentação dos Novos Artigos da LINDB**

Em junho de 2019, o governo federal publicou o Decreto nº 9.830/2019 para fins de regulamentação dos artigos 20 ao 30 da LINDB, introduzidos pela Lei nº 13.655/18. Dentre as matérias que foram regulamentadas, conforme destacado no tópico anterior, considera-se como as mais relevantes para a ampliação do consensualismo nos contratos administrativos as relacionadas à faculdade de celebrar compromisso — prevista no artigo 26 da Lei nº 13.655/18 e a responsabilidade pessoal do agente por suas decisões ou opiniões técnicas, apenas em casos de dolo ou erro grosseiro — prevista no artigo 28.

Portanto, conforme a nova regulamentação, o artigo 10 do Decreto nº 9.830/2019 dispõe acerca do instrumento do compromisso, previsto no artigo 26 da Lei nº 13.655/18, nas hipóteses de a autoridade entender conveniente

---

31 Observar tópico 3.1.2.

para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público. Em conjunto com o compromisso, o Decreto nº 9.830/2019 também previu em seu artigo 11, como instrumento de consensualidade no âmbito da administração, o termo de ajustamento de gestão.

O referido termo, como consta do Decreto, poderá ser celebrado entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública, para fins de correção de falhas apontadas em ações de controle, bem como para aprimorar procedimentos e assegurar a continuidade da execução do ato praticado, em prol do interesse geral. Logo, essa possibilidade de uma atuação mais flexível por parte da administração, podendo melhor ajustar os atos praticados às finalidades públicas almejadas, constitui-se mecanismo extremamente útil para dar-se um salto em eficiência na gestão pública, posto que determinadas falhas poderão ser corrigidas de forma menos burocrática e mais célere.

No que diz respeito à regulamentação do artigo 28 da Lei nº 13.655/18, sobre a responsabilidade pessoal do agente público, o Decreto nº 9.830/2019 trouxe disposições específicas nos artigos 12 ao 17. Conforme consta do Decreto, o agente público apenas será responsabilizado pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em casos de dolo (direito ou eventual) ou se cometer erro grosseiro no exercício de suas funções.

Com a regulamentação da matéria no Decreto, nota-se, de fato, ter-se restringido a responsabilização pessoal do agente aos casos dolo ou erro grosseiro comprovados, não implicando — conforme consta do artigo 12, §3º — em responsabilização o mero nexos de causalidade entre a conduta e o resultado danoso. Desta feita, o Decreto vem a reforçar o escopo de oferecer segurança jurídica ao administrador bem-intencionado trazido pelo artigo 28 da LINDB. Com isso, há o favorecimento à inovação e a atração de gestores capacitados, que poderão agir de forma menos engessada. Se por um lado a responsabilização do agente público nos casos de dolo e erro grosseiro tem por consequência reprimir e desestimular os casos de corrupção, fraude e culpa grave; por outro, impede que as carreiras públicas se tornem verdadeiros campos minados a pessoas honestas e capacitadas, capazes de gerar ganhos em eficiência administrativa.

### **3.4. A Lei da Desburocratização**

A Lei da Desburocratização (Lei nº 13.726 de 08 de outubro de 2018) constitui importante produção legislativa — com repercussão prática na

contratualidade pública<sup>32</sup> — para fins de desburocratização e simplificação de procedimentos administrativos no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.-

Apesar de a referida Lei não ser um marco inicial do processo de desburocratização em termos de produção normativa recente, trata-se de produção normativa relevante acerca da matéria. Apesar de atualmente revogados<sup>33</sup> pelo Decreto nº 9.094/2017, os Decretos nº 6.932/2009 e nº 5.378/2005 já haviam positivado, respectivamente, disposições acerca da simplificação no atendimento público e a instituição do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GESPÚBLICA).

Assim, a Lei da Desburocratização nada mais é do que uma continuidade do fenômeno desburocratizante, o qual, como reflexo de uma atividade pautada na consensualidade, já é uma tendência das últimas décadas no âmbito da administração pública. A Lei nº 13.726/2018 representa uma tendência legislativa à desburocratização que veio a consolidar mudanças trazidas pelo Decreto nº 9.094 de 17 de julho de 2017, responsável por simplificar o atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratificando a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e instituindo a Carta de Serviços ao Usuário<sup>34</sup>.

