



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LIMITES DA CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FACE À
INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Agda Nunes de Castro Dias

Rio de Janeiro
2022

AGDA NUNES DE CASTRO DIAS

LIMITES DA CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FACE À
INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Marcelo Pereira de Almeida

Coorientadora:

Prof.^a Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro
2022

AGDA NUNES DE CASTRO DIAS

LIMITES DA CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FACE À
INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Monografia apresentada como exigência de conclusão de
Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2022. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidado: Prof. Ubirajara da Fonseca Neto – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ.

Orientador: Prof. Marcelo Pereira de Almeida – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

À minha amada avó Luzia, a quem quero
prestar homenagens em todas as oportunidades.

AGRADECIMENTOS

A Deus, cuja vontade é sempre boa, perfeita e agradável.

À minha família, a quem busco sempre orgulhar com minhas ações, pelo incessante apoio. Eu sou o legado de vocês, e os amo com todo o meu coração.

Ao Fabiano, meu amor da adolescência e da vida adulta, que acompanhou de perto a minha trajetória desde o ensino médio, e hoje celebra comigo a minha pós-graduação.

Aos meus amigos, especialmente Maria Luísa, Carolina e Caroline, que foram as primeiras a tomarem conhecimento sobre o tema da pesquisa e a incentivarem o andamento desta.

À professora Mônica, por paciente e atenciosamente ler e reler este trabalho por mais vezes que pude contar. Seus retornos fizeram a diferença no prosseguimento desta monografia.

Ao meu orientador Marcelo Pereira de Almeida, sempre solícito, pelos apontamentos certos e essenciais.

Ao Setor de Monografia da Emerj e aos atendentes da biblioteca, cujo trabalho foi fundamental a esta produção.

À Emerj, como um todo, pela oportunidade em realizar esta pesquisa. Difícil expressar em palavras o orgulho que sinto em fazer parte do corpo discente desta Instituição.

SÍNTESE

Consolidado o Estado Democrático de Direito, o consenso é visto como uma ferramenta essencial à democracia. E, uma vez que o Poder Público tem a obrigação constitucional de agir de maneira eficiente, a consensualidade tem sido paulatinamente inserida no Direito Administrativo brasileiro. O objetivo desta pesquisa é demonstrar e argumentar que, embora aparentemente antagônicos, a consensualidade e o indisponível interesse público podem ser harmonizados, de maneira a se alcançar a eficiência que se espera da Administração Pública e a defesa da supremacia do interesse público. Inclusive, busca-se evidenciar que, em algumas ocasiões, os instrumentos consensuais podem ser o meio mais apto a atender ao interesse coletivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; Consensualidade; Indisponibilidade do Interesse Público.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A TENDÊNCIA DA CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E AS VERTENTES DO CONSENSO.....	11
1.1. Breves Apontamentos Históricos dos Meios Consensuais no Direito Administrativo Brasileiro	14
1.2. A Correlação entre a Consensualidade, o Princípio da Eficiência e o Direito à Boa Administração.....	17
1.3. Discricionariedade da Administração Pública no Estado Democrático de Direito ..	24
2. A NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E OS LIMITES DE SUA INDISPONIBILIDADE	32
2.1. A Transformação do Interesse Público e sua Redefinição	32
2.2 Supremacia do Interesse Público: Superação ou Manutenção?.....	39
2.3. A Superação do Dogma da Indisponibilidade do Interesse Público.....	43
3. O CONSENSO COMO UMA PRETENSA MANEIRA DE SE ASSEGURAR O INTERESSE PÚBLICO: UMA ANÁLISE DOS INSTRUMENTOS CONSENSUAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	47
3.1. A Consensualidade na Tomada de Decisões Administrativas	49
3.2. A Consensualidade na Execução da Atividade Administrativa.....	51
3.3. A Consensualidade na Gestão de Conflitos Administrativos	54
4. ANÁLISE DA CONCRETA APLICAÇÃO DA CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS REFLEXOS NOS PROCESSOS ESTRUTURAIIS DE CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	63
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS	71

SIGLAS E ABREVIATURAS

ANPC – Acordo de Não Persecução Cível

CEJ/CJF – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

CPC – Código de Processo Civil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

Lindb – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, o interesse público é encarado como indisponível, vigorando, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da indisponibilidade do interesse público. Desse modo, as pessoas administrativas são vistas como meras curadoras dos interesses da coletividade, não podendo deles dispor, material ou processualmente.

Entretanto, em concepção mais moderna do Direito Administrativo, esse dogma vem sendo questionado. Consolidado o Estado Democrático de Direito, o consenso é visto como uma ferramenta essencial à democracia. Portanto, uma administração consensual, na qual o administrado deixa de ser um simples agente passivo, ganha cada vez mais espaço e relevância, seja na prática, nas decisões dos Tribunais, ou nas discussões doutrinárias.

Uma vez que o Poder Público tem a obrigação constitucional de agir de maneira eficiente, a consensualidade tem sido paulatinamente inserida no Direito Administrativo brasileiro. Isso porque o consenso pressupõe mais diálogo, mais celeridade e maior cooperação, em detrimento das decisões políticas sempre unilaterais e imperativas. Sobretudo, pressupõe mais legitimidade e eficiência na atuação administrativa. Assim, os instrumentos consensuais já podem ser encontrados na tomada de decisões administrativas, nos contratos administrativos, na prevenção e na composição de conflitos administrativos.

Nesse contexto, pretende-se, com a presente pesquisa, demonstrar e argumentar que, embora aparentemente antagônicos, a consensualidade e o indisponível interesse público podem ser harmonizados, de maneira a se alcançar a eficiência que se espera da Administração Pública e a defesa da supremacia do interesse público. Inclusive, busca-se evidenciar que, em algumas ocasiões, os instrumentos consensuais podem ser o meio mais apto a atender ao interesse coletivo.

O tema se apresenta como relevante, pois é de interesse de todo cidadão, e obrigação legal do Poder Público, a persecução e a preservação do interesse público em todos os atos administrativos. Não por outro motivo se tem como consolidada, no Direito Administrativo, a indisponibilidade do interesse público. Por outro lado, no contexto de um Estado Democrático de Direito, urge a consensualidade como um meio desejável e necessário para se obter, sobretudo, a eficiência no âmbito da atuação do Poder Público.

Dessa forma, o trabalho almeja analisar a compatibilização entre o exercício da consensualidade na Administração Pública e a definição de interesse público. Tem-se,

portanto, uma discussão sociojurídica, uma vez que o interesse público é um instituto social, ao passo que a indisponibilidade desse interesse é um instituto jurídico.

No primeiro capítulo, busca-se defender o uso da consensualidade na Administração Pública brasileira, bem como a sua importância em um Estado Democrático de Direito. Para tanto, expõe-se um histórico dos meios consensuais no Direito Administrativo brasileiro, de modo a demonstrar a evolução destes e compreender o atual contexto. Ademais, explica-se a relevância de uma Administração dialógica, especialmente quanto à mitigação da visão historicamente autoritária que se tem da Administração Pública.

Em seguida, no segundo capítulo, demonstra-se a eventual superação da indisponibilidade do interesse público como dogma. Nessa esteira, desenvolve-se a concepção e as esferas desse instituto, expondo que, de acordo com a sua evolução histórica, o interesse público nem sempre correspondeu à finalidade coletiva. Por último, apresenta-se a diferença entre regra e princípio, sob o ponto de vista jurídico, sustentando-se, com respaldo doutrinário e jurisprudencial, que o dogma da indisponibilidade pode ser atenuado.