A edição da Lei nº 13.726/2018 foi necessária para dar abrangência Nacional ao processo de desburocratização administrativa, tendo em vista o Decreto nº 9.094/2017 restringir-se, conforme consta do seu artigo 1º, aos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Dentre as inovações advindas da Lei nº 13.726/2018, destacamos o artigo 9º da Lei, que institui o “Selo de Desburocratização e Simplificação” a ser entregue aos órgãos e entidades

32 Para fins de exemplificação, ressaltamos o disposto no artigo 3º, inciso I da Lei nº 13.726/2018, que dispensa a exigência de reconhecimento de firma na relação entre órgãos e entidades públicas e cidadãos. Isso porque alguns editais de licitação anteriores à entrada em vigor da Lei, trazem a exigência de reconhecimento de firma da assinatura do outorgante no instrumento particular de procuração. Tal exigência não se coaduna com a legislação, sendo necessário que os editais sejam modificados para evitar desgastes com impugnações, visto que a Lei já está vigente e sua aplicação deve ser imediata.

33 As referidas revogações constam do artigo 25 do Decreto nº 9.094/2017. No nosso entendimento, a revogação do Decreto nº 5.378/2005 que instituiu a GESPÚBLICA representou uma grande perda para a Administração, uma vez que a GESPÚBLICA trouxe uma “marca” de qualidade relevante na Gestão Pública, em que pese ter perdido força ao longo dos anos. Todavia, o GESPÚBLICA foi responsável por relevantes conquistas na Administração Pública Brasileira, especialmente a Federal, a exemplo da disseminação do conceito da Carta de Serviços ao Usuário e do Modelo de Excelência em Gestão Pública. Sobre a temática, vide o “Guia D Simplificação” da GESPÚBLICA de autoria do então Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, disponível em: <<http://www.gespublica.gov.br/sites/default/files/documentos/D.pdf>>. Último acesso em: 19.02.2019.

34 O artigo 13 do Decreto destaca que os usuários dos serviços públicos poderão apresentar “Solicitação de Simplificação”, por meio de formulário próprio denominado “Simplifique!”, aos órgãos e às entidades do Poder Executivo Federal, quando a prestação de serviço público não observar o que está disposto no Decreto nº 9.094/17. Essa solicitação deverá ser apresentada no Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal.

estatais mediante prévia inscrição no Cadastro Nacional de Desburocratização, com premiação anual de dois órgãos ou entidades selecionadas, com base nos critérios da Lei, em cada unidade federativa.

Portanto, com o intuito de reconhecer — com premiação e inscrição na ficha funcional do servidor (artigo 8º) — ações voltadas para a desburocratização da máquina administrativa, a referida Lei representa um salto qualitativo em direção à eficiência na gestão pública. Ademais, dentre os mecanismos para diminuir a burocracia e formalismo em órgãos públicos de todos os entes da Federação, a Lei nº 13.726/2018 estabelece, ainda, em seu artigo 6º, a possibilidade de comunicação entre o Poder Público e o cidadão por qualquer meio, inclusive verbal, direta ou telefônica, e correio eletrônico, ressalvados os casos que impliquem imposição de deveres, ônus, sanções ou restrições ao exercício de direitos e atividades.

### 3.5. A Versão Brasileira do *duty to mitigate the loss* nos Precedentes Judiciais e Administrativos

A origem do instituto do *duty to mitigate the loss*<sup>35</sup> — traduzido para o português como “dever de mitigar a perda” ou “dever de mitigar o próprio prejuízo” —, remonta ao direito inglês, em precedente do Reino Unido<sup>36</sup>, datado de 1677 — apesar da comum atribuição de seu surgimento aos Estados Unidos<sup>37</sup>.

Apesar de a origem da *duty to mitigate the loss* ter ocorrido em países de tradição *commom law*, não houve impeditivo legal para a introdução do instituto no direito brasileiro. Todavia, tal instituto foi introduzido no Brasil com certas peculiaridades — tanto na doutrina quanto na jurisprudência —, afastando-o de seu uso comum nos países da *commom law*. De acordo com o entendimento de Tomas Comino em sua minuciosa análise feita na

35 Conforme os estudos realizados por Tomas Comino para sua dissertação de Mestrado na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, o *leading case* envolvendo a aplicação do *duty to mitigate the loss*, advindo de país da *common law*, referiu-se a um caso que envolvia contrato de compra e venda de mercadorias, o qual foi objeto de apreciação em ação de indenização em face do comprador pela morte dos cavalos do vendedor, após este aguardar por seis horas a chegada do comprador, a fim de que lhe fosse informado o local para a entrega das mercadorias.

36 *Vertue v. Bird*, 84 Eng. Rep. 1000, 86 Eng. Rep. 200 (K.B. 1677) - assim mencionado por Farnsworth. APUD. FARNSWORTH, E. A. *Contracts*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004, pp. 778-779). COMINO, Tomas Barros Martins. *Desventuras do duty to mitigate the loss no Brasil*: nascimento (e morte) de um brocardo. 2015. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, p. 18.

37 Vide, por exemplo, a decisão monocrática proferida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, no ARESP 431472, Dje de 03/12/2013 (2013/037925-9), além do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim descrito: TJ/RS, Apel. Cível nº 70060029501, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado em 26/06/14, vu. No mesmo sentido: TJ/SP, Apel. cível n. 0001836-78.2012.8.26.0457, 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Artur Marques, 16/09/13.

dissertação<sup>38</sup> do mestrado na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, verificam-se diferenças relevantes entre a noção do *duty to mitigate the loss* da *common law* e a brasileira.

Conforme o estudo mencionado, essa variação decorre do fato de que o *duty to mitigate the loss*, em seu sentido original, tem por base um duplo aspecto<sup>39</sup>: i) a noção de causalidade (referindo-se à necessidade de ressarcimento pela falha do demandante em mitigar sua própria perda, com base em um critério de razoabilidade/proporcionalidade); e ii) a eliminação de perdas/consequências evitáveis (que seriam aquelas que razoavelmente poderiam ter sido evitadas, impedindo que a vítima seja indenizada). O *duty to mitigate the loss* incorporado ao Brasil, por sua vez — conforme veremos em rápida análise jurisprudencial nos parágrafos seguintes —, foi incorporado como um derivativo da boa-fé objetiva, entendido, por vezes, como um dever de colaboração (dever lateral de conduta vinculado à boa-fé).

De modo bastante didático, Tomas Comino estabelece *três marcos fundamentais*<sup>40</sup> sobre a forma como é aplicado o *duty to mitigate the loss* no Brasil. Como *primeiro marco fundamental* tem-se a doutrina jurídica desenvolvida por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, então Ministro Superior Tribunal de Justiça, na obra “*Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*”, publicada em 2004. Na obra, Ruy Rosado trouxe a noção, ainda incipiente, do *duty to mitigate the loss*, ali denominado de “doutrina da mitigação” ou “*doctrine of mitigation*”.

A nova teoria reverberou de imediato no estado do Paraná (TJ/PR, Apelação extraída dos autos do processo n. 158909-7, 6ª Câmara Cível, Rel. Albino Jacomel Guerios, julgado em 23/08/04, v.u.)<sup>41</sup>, tratando-se, como tudo indica, do primeiro precedente sobre a matéria nos tribunais brasileiros. No precedente, já era possível de se notar associações do *duty to mitigate the loss* ao princípio da boa-fé objetiva. A despeito do primeiro precedente brasileiro, a que tudo indica, ter ocorrido no ano de 2004, foi apenas no ano de 2006, no Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>42</sup>, que as decisões com base no instituto

38 COMINO, Tomas Barros Martins. **Desventuras do *duty to mitigate the loss* no Brasil**: nascimento (e morte) de um brocardo. 2015. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

39 Idem. Ibidem, p. 28.

40 Idem. Ibidem, pp. 48-55-79.

41 O precedente incidiu em matéria contratual semelhante ao surgimento do *duty to mitigate the loss* em *leading case* sobre a matéria no Reino Unido, que seja contrato de promessa de compra e venda. No caso brasileiro, decidiu-se que o promitente vendedor também teria o dever de evitar o agravamento do dano causado pelo inadimplemento do promitente comprador, adotando, assim, uma concepção de cooperação entre as partes (caracterizada como um dos deveres anexos à boa-fé).