O terceiro capítulo se destina a analisar instrumentos consensuais no âmbito da Administração Pública, destacando de que modo eles podem guardar o interesse público, ainda que este seja indisponível. Nesse ponto, tem-se as diversas formas de utilização da consensualidade pelo Poder Público e, nesta pesquisa, analisa-se a consensualização sob três aspectos: na tomada de decisões administrativas, na execução da atividade administrativa e, por fim, na solução de conflitos administrativos.

Finalmente, o quarto capítulo se propõe a examinar a aplicação da consensualidade como um dos fatores legitimadores nos processos estruturais que tratam do controle judicial de políticas públicas.

Assim, de modo a ilustrar esses aspectos, analisam-se alguns instrumentos consensuais, como a arbitragem, os negócios processuais, o acordo de não persecução cível, o acordo de leniência, as concessões de serviço público e o contrato de parceria público-privada. Aglutinados em três grupos, de acordo com os aspectos acima mencionados, expõem-se conceito, aplicabilidade, e a maneira pela qual asseguram o interesse público.

A fim de conduzir a pesquisa, será utilizado o método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora identificou um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, objetivando comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Nessa esteira, a abordagem metodológica desta pesquisa será qualitativa, pois traz fontes de relevância para discutir e sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a tese. Quanto aos objetivos, configura-se como explicativa, uma vez que não se limita a ser meramente conceitual, discutindo uma questão jurídica controversa, e filiando-se, com argumentos sólidos, a uma das teorias existentes.

A pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco para sustentar o objetivo geral da pesquisa, com levantamento de referências teóricas em livros, artigos científicos, decisões judiciais, e demais fontes.

1. A TENDÊNCIA DA CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E AS VERTENTES DO CONSENSO

Para iniciar a compreensão da consensualidade na Administração Pública brasileira, faz-se, primeiramente, uma análise acerca da consensualidade em si. Conforme se passa a demonstrar, há uma inconsistência teórica a respeito do tema.

Segundo expõe Diogo Figueiredo Moreira Neto, o consenso, no sentido psicológico, é a coincidência de sentimentos; no sentido sociológico, é a coincidência de propósitos; no sentido jurídico, a coincidência na manifestação de vontade¹. Com efeito, Patrícia Baptista² preconiza que, tendo em vista o consenso como harmonização, concordância de opiniões, entende-se por Administração consensual aquela que atua objetivando a busca do consenso e da harmonização com a sociedade, como uma alternativa às imposições unilaterais que caracterizaram o direito administrativo clássico.

Thiago Marrara³ diferencia as terminologias consentimento, consenso, consensualidade e consensualização. Para o autor, consentimento é aceitação; consenso é a aceitação recíproca; consensualidade representa o grau de consenso na gestão pública; por fim, a consensualização retrata o movimento de busca de consenso e promoção de consensualidade por novas técnicas administrativas.

Menciona-se, ainda, a conceituação conferida por Juliana Bonacorsi de Palma⁴, segundo a qual a consensualidade pode ser compreendida como o acordo de vontades entre Administração Pública e pessoas de direito público ou privado na celebração de contratos administrativos ou de outros instrumentos negociais.

Emerson Garcia⁵ diferencia a consensualidade em duas vertentes: submissão ou plena transação. Na primeira, uma das partes se submete às diretrizes estabelecidas pela outra. Isso ocorre, em geral, por um desequilíbrio de forças, em razão de superioridade econômica

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003.

² BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 272.

³ MARRARA, Thiago. *Direito Administrativo: transformações e tendências*. Disponível em: <https://books.google.com.br/books/about/Direito_Administrativo_Transformações.html?id=vgeXDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=true>. Acesso em: 13 mar. 2021.

⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 84.

⁵ GARCIA, Emerson. A consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 66, p. 29-82, out./dez. 2017.

ou financeira entre os atores. Garcia⁶ menciona, ainda, que a submissão é o modelo mais adotado quando presente a indisponibilidade do interesse, situação em que há uma espécie de norma-quadro, à qual devem ajustar-se os pactuantes.

Por outro turno, a vertente da plena transação indica uma posição de igualdade formal e material entre os pactuantes, que transacionam livremente direitos e obrigações. Esse modelo encontra fundamento no livre exercício da autonomia da vontade, e, de acordo com o autor⁷, se mostra incompatível com a indisponibilidade, total ou parcial, dos interesses envolvidos, uma vez que a indisponibilidade limita o acordo passível de ser realizado.

Há, porém, modelos híbridos, nos quais a submissão e a plena transação preponderam em determinados aspectos do acordo. É o que ocorre na anuência do pactuante – em posição de primazia – em conferir certa liberdade à outra parte, bem como na existência de norma-quadro que indique o que é estranho ao poder de disposição das partes, limitando o universo do acordo⁸.

Nesse ponto, entende-se que o Brasil adota os três modelos. O modelo da submissão pode ser observado nos contratos de adesão e nos contratos administrativos, estes, nos quais, vigoram as cláusulas exorbitantes. Também denominadas de cláusulas de privilégio⁹, as cláusulas exorbitantes conferem prerrogativas à Administração Pública e sujeições ao contratado, independentemente de previsão editalícia ou contratual¹⁰. Trata-se de uma expressão do desequilíbrio entre os contratantes, vigorando a superioridade da Administração em relação à outra parte.

O modelo da plena transação é encontrado nos contratos entre particulares em condições de igualdade. Verifica-se que, inobstante a nomenclatura “plena transação”, as avenças celebradas sob essa vertente encontram limitações nos direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento de que os direitos fundamentais garantidos pela Constituição vinculam diretamente não apenas o Poder Público, como também são direcionados à proteção dos particulares em face dos poderes privados¹¹.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid., p. 30.

⁸ Ibid.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 259.

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 749-750.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 201.819-8/RJ*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

Por fim, o modelo híbrido é compreendido, dentre outros instrumentos consensuais, nos contratos privados da Administração. Rafael Oliveira¹² também os classifica como contratos semipúblicos, pois se caracterizam por uma relativa situação de igualdade entre a Administração Pública e o particular, e são regidos predominantemente pelo direito privado. Contudo, devem observar algumas normas de direito público, a exemplo da exigência de prévia licitação. Os contratos administrativos e os contratos privados da Administração obedecem às mesmas exigências de forma, de procedimento, de competência e de finalidade¹³. Assim, o modelo híbrido está caracterizado porque, apesar de o instrumento seguir um regime privado – o que seria uma manifestação do modelo de plena transação –, está sujeito, em alguns aspectos, aos mesmos requisitos do contrato administrativo – que é uma expressão do modelo da submissão.

A consensualidade, na compreensão atual do Direito Administrativo brasileiro, ostenta duas linhas de entendimento: pelo acordo de vontades envolvendo a Administração Pública, ou pela participação administrativa¹⁴.

No acordo de vontades, a contratualização é a forma mais usual, o que pode ser observado no aumento de previsão normativa de contratos administrativos e no maior uso dos contratos pela Administração, em vez de uma atuação administrativa unilateral¹⁵. Registre-se, entretanto, que há uma crítica doutrinária a respeito da dualidade entre administração unilateral e administração consensual, o que será melhor explorado em seção à parte neste trabalho. Em suma, essa corrente de pensamento entende que consensualização e contratualização são movimentos que se cruzam, mas não se confundem, sendo possível alcançar o consenso por outros meios dialógicos. Além disso, em algumas situações, a ação unilateral, coercitiva e autoexecutória do Poder Público se revela como um estímulo fundamental para a busca do acordo¹⁶.