42 TJ/SP, Apel. n. 330.628.4/2-00, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, julgado em 23.03.06, v.u. (teoria da mitigação aplicada a caso em que, em ação de resolução de contrato de compromisso de compra e venda, houve a purgação da mora mas o devedor, em audiência, se recusou a pagar a

do *duty to mitigate the loss* começaram a aparecer em outros tribunais (antes restritas ao TJPR), tendo sido essa decisão de 2006 do TJSP a primeira a fazer referência à expressão “*duty to mitigate the loss*” (ainda que a decisão de 2004 do TJPR já abordasse, de forma incipiente, a matéria<sup>43</sup>).

Como *segundo marco fundamental*, destaca-se a elaboração do Enunciado 169, fruto da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal em dezembro de 2004<sup>44</sup>, que estabelece: “*O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo*”. Portanto, como consta da literalidade do enunciado, bem como de sua referência legislativa (que faz remissão ao artigo 422 do CC/02, que, por sua vez, positiva a boa-fé no âmbito dos contratos civis), o *duty to mitigate the loss* passa a estar umbilicalmente vinculado à observância da boa-fé objetiva.

Por fim, como *terceiro marco fundamental*, tem-se o *leading case* sobre a matéria no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com acórdão datado de 1º de julho de 2010, de relatoria do então Ministro Vasco Della Giustina, Desembargador convocado do Rio Grande do Sul<sup>45</sup>. Esse primeiro precedente no STJ, que talvez seja o mais emblemático dentre os julgados brasileiros envolvendo a aplicação do *duty to mitigate the loss* — tendo em vista mencionar o Enunciado 169 e trazer à colação o entendimento de vários doutrinadores acerca do dever de mitigar o próprio prejuízo —, serve como ponto de partida para uma infinidade de acórdãos de diversos tribunais estaduais<sup>46</sup>. Portanto,

---

verba honorária do patrono do credor, ao fundamento de que tentou, extrajudicialmente, solucionar o caso, sem sucesso por falta justamente de resposta do patrono do credor; entendeu-se que o patrono do credor agravou o dano).

43 No entanto, ressalta Tomas Comino: “*De 2004 a 2010, o duty to mitigate the loss desempenhou um papel meramente figurativo, quiçá coadjuvante, em nosso ordenamento jurídico – existem acórdãos que o aplicam, mas ainda insuficientes a conformar uma tendência. Desde o terceiro marco fundamental, entretanto, o duty to mitigate the loss passou rapidamente à condição de protagonista, principalmente no Tribunal Paulista*”. Cf. COMINO, Tomas Barros Martins. *Ibidem*, p. 78. Isso porque, foi em 2010, a partir do *leading case* no STJ que houve a consolidação do instituto da *duty to mitigate the loss* na jurisprudência brasileira, a partir do “abrasileiramento” do instituto, tornando-o intimamente relacionado com a boa-fé contratual.

44 Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/300>>. Último acesso em: 28.02.2019.

45 STJ, Resp n. 758.518/PR, 2005/0096775-4, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), 3ª Turma, 17.6.2010, Dje 01.07.2010.

46 Entre inúmeros outros: (i) do Tribunal de Justiça do Paraná: TJ/PR, AI n. 1055295, 7ª Câmara Cível, Rel. Juiz Roberto Massaro, julgado em 04/12/13, vu.; TJ/PR, Apel. Cível n. 1066788-2, 12ª Câmara Cível, Rel. Juíza Ângela Maria Machado Costa, julgado em 21/05/14, v.u.; TJ/PR, Apel. Cível n. 1163274-3, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Edgard Fernando Barbosa, julgado em 29/01/14, vu.; TJ/PR, Apel. Cível n. 1179520-3, 12ª Câmara Cível, Rel. Juíza Ângela Maria Machado Costa, vu.; (ii) do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: TJ/SC, Apel. Cível n. 2013.080933-6, Rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, decisão monocrática de 15/03/14 (a decisão não indica a câmara da corte); do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: TJ/RJ, 8ª Câmara Cível, Apel. Cível n. 0019310-43.2007.8.19.0001, Rel. Des. Flávia Romano de Rezende, julgado em 06/05/14, vu.; do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: TJ/MG, Apel. Cível n. 1.0701.09.287702-9/001, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Medeiros, julgado em 09/02/2012, publicado em 18/04/2012, maioria; TJ/MG, Apelação em Reexame necessário n. 1.0143.02.000118-4/001, 5ª Câmara Cível, Rel. Des.