A segunda linha de entendimento da consensualidade diz respeito à participação administrativa, segundo a qual a consensualidade seria qualquer forma de atuação do particular, ainda que não vinculante, a exemplo da audiência e da consulta pública¹⁷. Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸, a respeito do tema, preleciona que o fenômeno da contratualização

¹² OLIVEIRA, op. cit., p. 742.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 565.

¹⁴ PALMA, op. cit., p. 84.

¹⁵ Ibid., p. 85.

¹⁶ MARRARA, op. cit.

¹⁷ PALMA, op. cit., p. 89.

¹⁸ DI PIETRO, op. cit., p. 122.

é uma tendência verificada no Direito Administrativo brasileiro, especialmente ao se analisar as novas modalidades de gestão de serviços públicos, os termos de ajustamento de conduta, e as novas formas de participação do cidadão. Percebe-se, portanto, que a autora compreende a participação cidadã como pertencente ao fenômeno da contratualização.

Filia-se, entretanto, ao pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁹, que classifica a administração consensual em quatro gêneros: tomada de decisão administrativa, execução administrativa, prevenção de conflitos e composição de conflitos. Segundo o autor, o contrário do consenso é a pura coerção. Assim, as instituições derivadas do consenso, ao revés daquelas derivadas da violência, são mais duradouras, uma vez que as relações de força apenas subsistirão enquanto houver um mínimo de aceitação submissa do grupo²⁰.

Entende-se que, a fim de se garantir maior legitimidade democrática à Administração, a decisão estatal deve ser construída a partir do consenso e da participação social, em detrimento de uma atuação unilateral e impositiva da vontade administrativa²¹.

Conceituada a consensualidade e feitos breves apontamentos acerca de suas vertentes, passa-se à análise de seu histórico no Direito brasileiro, com vistas a demonstrar o desenvolvimento do uso dos meios consensuais na Administração Pública brasileira, e a compreender o atual contexto.

1.1. Breves Apontamentos Históricos dos Meios Consensuais no Direito Administrativo Brasileiro

Observa-se no Direito Administrativo brasileiro, conforme sua evolução, uma tendência à consensualidade, em detrimento à atuação administrativa sempre imperativa. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto²² assevera que os modelos políticos antigos não eram favoráveis à formação do consenso na sociedade, pois fundavam-se em concepção oposta, segundo a qual era necessário um polo de concentração de poder para impor comportamentos e assegurar uma convergência fundada na coerção.

A primeira Constituição brasileira, de 1824²³, foi elaborada com base nos ideais liberais vigentes à época, em uma tentativa de harmonização entre os princípios do

¹⁹ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 148-155.

²⁰ Idem. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 106.

²¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 72.

²² MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 132-133.

²³ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 1 abr. 2021.

liberalismo, a manutenção da estrutura socioeconômica e a organização política do Estado brasileiro monárquico e escravocrata²⁴. Trazia a separação entre Legislativo, Judiciário²⁵ e Executivo, além de instituir o Poder Moderador (art. 10). Além disso, a participação política, ou seja, a possibilidade de influir nas decisões administrativas, era demasiadamente restrita: as eleições eram indiretas, e eram considerados eleitores apenas os homens livres, maiores de vinte e cinco anos e detentores de determinada renda (arts. 90 a 96).

Havia um Conselho de Estado (art. 137), cujos membros eram nomeados pelo Imperador. Os Conselheiros eram ouvidos em todos os negócios graves e medidas gerais da Administração, principalmente sobre a declaração de guerra, ajustes de paz, negociações com Nações estrangeiras, e em todas as ocasiões em que o Imperador exercesse qualquer das atribuições próprias do Poder Moderador (art. 142). Esse Conselho exercia função apenas consultiva, sem realizar efetiva solução de conflitos, e marcou uma distinção entre relações jurídico-administrativas e privadas²⁶. Por haver grande concentração de poder nas mãos do Imperador, não se tinha um sistema propício à utilização do consenso na Administração Pública.

Proclamada a República, a Constituição de 1891²⁷ ainda reforçava a ideia de imperatividade – no sentido de soberania do Estado frente aos administrados –, e estabelecia como órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário (art. 15), extinguindo, portanto, o Poder Moderador. Todavia, se a Constituição anterior concentrava poderes na pessoa do Imperador, essa concentrava na figura do Presidente da República²⁸. A participação política era menos restrita, em comparação à Constituição de 1824, mas ainda havia limitação: eram eleitores apenas homens alfabetizados maiores de vinte e um anos (art. 70).

A Constituição de 1934²⁹ foi pioneira no estabelecimento de direitos sociais (arts. 121 e 138). Nesse contexto, houve crescimento na demanda por serviços públicos e consequente aumento na máquina estatal, criando-se pessoas jurídicas de capacidade específica para a execução desses serviços – autarquias – e de capacidade genérica –

²⁴ BRASIL. *Constituição de 1824*. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/305-constituicao-de-1824>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

²⁵ O Poder Judiciário era nomeado “Poder Judicial”, de acordo com o Título 6º da Constituição Federal de 1824.

²⁶ MARRARA, op. cit.

²⁷ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

²⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 145.

²⁹ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 6 abr. 2021.

territórios³⁰. A Carta Magna em questão previa a concessão de serviços públicos (art. 136), com possibilidade de fiscalização e revisão das tarifas (art. 137). Verifica-se, assim, a participação de particulares na execução administrativa, por meio da contratualização.

Nessa Constituição, a participação política também foi ampliada, com a previsão do voto feminino (art. 108). Havia, ademais, a previsão de Conselhos Técnicos (art. 103), que prestavam assistência aos Ministérios e colaboravam com o Senado Federal na organização de planos de solução dos problemas nacionais (art. 91, V). Ao menos metade de cada Conselho era composto por pessoas especializadas e estranhas aos quadros do funcionalismo do respectivo Ministério. Este, inclusive, não poderia deliberar contra parecer unânime do respectivo Conselho. Portanto, na condição de órgão de cooperação nas atividades governamentais³¹, o Conselho atuava na tomada de decisões administrativas.

Contudo, a Constituição de 1934 foi rapidamente substituída, em razão de uma manobra política que culminou na outorga da Constituição de 1937³². Esta copiou diversos dispositivos da Carta anterior, e conferia ao Executivo uma posição de proeminência³³. Dessa forma, ao passo que a teoria dos direitos fundamentais se desenvolvia, a função administrativa ainda manteria a postura imperativa herdada dos tempos do absolutismo³⁴.

Havia previsão de concessão de serviços públicos (art. 15, VII). Eram eleitores os brasileiros de ambos os sexos, maiores de dezoito anos, que se alistassem na forma da lei (art. 117). Entretanto, não poderiam se alistar os analfabetos, os militares em serviço ativo, os mendigos, e os que estivessem privados dos direitos políticos. A Lei Constitucional 9/1945³⁵ alterou essas ressalvas, passando a constar como vedação à condição de eleitor somente os militares em serviço ativo.

A Constituição de 1946³⁶ restituiu o equilíbrio entre os três Poderes e afastou alguns retrocessos promovidos pela Constituição anterior com relação aos direitos individuais³⁷. Previa a concessão de serviços públicos (art. 151) e o voto para ambos os sexos (art. 133).

A Constituição de 1967³⁸ representou, novamente, uma concentração de atribuições no Poder Executivo. Ao longo do Texto Constitucional, observa-se o uso reiterado da

³⁰ DI PIETRO, op. cit., p. 95.

³¹ Essa denominação pode ser observada no Capítulo VI da Constituição de 1934.

³² BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 9 abr. 2021.

³³ TAVARES, op. cit., p. 152-153.

³⁴ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 133-134.

³⁵ Equivalente à atual espécie legislativa Emenda Constitucional.

³⁶ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 9 abr. 2021.

³⁷ TAVARES, op. cit., p. 156.

expressão “segurança nacional” como um conceito indeterminado, o que dava oportunidade para manipulação de disposições constitucionais³⁹. Portanto, nesse diploma constitucional, não se verifica um sistema propício à utilização do consenso na Administração Pública.

Conforme observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴⁰, a ascensão dos direitos fundamentais marcou o reconhecimento de que os Estados, embora conservem o monopólio da jurisdição e da legislação, não podem gozar do monopólio da justiça e do direito, uma vez que estes são um patrimônio universal e apolítico. Por essa razão, houve uma expansão da consensualidade sob todas as suas modalidades, inclusive com o desenvolvimento de vias negociadas para a solução de conflitos.

Nesse contexto, a Constituição da República de 1988⁴¹, manifestação do Estado Democrático de Direito, traz meios à consensualidade na Administração Pública. Tem-se a ampliação da participação política (art. 14); o uso de plebiscito e de referendo (art. 14, incisos I e II); a delegação de serviços públicos à iniciativa privada (art. 175); a realização de audiências públicas (art. 58, II), dentre outros meios consensuais que serão explorados ao longo deste trabalho.

A partir da Emenda Constitucional 19/1998, o aparelho estatal foi reduzido e a Administração Pública burocrática foi substituída pela Administração Pública gerencial, a qual é pautada em resultados e descentralização de atividades⁴². Por meio dessa emenda, inseriu-se ao artigo 37, *caput*, o princípio da eficiência como norteador dos atos da Administração Pública. Esse princípio é basilar à atuação consensual do Poder Público, especialmente na consecução do interesse público.

³⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 9 abr. 2021.

³⁹ TAVARES, op. cit., p. 160.

⁴⁰ MOREIRA NETO, op. cit., 2018, p. 190.

⁴¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 abr. 2021.

⁴² OLIVEIRA, op. cit., p. 68.

1.2. A Correlação entre a Consensualidade, o Princípio da Eficiência e o Direito à Boa Administração

O princípio da eficiência foi introduzido ao *caput* do artigo 37 da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional 19/1998⁴³. Consta da exposição de motivos⁴⁴ da emenda que o Estado passava por uma crise, experimentada pelo período de estagnação econômica nos quinze anos anteriores, provocando uma crise no próprio aparelho estatal e deteriorando a capacidade de ação administrativa. Assim, a emenda caracterizou uma reforma administrativa, de modo a reavaliar e reorientar a concepção de administração pública verticalizada, hierárquica e rígida que havia no contexto do retorno à democracia. Nessa esteira, a previsão do princípio da eficiência configurou um reclamo contra a burocracia estatal e uma tentativa de combate à malversação de recursos públicos, à ausência de planejamento e aos erros reiterados por práticas gravosas⁴⁵.

Entretanto, a inserção da eficiência de maneira expressa no ordenamento jurídico ensejou críticas doutrinárias. Primeiramente, por se tratar de termo impreciso, sendo difícil definir quando a atividade administrativa é eficiente ou não⁴⁶. Além disso, a simples previsão expressa do princípio da eficiência não tem o condão de garantir a superação das mazelas da Administração, ao contrário de uma mudança de valores sociais e culturais, de maneira que o uso dos recursos seja equilibrado, sem desperdícios e sem favoritismos⁴⁷.

Ademais, nunca houve autorização para a Administração ser ineficiente. Anteriormente à Emenda Constitucional 19/1998, o princípio da eficiência era reconhecido implicitamente na Constituição. O Superior Tribunal de Justiça⁴⁸, em 1996, já asseverava que outros princípios da Administração Pública eram evidenciados na Carta Política, como o princípio da eficiência, que demandava da atividade administrativa resultado de interesse público.

⁴³ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 19/1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁴⁴ BRASIL. *Legislação informatizada – Emenda Constitucional nº 19, de 1998 – exposição de motivos*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4junho1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁴⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. Reforma administrativa (primeiras impressões). *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 214, p. 69-98, out./dez. 1998.

⁴⁶ CARVALHO FILHO, op. cit., 2020, p. 80.

⁴⁷ LEITE, Rosimeire Ventura. O princípio da eficiência na administração pública. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 251-263, out./dez. 2001.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 5.590/95*. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500167760&dt_publicacao=10-06-1996&cod_tipo_documento=1&formato=PDF>. Acesso em: 24 abr. 2021.

Embora a Constituição expressamente classifique como um princípio aplicável a toda atuação administrativa, Humberto Ávila⁴⁹ não considera a eficiência como um princípio. Para o autor⁵⁰, trata-se, em verdade, de um postulado, uma vez que não impõe a realização de um fim, mas estrutura a aplicação do dever de promovê-lo. Também não prescreve um comportamento ou atribui algum poder, mas estrutura a aplicação de normas que o fazem. Assim, a eficiência configuraria uma norma estruturante de segundo grau. Sustenta que a aplicação de um postulado exige ordenação e relação de elementos, não bastando mera análise de correspondência entre fato e hipótese normativa.

Nessa esteira, Ávila⁵¹ elenca diretrizes para a análise da aplicação de postulados normativos: após investigar casos cuja solução tenha sido tomada com base em um postulado normativo, analisa-se a fundamentação das decisões, de modo a verificar quais elementos foram ordenados, e como foram relacionados entre si. Ato contínuo, investiga-se qual norma foi objeto de aplicação, e quais os fundamentos para essa escolha. Por fim, uma vez descoberta a estrutura exigida na aplicação do postulado, faz-se o caminho de volta, qual seja, verifica-se eventual existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base nos postulados.

Para além da diferenciação entre princípio e postulado, há quem faça distinção entre eficácia e eficiência. Os termos, apesar de sinônimos, não ostentam o mesmo significado científico. A eficiência se refere aos meios, ao passo que a eficácia relaciona-se aos resultados. Essa corrente faz comparação à doutrina civilista, que expõe as obrigações de meio e de resultado⁵². Segundo afirma Uadi Lammêgo Bulos⁵³, eficácia e eficiência são instrumentos de gerenciamento de crises, e podem servir à implantação de um governo que gera receitas e diminui despesas. A eficiência visa a solucionar problemas por meio do cumprimento de deveres voltados à redução de custos, ao passo que a eficácia diz respeito a alternativas racionais e criativas para obtenção de lucros e de resultados positivos.

Apesar da imprecisão do termo “eficiência”⁵⁴, pode-se afirmar que constitui uma exigência ao exercício da função administrativa com rendimento funcional, perfeição e

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*. *Revista eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, out./nov./dez. 2005. p. 2-3.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*, p. 10-11.

⁵² AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *O princípio da eficiência no direito administrativo*. Disponível em: <<http://celc.com.br/pdf/comentarios/c2014/c198.pdf>>. Acesso em: 5 mai. 2021.

⁵³ BULOS, op. cit., p. 9-10.

⁵⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 80.

presteza⁵⁵. Dessa forma, o dever da eficiência estrutura a maneira segundo a qual a Administração atinge seus fins, e a relação entre as medidas adotadas e os fins perseguidos⁵⁶. Portanto, não basta a obediência ao princípio da legalidade, a atividade deve ser desempenhada de modo a apresentar resultados positivos para o serviço público e atendimento satisfatório das necessidades sociais⁵⁷.