apesar de o *duty to mitigate the loss* ter adquirido uma “vestimenta própria” no direito brasileiro, suas repercussões práticas na aplicação da jurisprudência são inquestionáveis, uma vez que são incontáveis os precedentes, em diversos tribunais brasileiros, que fazem remissão ao instituto.

Embora de forma mais tímida, o referido instituto também já foi invocado em precedentes envolvendo contratos administrativos, a fim de mitigar perdas e garantir a prestação de serviços, mediante notória prática de consensualidade no âmbito da contratação pública. Ainda de forma muito incipiente — ao mesmo no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Contas da União —, pode-se observar a aplicabilidade do *duty to mitigate the loss* em decisões da Corte Administrativa.

No referido Tribunal, a primeira decisão<sup>47</sup> encontrada acerca da matéria foi em acórdão da Primeira Câmara, proferido em 03 de maio de 2016. Até a data da escritura deste ensaio, foram encontrados apenas três acórdãos no referido órgão de controle em matérias envolvendo o dever de mitigar o próprio prejuízo em contratos administrativos; o segundo acórdão<sup>48</sup>, mediante decisão plenária em 12 de dezembro de 2017 e um terceiro<sup>49</sup>, também por decisão plenária em 18 de julho de 2018.

Assim, o *duty to mitigate the loss* à brasileira, *data venia* entendimento contrário, apesar de expandir a concepção tradicional da *common law*, possui inquestionável valor ante às repercussões práticas das inúmeras decisões judiciais que o utilizam com fundamento na boa-fé objetiva. Dessa maneira, no que diz respeito à consensualidade e ao adimplemento das obrigações nos contratos administrativos, o *duty to mitigate the loss* representa um interessante mecanismo para mitigação de perdas, por meio de uma atividade de cooperação entre os contratantes, sobretudo por parte do credor, tendo em vista, em regra, focar-se no devedor como responsável pelo adimplemento obrigacional.

O direito contratual, em sua essência, independentemente do ramo de atuação, propõe uma harmonia entre a autonomia privada da pessoa e o princípio da solidariedade social, equilibrando de forma conciliatória/consensual a liberdade e a igualdade material. E, em se tratando de mitigação

---

(a) Mauro Soares de Freitas, julgado em 21/06/2012, publicado em 29/06/2012; do Tribunal Paulista: TJ/SP, 16ª Câmara de Direito Privado, Apel. 1.029.972-4, Rel. Candido Alem, julgado em 05 de setembro de 2006.

47 TCU – Processo de Tomada de Contas Especial (TCE): 009.998/2014-4, Acórdão 2816/2016, Relator: Augusto Sherman, Data do Julgamento: 03.05.2016, Primeira Câmara.

48 TCU - Tomada de contas especial (TCE): 030.251/2013-3, Acórdão 2903/2017, Relator: José Mucio Monteiro, Data do Julgamento: 12.12.2017, Plenário.

49 TCU - Relatório de auditoria (RA): 009.832/2010-6, Acórdão 1633/2018, Relatora: Ana Arraes, Data do Julgamento: 18.07.2018, Plenário.

de perdas, seja o credor o ente público contratante ou o parceiro privado contratado para a execução dos serviços, uma atitude colaborativa em prol da continuidade do serviço prestado — que seja aceitando a mitigação dos danos — representa um efetivo mecanismo de, por meio de uma atuação calcada no consenso, possibilitar a continuidade da execução dos acordos firmados.