Conforme ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁸:

[...] um direito eficiente não mais pode ser aquele monopolística e pleoricamente produzido pelo Estado, se afastando, cada vez mais, da realidade quando de sua aplicação, a ponto de desgastar-se e de, assim, comprometer a própria ordem jurídica. O direito eficiente é, pois, o que facilmente se identifica por sua aptidão para solucionar os problemas da sociedade, não importando, tampouco, se sua fonte for ou não estatal, nacional ou extranacional, pois o seu resultado é o que afinal tem significação.

Ainda de modo a esclarecer o tema, menciona-se que a eficiência se mostra sob dois aspectos, que dizem respeito à obtenção de melhores resultados⁵⁹: modo de atuação do agente público e modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública. Em verdade, o princípio da eficiência traduz um dever de boa administração, aplicável a todos os níveis da Administração brasileira⁶⁰. Juarez Freitas⁶¹ classifica a boa administração pública como um direito fundamental, cujo conceito é elaborado nos seguintes termos:

[...] trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade de princípios constitucionais e correspondentes prioridades.

Apesar de não constar expressamente do ordenamento jurídico brasileiro, o direito à boa administração pode ser extraído dos princípios da eficiência e da dignidade da pessoa humana. Além disso, encontra respaldo nos objetivos fundamentais do Estado brasileiro

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 105.

⁵⁶ ÁVILA, op. cit., p. 19.

⁵⁷ MEIRELLES; BURLE FILHO, op. cit., p. 105.

⁵⁸ MOREIRA NETO, op. cit., 2018, p. 230.

⁵⁹ DI PIETRO, op. cit., p. 243-244.

⁶⁰ MEIRELLES; BURLE FILHO, op. cit., p. 116-118.

⁶¹ FREITAS, Juarez. O direito fundamental à boa administração. *Revista do programa de pós-graduação em direito da UFC. de direito administrativo*, Fortaleza, v. 35.1, p. 195-217, jan./jun. 2015.

elencados no artigo 3º da Constituição Federal⁶², consistentes na promoção do bem de todos; na garantia do desenvolvimento nacional; na erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Freitas⁶³ ainda sustenta que o direito fundamental à boa administração abarca outros direitos, que elenca como mínimos, ou seja, que não excluem outros eventualmente tutelados: (I) direito à administração pública transparente; (II) direito à administração sustentável; (III) direito à administração dialógica; (IV) direito à administração imparcial; (V) direito à administração proba; (VI) direito à administração cumpridora de legalidade temperada; (VII) direito à administração preventiva, precavida e eficaz, que se comprometa com resultados compatíveis com a qualidade de vida.

Esses direitos se assemelham às características do princípio da eficiência catalogadas por Alexandre de Moraes⁶⁴. Nesse cenário, faz-se um paralelo entre essas características e os direitos englobados no direito fundamental à boa administração, de modo a demonstrar e analisar a íntima relação entre eles: (I) O direito à administração pública transparente se compatibiliza com a característica de transparência, que encontra respaldo no controle das atividades dos órgãos e agentes públicos, a fim de se constatar a eficiência na prestação de serviços, sem favorecimento ou discriminação⁶⁵.

Os direitos (II) à administração sustentável e (V) à administração proba podem ser combinados à característica de direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum. Isso porque preponderar benefícios sociais, ambientais e econômicos sobre os custos diretos e indiretos harmoniza-se com o vetor de interpretação segundo o qual o Estado deve promover o bem de todos⁶⁶.

A (III) administração pública dialógica, que para Freitas⁶⁷ corresponde a amplas garantias de contraditório e defesa, é conciliável à característica de neutralidade, ao passo que o Estado se mantém neutro na resolução de conflito de interesse. Ou seja, o Poder Público

⁶² BRASIL, op. cit., nota 39.

⁶³ FREITAS, op. cit., p. 198-199.

⁶⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 784-785.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ FREITAS, op. cit., p. 199.

assume uma postura valorativa de simultânea e igual consideração dos interesses em conflito⁶⁸.

A característica de imparcialidade se coaduna com o (IV) direito à administração imparcial, na medida em que a Administração atua de modo imparcial e independente⁶⁹, e não pratica, tampouco estimula, discriminações negativas, mas promove discriminações positivas, redutoras de desigualdades⁷⁰.

O (V) direito à administração cumpridora de legalidade temperada encontra correspondência na característica de desburocratização, uma vez que não se rende à “absolutização” irrefletida das regras⁷¹, e busca evitar uma Administração com interesses próprios, alheios aos interesses da população, e com demora na resolução dos assuntos dos cidadãos⁷².

Por fim, o (VI) direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz se compatibiliza com a característica da busca da qualidade. A Administração deve se comprometer com resultados duráveis e compatíveis com indicadores de qualidade de vida⁷³, e otimizar a aplicação de recursos e esforços incluindo a satisfação proporcionada ao administrado⁷⁴.

Resta evidente, portanto, a correlação entre o princípio da eficiência e o direito à boa administração. Noutro passo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁵ explica que o princípio da eficiência deve ser agregado aos demais princípios norteadores da Administração Pública, e deles não podendo se sobrepor, especialmente ao princípio da legalidade, o que poderia configurar riscos à segurança jurídica e ao Estado de Direito.

O princípio da legalidade importa na necessária autorização legislativa para toda e qualquer atividade administrativa, caracterizando uma diretriz básica de conduta dos agentes da Administração⁷⁶. Nessa toada, considerando que a consensualidade pressupõe alguma liberdade de atuação conferida ao administrador, surge a discussão acerca da Administração consensual face ao princípio da legalidade.

⁶⁸ MORAES, op. cit., p. 784.

⁶⁹ FREITAS, op. cit., p. 199.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

⁷² MORAES, op. cit., 785.

⁷³ FREITAS, op. cit., p. 199.

⁷⁴ MORAES, op. cit., p. 785.

⁷⁵ DI PIETRO, op. cit., p. 245.

⁷⁶ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 70.

Hely Lopes Meirelles⁷⁷ sustenta que as leis administrativas são de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários. A natureza da função pública e a finalidade do Estado seriam impeditivos para que os agentes administrativos deixassem de exercer poderes e de cumprir deveres impostos pela lei.

Contudo, agrega-se ao debate a última característica básica, elencada por Moraes⁷⁸, do princípio da eficiência: a participação e aproximação dos serviços públicos da população. Em conformidade com essa característica, e como um desmembramento do princípio da soberania popular e da democracia representativa, os interessados participam da gestão efetiva dos serviços administrativos. Assim, percebe-se que o consenso, aqui materializado pela participação do administrado na execução da atividade administrativa, encontra respaldo no princípio da eficiência.

Explicam Schirato e Palma⁷⁹ que a busca pela consensualidade na Administração decorre da demanda, cada vez mais incisiva, por celeridade no provimento administrativo, participação do administrado na tomada de decisões e eficiência na atuação administrativa.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸⁰ sugere, inclusive, uma mutação no próprio conceito de administração pública, para que seja compreendida como uma função constitucional e legalmente vinculada desempenhada pelo Estado, que sustenta a sua legitimidade no compartilhamento com a sociedade, especialmente quanto ao seu controle. Portanto, novamente percebe-se a consensualidade sendo relacionada à gestão pública.

Conforme ensina Muzzi Filho⁸¹, nem toda a atuação do Estado está exaustivamente regulamentada e definida em lei, e esta não é suficiente para, por si só, oferecer segurança jurídica nas relações entre Estado e cidadão. Por meio do consenso, o Poder Público, além de estimular a adoção de condutas privadas de interesse público, estimula a criação de soluções privadas de interesse público, acrescentando à máquina burocrática infinitas potencialidades da sociedade, que deixa de ser mera súdita para ser parceira da atuação estatal⁸².