### **3.6. A Atuação Inédita do TCU Como Observador em Processo de Mediação Entre o Grupo Oi S.A. e a Anatel**

Conforme argumentado no ponto 3.1.2 do presente trabalho, ao tratar da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, a Lei nº 13.140/2015 possibilitou a mediação nessa seara do direito. Nesse sentido, sobreleva-se interessantíssimo caso em que houve a atuação inédita, como entidade observadora, do Tribunal de Contas da União em processo de mediação entre a empresa Oi S.A. e a agência reguladora Anatel.

O supracitado caso a ser aqui observado ganha destaque não simplesmente pelo fato de a negociação de créditos ter ocorrido em processo de mediação entre a Anatel e o grupo Oi S.A. — o que, por si só, já se revela importante no âmbito da consensualidade administrativa, tendo em vista a adoção de um meio de autocomposição para a solução do litígio envolvendo contratos de prestação de serviços —, mas também pela atuação inusitada da Corte de Contas (TCU) como entidade observadora das negociações a serem realizadas.

O caso diz respeito ao processo de acompanhamento<sup>50</sup> de procedimento de mediação para negociação de créditos, TC 033.612/2016-1, com trâmite no Plenário do Tribunal de Contas da União, de relatoria do Ministro Bruno Dantas. Cronologicamente, a mencionada apuração dos créditos da empresa para com a agência reguladora em decurso de multas aplicadas pela autarquia federal, antecederam o processo de recuperação judicial<sup>51</sup> que atualmente a Oi S.A. se encontra. Com a instauração do processo judicial, o processo administrativo, TC 033.612/2016-1, com trâmite no Plenário do Tribunal de

---

50 TCU - ACOMPANHAMENTO (ACOM): 03361220161, Relator: Bruno Dantas, Data de Julgamento: 16.08.2017, Plenário.

51 Processo Judicial nº 020376511.2016.8.19.0001, em curso na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, distribuído em 20/06/2016, com atuação do magistrado Dr. Fernando Cesar Ferreira Viana na lide judicial. Para maiores informações sobre o assunto, o processo encontra-se disponível para acesso na página eletrônica do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&num-Processo=2016.001.176528-1>>. Último acesso em: 01.03.2019. Para os possíveis interessados no andamento do processo judicial do Grupo Oi S/A, ressalta-se como boa fonte de pesquisas a página eletrônica: <<http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/>>. Último acesso em: 01.03.2019.

Contas da União, foi sobrestado<sup>52</sup>, tendo em vista tratar-se de fato superveniente com claro impacto na análise da matéria.

Em posterior decisão no processo de recuperação judicial, com trâmite da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, mediante pedido dos advogados da Companhia, determinou-se o procedimento de mediação, que contou com a participação da Advocacia Geral da União (AGU) e, de forma inédita, com a atuação do TCU — após representação (TC 033.413/2015-0) formulada pela então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Aviação Civil e Comunicações —, sobre a viabilidade de acompanhamento do órgão no processo de mediação (o qual atuaria não como mediador, mas como entidade observadora).

O pedido de recuperação judicial da Oi S/A<sup>53</sup>, amplamente divulgado pela mídia, representa o maior feito na história do Brasil<sup>54</sup> até o momento. No processo, o titular da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, época da propositura da ação, o magistrado Fernando Viana, atendendo ao pedido dos advogados da Companhia, determinou o procedimento de mediação a ser o mediador (terceiro imparcial) indicado por Arnaldo Wald Filho, advogado da Oi S/A.

Apesar de a participação como agente ativo em procedimentos de mediação não estar incluída dentre as competências do TCU<sup>55</sup>, o Ministro Bruno Dantas, na conclusão de seu relatório no processo de acompanhamento (TC 033.612/2016-1), determinou a designação de auditores para acompanharem o processo para atuarem como meros observadores do processo de recuperação judicial nº 020376511.2016.8.19.0001. No entanto, o Ministro ressaltou não ter o referido acompanhamento excluído a possibilidade de o Tribunal de Contas da União vir a questionar a legalidade de se sujeitar créditos públicos ao concurso universal de credores, assim como a legalidade e a adequação do

---

52 A Lei nº 8.443/1992 – Lei Orgânica do TCU (LOTUCU) – prevê instituto semelhante à suspensão do processo constante do CPC. Trata-se do sobrestamento, previsto nos artigos 10, § 1º, e 11 da LOTUCU e regulamentado nos artigos 157, caput, e 201, § 1º, do Regimento do Interno do TCU, c/c o artigo 47 da Resolução-TCU 259/2014, o que afasta a aplicação subsidiária do CPC.

53 Para os possíveis interessados no andamento do processo judicial do Grupo Oi S/A, indicamos como boa fonte de pesquisas a página eletrônica: <<http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/>>. Acesso em: 01.03.2019.

54 Conforme consta do ponto 7 do relatório do Acórdão 2572/2016 no TC 033.413/2015-0 do TCU, o pedido de recuperação judicial do Grupo Oi foi feito no valor de R\$ 65 bilhões, sendo mais de R\$ 10 bilhões referentes a débitos decorrentes de penalidades administrativas aplicadas pela Anatel.

55 Com base nos limites estabelecidos pela CRFB/88 e pela Lei 8.443/1992, regulamentadas no Regimento Interno e demais normativos expedidos pelo TCU, apenas estão sujeitos à jurisdição deste Tribunal, no curso da mediação, os atos efetivados pela Anatel e pela Procuradoria Federal Especializada junto à agência, nos termos do art. 71, incisos IV, IX e X, da Constituição Federal, c/c os arts. 1º, inciso II, e 5º, incisos I e VI, da Lei 8.443/1992; A atuação do TCU no processo de mediação dar-se-á nos estritos limites estabelecidos pelos normativos da Corte e, no caso em tela, de acordo com os procedimentos definidos para a realização de fiscalização do tipo acompanhamento, com fulcro nos arts. 241 e 242 do RITCU.

próprio processo de mediação. Isso porque a atividade de controle externo exercida pelo TCU não poderia vir a ser cerceada.

Nesse sentido, o ineditismo desse caso ganha destaque no presente estudo, tendo em vista o interesse comum compartilhado não só com a Anatel e o Grupo Oi S/A., mas também do próprio TCU, no que diz respeito à efetiva prestação do serviço público de telecomunicações<sup>56</sup>. Desse modo, não obstante os possíveis inadimplementos e dificuldades financeiras do Grupo Oi S.A., visa-se assegurar, no processo de recuperação judicial, o cumprimento de obrigações avençadas, mediante procedimento de mediação, para que, com transparência, lealdade, probidade e publicidade, possam ser garantidos os direitos contratuais dos credores da Oi S.A., bem como o soerguimento da empresa.

Desta feita, a atividade consensual passa a ocupar lugar de destaque na lide envolvendo a Oi S.A. e a Anatel pelos débitos creditícios, contenda que ganhou ampla repercussão após o pedido de recuperação judicial da empresa, com o consequente procedimento de mediação determinado por decisão judicial, o qual contou com a atuação do TCU como entidade observadora.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme posto neste ensaio, uma atuação mais consensual e menos impositiva por parte da administração pública em sua relação com os administrados — incluindo-se, aqui, os parceiros privados contratados para execução de obras e serviços —, por permitir um ganho em eficiência, passou a ocupar lugar de destaque na atuação da administração pública.

---

56 Conforme consta da literalidade do inciso XI do artigo 21 da Constituição Federal: “competete à União, explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações”. Apesar de haver previsão legal para exploração direta, desde a década de 1990, como reflexo do processo de desestatização da economia brasileira, a execução de serviços de telecomunicações vem sendo delegada para empresas privadas, a exemplo da atuação do Grupo Oi S/A. No que atine à importância do serviço (e consequentemente do processo de soerguimento da Empresa), observa-se o disposto no inciso VII do artigo 10 da Lei nº 7.783/89, que classificou o serviço de telecomunicações dentre os serviços públicos considerados essenciais. E, nesse ramo de serviços essenciais, nota-se, ainda que não nas proporções ideais, uma atuação com certa margem de competitividade entre as empresas — com atuação dominante da Telefônica Brasil S/A (Vivo), Claro S/A, TIM S/A e da Oi S/A. Esse fato não ocorre em certos setores como o de fornecimento de energia elétrica, em que comumente depara-se com a atuação do fornecedor exclusivo (situação específica capaz de afastar a incidência da lei de recuperação e falências, Lei nº 11.101/2005, por disposição expressa do artigo 18 da Lei nº 12.767/2012, fruto da conversão a Medida Provisória nº 577, de 29 de agosto de 2012, editada em decorrência do precedente judicial do Grupo Rede Energia S/A.). Para uma análise detalhada acerca da temática, vide: AQUINO, Fernando Henrique Franco de. Concessionárias prestadoras de serviços públicos essenciais: análise da inviabilidade de submissão à Lei de Falências com base no *leading case* do Grupo Rede Energia S.A. **BLC – Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, NDJ, ano 30, n. 3, p. 247- 254, mar. 2017.