⁷⁷ MEIRELLES; BURLE FILHO, op. cit., p. 93.

⁷⁸ MORAES, op. cit., p. 785.

⁷⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 24, dez./jan./fev. 2011. p. 3.

⁸⁰ MOREIRA NETO, op. cit., 2018, p. 220.

⁸¹ MUZZI FILHO, Carlos Victor. *O consentimento do contribuinte como técnica de segurança jurídica e praticabilidade no Estado Democrático de Direito*. 2013. 199 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 33.

⁸² MOREIRA NETO, op. cit., 2009, p. 156.

Segundo Schirato e Palma⁸³, a consensualidade preza pela flexibilidade das formas e pela informalidade no desempenho da atividade administrativa, e, na busca pela celeridade e pela eficácia no provimento administrativo, o foco fiscalizatório é centrado nos resultados em vez do procedimento.

Assim, verifica-se que a consensualidade tem íntima relação com o princípio da eficiência, que rege toda a atuação estatal. Entretanto, registre-se que não se tem a consensualidade como a solução automática de todos os problemas. A coerção é imprescindível para a existência das sociedades humanas, porém, não é suficiente para que progridam livremente.⁸⁴

Dessa forma, a boa administração deve ser vinculada à realidade, de modo a melhorar o presente e construir o futuro, e desempenhada a partir de uma compreensão aberta, plural e dinâmica dos interesses gerais, ou seja, do bem-estar dos cidadãos⁸⁵.

À vista disso, entende-se pela coexistência e harmonização da consensualidade com o princípio da legalidade. Este, orientador da atuação do Poder Público e limitador de arbítrios do Estado, deve ser estruturado à luz do postulado da eficiência. E a eficiência, como ensina Alexandre de Moraes⁸⁶, revela-se como um contexto necessário para todos os atos normativos e as condutas do Poder Público, além de servir de fonte de declaração de inconstitucionalidade face a qualquer atuação administrativa contrária à plena aplicabilidade da eficiência.

Nessa relação entre direito à boa administração e participação do administrado na atividade administrativa, observa-se que a celebração de pactos se contrapõe às ideias de imperatividade e unilateralidade defendidas pelo Direito Administrativo clássico⁸⁷. O aparato público deixa de ser um fim em si mesmo e recupera sua consciência de instituição a serviço da sociedade. Nesse contexto, o direito fundamental à boa administração ostenta natureza prestacional, vinculando o administrador aos princípios constitucionais relacionados à gestão pública, inclusive os que conferem maior participação do administrado⁸⁸.

Conclui-se, portanto, que o princípio da legalidade pode ser compatibilizado com a consensualidade, especialmente em razão do princípio da eficiência e do direito à boa

⁸³ SCHIRATO; PALMA, op. cit., p. 6.

⁸⁴ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, p. 132.

⁸⁵ MORGADO, Cíntia. Direito à boa administração: recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento. *Revista de direito da procuradoria geral*, Rio de Janeiro, n. 65, p. 68-94, 2010.

⁸⁶ MORAES, op. cit., p. 786.

⁸⁷ SCHIRATO; PALMA, op. cit., p. 3.

⁸⁸ ISMAIL FILHO, Salomão. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 105-137, set./dez. 2018.

administração. A lei fixa parâmetros de atuação do administrador, e não havendo vedação ao uso de métodos consensuais, o Poder Público deve viabilizá-los, observando o seu campo de discricionariedade.

Para a compreensão da consensualidade em âmbito administrativo, ainda é necessário analisar a discricionariedade do administrador público, notadamente os seus parâmetros e limites.

1.3. Discricionariedade da Administração Pública no Estado Democrático de Direito

Feitas as considerações acerca da consensualidade na Administração, especialmente em um Estado Democrático de Direito, emerge questionamento sobre a discricionariedade do administrador no manejo dessa consensualidade.

Tradicionalmente, a discricionariedade é tradicionalmente conceituada como a faculdade conferida à autoridade administrativa de se orientar livremente quanto à conveniência e oportunidade de seus atos, ou, ainda, escolher uma solução dentre um leque de opções⁸⁹. No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁰ aponta que a discricionariedade é observada quando a disciplina legal concede ao administrador certa esfera de liberdade a ser ocupada com seu juízo subjetivo, para que se satisfaça a finalidade da lei no caso concreto.

A extensão da discricionariedade estará a depender da densidade de regulação da norma que a habilita, sendo de realce que o correspondente fim sempre contém um condicionamento implícito para o seu aplicador, a limitar o quanto da discricião⁹¹.

A competência discricionária está a pressupor uma delegação da norma habilitante que, em portando uma determinada elasticidade, ao deixar mais ou menos indeterminados os requisitos ou efeitos do caso concreto, confere ao seu aplicador uma margem para apreciar as circunstâncias de fato, a fim de que possa deliberar⁹².

Consigna-se, ainda, o pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹³, o qual afirma que a discricionariedade constitui uma competência para definir administrativamente

⁸⁹ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 239.

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 990.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 49.

o interesse público, e tem natureza jurídica de poder-dever indisponível para a Administração. A respeito do tema, o autor⁹⁴ ensina:

[...] enquanto a discricionariedade se refere a um poder que implica, juntamente, um juízo e uma vontade, a discricionariedade técnica se reporta a um momento cognitivo e, por isso, acarreta somente um juízo, podendo, posteriormente, envolver ou não uma separada apreciação discricionária. Exemplificando, tem-se que a consideração sobre a natureza tóxica de uma substância decorre de uma apreciação técnica sobre a qual os órgãos administrativos não possuem competência para dispor sobre adotá-la ou não. No entanto, afigura-se possível que uma norma disponha que, uma vez se concluído pela existência da natureza tóxica de um produto, a autoridade (a mesma que formulou tal juízo ou outra) venha determinar a sua retirada do comércio, ou ordenar a sua destruição, ou proibir-lhe a sua utilização, ou permitir o seu emprego mediante cautelas especiais e assim por diante. Há, assim, discricionariedade apenas quanto à providência a ser adotada ao depois da constatação técnica. Diferentemente, poderia o legislador dispor que, em verificada a toxicidade de uma substância, deverá ser ordenada a sua destruição. Neste caso, não há discricionariedade nem mesmo quando a providência a ser adotada após o juízo técnico, estando o administrador, quando muito, livre para decidir sobre o modo como efetuar tal medida.

Ademais, importante trazer ao debate a ideia de graus de vinculação do ⁹⁵to administrativo. Gustavo Binbenbojm⁹⁶ explica que o espaço decisório da Administração não pode ser externo ao direito, tampouco à margem dos princípios constitucionais. Nesse contexto, fala-se em graus de vinculação à juridicidade em vez da dicotomia entre ato discricionário e ato vinculado.

Assim, para o autor⁹⁷, o grau de vinculação pode ser baixo – quando o ato for vinculado por princípios; intermediário – quando vinculado por conceitos jurídicos indeterminados; ou alto – quando vinculado por regras.

Noutro passo, Eros Grau⁹⁸ diferencia discricionariedade e interpretação de conceitos indeterminados: enquanto a primeira cuida da emissão de juízos de oportunidade na eleição entre indiferentes jurídicos, a segunda trata da emissão de juízos de legalidade. Logo, qualquer agente público terá competência para a prática de atos discricionários – ou seja, exercitar as “margens de liberdade de atuação fora dos quadrantes da legalidade” – somente quando norma jurídica válida possibilitar a formação de juízos de oportunidade⁹⁹.

⁹⁴ Ibidem, p. 60.

⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 329-330.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 204-205.

⁹⁹ Ibidem, p. 206-207.

Dito de outro modo: a discricionariedade permite a existência de mais de uma escolha possível, todas compatíveis com o Direito, ao passo que os conceitos jurídicos indeterminados ensejam não propriamente uma escolha, mas uma interpretação e aplicação do conceito, em cumprimento ao disposto pelo legislador¹⁰⁰.

Entretanto, vale registrar que a discricionariedade pode apresentar vícios, incorrendo o agente público em arbitrariedade. Primeiramente, o vício da discricionariedade excessiva, caracterizando arbitrariedade por ação, na qual o administrador ultrapassa os limites de sua competência discricionária, escolhendo opção sem lastro em regra válida, ou atuando com desvio abusivo das finalidades constitucionais ou legais.

Há também o vício da discricionariedade insuficiente, ou arbitrariedade por omissão, na qual o agente não realiza a escolha administrativa, ou realiza com descumprimento de diligências impositivas¹⁰¹.

Ainda nesse contexto, Edilson Vitorelli¹⁰² sustenta que a discricionariedade permite esconder decisões e condutas reprováveis do controle do Direito, a marca maior do Estado democrático contemporâneo. Por essa razão, o Direito Administrativo evoluiu nos últimos 150 anos para ampliar o controle dos atos dos gestores públicos, de modo a reduzir progressivamente o âmbito de insindicabilidade¹⁰³.

Como uma possível solução aos vícios da discricionariedade, Alexandre de Moraes¹⁰⁴ aponta a interligação dos princípios da eficiência, da razoabilidade e da moralidade, uma vez que o administrador deve adotar critérios razoáveis na realização de sua atividade discricionária. Odete Medauar¹⁰⁵ observa que a democracia deve transpor o limiar da Administração e aí vigorar, não se exaurindo na eleição. Nesse contexto, e vinculado à ideia de discricionariedade, tem-se a necessidade de motivação dos atos administrativos, com exposição das razões do ato¹⁰⁶.

À vista disso, tem-se a recente alteração na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb) pela Lei nº 13.655/2018¹⁰⁷, que acrescentou o artigo 20 àquela. Desse

¹⁰⁰ BINENBOJM, op. cit., p. 330.

¹⁰¹ FREITAS, op. cit., p. 205.

¹⁰² VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, mai./ago. 2020. p. 82

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ MORAES, op. cit., p. 782.

¹⁰⁵ MEDAUAR, op. cit., p. 197.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ BRASIL. *Lei nº 13.655/2018*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.

modo, exige-se análise de consequências práticas quando da decisão proferida com base em valores jurídicos abstratos. Verifica-se a redação do dispositivo:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.¹⁰⁸

Essa norma, de certa maneira, confere um caráter preditivo à atividade decisória, ou seja, impõe que o agente público antecipe os efeitos da decisão antes mesmo de tomá-la¹⁰⁹. Portanto, entre as opções lícitas, cabe ao administrador investigar as consequências práticas de cada uma delas, eliminando aquelas que se revelarem menos benéficas à sociedade, ainda que amparadas pela legalidade¹¹⁰.

A fim de conferir parâmetros para que a atividade preditiva seja minimamente controlável, Didier e Oliveira¹¹¹ apresentam algumas propostas que, embora pensadas para o âmbito judicial, também podem ser aplicadas à esfera administrativa. Assim, em suma, os autores¹¹² sugerem:

(a) a explicação racional do caminho percorrido até se chegar à consequência prática pensada, não bastando a mera indicação desta;

(b) que as consequências cogitadas devem ser reais e minimamente fundadas em lastro probatório;

(c) que a atividade interpretativa do conceito indeterminado deve ser coerente com o já construído doutrinária e jurisprudencialmente sobre o assunto;

(d) que a decisão não pode ter conteúdo em desconformidade com o Direito, ou seja, não pode violar uma norma jurídica, tampouco importar em postergação excessiva da solução ao caso concreto;

(e) o esclarecimento sobre qual o critério utilizado para a seleção das consequências que devem ser evitadas ou promovidas;

¹⁰⁸ BRASIL. *Decreto-Lei n° 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.

¹⁰⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 73, jul./set. 2019, p. 125.

¹¹⁰ VITORELLI, op. cit., p. 86.

¹¹¹ DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, op. cit., p. 127-130.

¹¹² *Ibidem*.

(f) que a inobservância do dever de considerar as consequências práticas acarreta em nulidade da decisão, sob o fundamento de falta ou deficiência de fundamentação, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal e dos artigos 11 e 489, § 1º, do Código de Processo Civil.

Para Edilson Vitorelli¹¹³, todo ato administrativo discricionário é fundado em um valor abstrato – conveniência e oportunidade –, de modo que o ato deve ser valorado à luz de suas consequências práticas, sendo essa valoração considerada existente apenas se constar da motivação do ato.

À vista disso, o dever de fundamentação das decisões administrativas atende ao princípio republicano e ao princípio da transparência, reduzindo o grau de abstração de conceitos jurídicos indeterminados¹¹⁴.

Ainda sobre os limites da discricionariedade, há falar também no controle dos atos administrativos. Desse modo, retorna-se à ideia de graus de vinculação do ato administrativo: quanto maior o grau de vinculação do administrador à juridicidade, maior o grau de controlabilidade dos seus atos¹¹⁵. Da mesma forma, quando faltarem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Judiciário, devido à presença de questões de alta complexidade técnica, o controle deve ser tendencialmente menor¹¹⁶.

Considerando que o Estado brasileiro se configura como um Estado Democrático de Direito, a participação do administrado caracteriza um elemento essencial dessa concepção. Assim, pode-se afirmar que a ascensão do Estado Democrático de Direito culmina na valorização da figura do administrado na relação com a Administração Pública¹¹⁷. A respeito do tema, Rafael Oliveira¹¹⁸ preconiza:

O Estado Pós-Social ou Subsidiário não significa uma desvalorização da Administração Pública, mas, ao contrário, representa uma redefinição das atividades administrativas que devem ser prestadas diretamente pelo Estado e das demais atividades que podem ser prestadas por particulares, notadamente por não envolverem a necessidade do exercício do poder de autoridade, com a valorização da sociedade civil no desempenho de atividades socialmente relevantes.

¹¹³ VITORELLI, op. cit., p. 86.

¹¹⁴ Ibidem, p. 88-90.

¹¹⁵ BINENBOJM, op. cit., p. 331.

¹¹⁶ Ibidem, p. 332.

¹¹⁷ SCHIRATO; PALMA, op. cit., p. 2.

¹¹⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 68.

Nessa esteira, faz-se distinção entre democracia formal e democracia substantiva, o que é relevante para a análise do consenso na Administração. Conforme Moreira Neto¹¹⁹, na democracia formal, característica em sociedades monoclasse e biclasse, o consenso era adstrito à escolha dos agentes políticos.

Com o advento de sociedades pluriclasse, o consenso passou a ter outra perspectiva: a escolha de políticas públicas. Portanto, surge a democracia substantiva, ainda em construção na sociedade contemporânea da informação, na qual, além da escolha de quem governa, é relevante o processo de formação da vontade.

Ainda segundo o autor¹²⁰, isso é chamado de “processualidade participativa”, que consiste em uma técnica jurídica para disciplinar a ação do Estado, reafirmando o sentido formal do direito ao devido processo. Desse modo, há o direito de participar em processos regulamentares, e o dever de instituir processos participativos adequados.