Nesse sentido, aponta-se as inovações legislativas e jurisprudenciais nas quais há a primazia do consensualismo na execução das políticas públicas, tanto no que se refere à consensualidade administrativa como gênero — que envolve diversos aspectos da gestão pública, como a redução da burocracia no *modus operandi* dos administradores e em sua relação com os administrados — quanto no que diz respeito à consensualidade administrativa em espécie — representada pela contratualidade pública, com privilégio ao acordo de vontades.

Como reflexo dessa mudança de perspectiva na gestão pública e da introdução de medidas gerenciais desburocratizantes, bem como da ausência de hierarquia entre os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988 — os quais devem ser ponderados no caso em concreto, sem haver uma prevalência de uns sobre outros de forma prévia — passou-se a discutir na doutrina a necessidade de uma ampliação da acepção de interesse público, de forma a não se poder considerar, aprioristicamente, ser o interesse público prevalecente, em qualquer caso, sobre o privado; tampouco que esses interesses seriam sempre colidentes. Isso porque o interesse público, numa perspectiva constitucional, comporta tanto interesses difusos e coletivos, quanto interesses individuais e particulares, devendo todos serem respeitados de forma harmônica.

Assim, desde que respeitados os princípios que regem a administração pública, como os expressamente previstos no artigo 37 da Constituição Federal e a boa-fé objetiva como cláusula geral de todo contrato — seja ele público ou privado —, motivos não há para não tornar a gestão pública menos burocrática e mais aberta ao diálogo. Por meio da consensualidade, mediante uma conduta proba e transparente, permite-se dar um salto em qualidade no gerenciamento dos recursos públicos, no atingimento dos resultados definidos pelas agendas governamentais e na satisfação da população pelos serviços entregues com a qualidade esperada.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Fernando Henrique Franco de. Concessionárias prestadoras de serviços públicos essenciais: análise da inviabilidade de submissão à Lei de Falências com base no *leading case* do Grupo Rede Energia S.A. **BLC – Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, NDJ, ano 30, n. 3, p. 247-254, mar. 2017.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, in **O Direito em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel**, 1999, pp. 99-127.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública Consensual na Modernidade Líquida. **Fórum Administrativo - FA: direito público - FA**. Belo Horizonte, n. 155, jan. 2014.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. A Ressignificação da Eficiência nas Empresas Estatais à Luz da Lei nº 13.303/2016. In.: JUSTEN FILHO, M (Org.). [el al.]. **O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito**. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 73-90.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, pp. 117-169.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COMINO, Tomas Barros Martins. **Desventuras do *duty to mitigate the loss no Brasil***: nascimento (e morte) de um brocardo. 2015. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, p. 92, 2010.

FORTINI, Cristina. **Contratos Administrativos: franquias, concessão, permissão e ppp**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GAROFANO, Rafael Roque. **Contratualidade Administrativa: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARRARA, Thiago. As Cláusulas Exorbitantes Diante da Contratualização Administrativa. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/07/18/as-clausulas-exorbitantes-diante-da-contratualizacao-administrativa/>> Último acesso em: 28.03.2019.

NOHARA, Irene Patrícia. Alteração da Lei de Introdução às Normas e a Interpretação do Direito Administrativo. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 18, n. 207, p. 23-31, maio 2018.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação Como Processo**. 1 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2007.