Nesse diapasão, a busca pela eficiência das políticas públicas e o rigor do atendimento da processualidade fazem avançar uma alternativa de ação estatal: a consensualidade.

Assim, haja vista a ascensão de fenômenos como o Estado em rede e a Governança Pública, emerge uma nova forma de administrar, fundada no diálogo, na negociação, no acordo, na coordenação, na descentralização, na cooperação e na colaboração.

O processo de determinação do interesse público passa a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva consensual e dialógica, a qual contrasta com a dominante perspectiva imperativa e monológica, avessa à utilização de mecanismos comunicacionais internos e externos à organização administrativa¹²¹.

Há comentar, ainda, que, nas hipóteses onde se afigure difícil uma provável certeza, há que se atribuir uma deferência às conclusões administrativas, contanto que apoiadas em razões sólidas e razoáveis, circunstância que, ao contrário do que possa parecer a um primeiro súbito de olhos, não se qualifica como discricionariedade, porquanto longe está de

¹¹⁹ MOREIRA NETO, Novas tendências da democracia: o consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. *Revista de direito da procuradoria geral*, Rio de Janeiro, n. 57, p. 106-126, 2003.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.

significar a atribuição, em favor da Administração Pública, de competência para resolver o questionamento técnico-científico com lastro nas apreciações subjetivas dos seus agentes¹²².

A exemplo, numa situação se tem que o critério técnico se encontra em conexão com o administrativo, vindo a ser absorvido por este. Suponha-se que condições de segurança ou de higiene de construção de um edifício, apesar de não satisfatórias tecnicamente, possam permitir, uma vez resguardado um mínimo de suficiência de segurança e higiene, a sua utilização, desde que realizadas providências de adaptação¹²³.

Ou seja, os elementos técnicos constituem pressupostos da ação administrativa, não impedindo que a Administração atue com certa liberdade, podendo, assim, determinar a conservação da edificação ou a sua interdição¹²⁴.

Portanto, à vista do exposto, pode-se inferir que a discricionariedade é um instrumento conferido ao administrador para, observando uma flexibilidade juridicamente permitida, preencher uma finalidade de interesse público.

A discricionariedade encontra limites nas regras, nos conceitos jurídicos indeterminados e nos princípios. Entretanto, deve haver fundamentação nas decisões administrativas, em homenagem ao princípio republicano e ao princípio da transparência.

Quando das suas decisões proferidas com base em valores jurídicos abstratos, cabe ao administrador o ônus da análise de consequências práticas.

¹²² MOREIRA NETO, op. cit., 1998, nota 93, p. 55.

¹²³ Ibidem, p. 60.

¹²⁴ Ibidem.

2. A NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E OS LIMITES DE SUA INDISPONIBILIDADE

Conforme afirma Eros Grau¹²⁵, a definição do interesse público é a grande questão do Direito Administrativo. Tamanha a importância do instituto, Odete Medauar¹²⁶ o caracteriza como suporte e legitimação de atos e medidas no âmbito administrativo.

Ao longo dos tempos, o interesse público nem sempre correspondeu ao interesse social. Antes da instituição do Estado de Direito, os membros da sociedade eram vistos como súditos, e o interesse público correspondia ao interesse da pessoa do soberano¹²⁷. Com o advento do Estado de Direito, depois o Estado Social de Direito, e modernamente o Estado Democrático de Direito, o interesse público passou a corresponder ao interesse da coletividade, instituindo-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

O Estado, na condição de executor da vontade pública, deve tutelar o interesse público e propiciar o melhor benefício possível ao real titular do poder – o povo –, uma vez que a administração estatal não deve ter um fim em si mesma¹²⁸.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado legitima o desequilíbrio existente nas relações jurídicas entre Administração e administrados, sempre em favor da primeira¹²⁹. Há, porém, atual debate acerca da superação ou da limitação desse princípio, em virtude da constitucionalização do Direito Administrativo, da incompatibilidade com postulados normativos consagrados no Texto constitucional, e da indeterminabilidade abstrata e objetiva do interesse público.

Para o tema proposto neste trabalho, importante analisar, ainda, a questão da indisponibilidade do interesse público, que, à primeira vista, representa um óbice ao emprego da consensualidade na Administração Pública.

¹²⁵ GRAU, op. cit., p. 171.

¹²⁶ MEDAUAR, op. cit., p. 230.

¹²⁷ MELLO, op. cit., p. 47.

¹²⁸ CAPUCELLI, Rodrigo Crepaldi Perez; BEÇAK, Rubens. A (in)disponibilidade do interesse público na utilização da arbitragem. *Revista de Formas Consensuais de Solução De Conflitos*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 28-48, jul./dez. 2018.

¹²⁹ BAPTISTA, op. cit., p. 182.

2.1. A Transformação do Interesse Público e sua Redefinição

Para discutir acerca do interesse público, faz-se, primeiramente, um resgate às origens do Direito Administrativo. De modo geral, a doutrina entende que surgiu com o advento do Estado de Direito e a eclosão da Revolução Francesa de 1789. Anteriormente ao Estado de Direito, vigorava o regime das monarquias absolutistas, nas quais o monarca detinha todos os poderes do Estado, o que fragilizava a relação entre Estado e súditos¹³⁰. Nesse tempo, o interesse público se confundia com o interesse do rei. Algumas frases céleres da História podem ser citadas de modo a ilustrar essa ideia, como “L’État c’est moi (O Estado sou eu)”, atribuída a ao monarca francês Luís XIV, e “The king can do no wrong (O rei não erra)”, cuja utilização buscava justificar a irresponsabilidade estatal por seus atos.

A teoria da Separação dos Poderes, como o próprio nome sugere, desmembrou a concentração de poder nas mãos do rei. Inicialmente idealizada por Aristóteles, Locke, e Rousseau, ganhou maior notoriedade ao ser definida por Montesquieu¹³¹. Pode-se dizer que a ideia norteadora de Montesquieu foi no sentido de que o poder tende a se corromper se não encontrar limites – um pensamento que expressa o pessimismo antropológico que vigorava na Inglaterra¹³². Assim, Montesquieu dividiu o poder de maneira tríplice, resultando na conhecida separação entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

Essa divisão trouxe a lógica de que o Parlamento seria o veículo de expressão da vontade geral, ao passo que a Administração se resumiria ao cumprimento mecânico da vontade emanada do legislador¹³³. Percebe-se que, tal qual o poder, a concentração da definição do interesse público foi repartida do arbítrio do monarca. Agora, não apenas o rei ditava o interesse público, mas também o Legislativo poderia fazê-lo.

Há de se observar, ainda, que a separação dos poderes deu origem a um dos paradigmas do Direito Administrativo: a legalidade como vinculação positiva à lei, cabendo à Administração atuar somente naquilo que a lei determina, ao passo que ao particular lhe é permitido realizar tudo que não for vedado pela lei¹³⁴.

A noção de interesse público também tem íntima relação com a Revolução Francesa. Os revolucionários, ao tentar explicar a finalidade de suas ações, utilizavam a ideia de

¹³⁰ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 59.

¹³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 111.

¹³² TAVARES, op. cit., p. 1180.

¹³³ BINENBOJM, op. cit., p. 10.

¹³⁴ *Ibidem*.

interesse público para propiciar a adesão de todos¹³⁵. Além disso, havia expressiva valorização das leis, pois elas estavam vinculadas ao conceito de interesse geral, que representava um objetivo e um limite fundamental à atuação do legislador¹³⁶.

No Brasil, em vista da colonização de exploração, bem como do patrimonialismo da Coroa portuguesa, o modelo de administração adotado se valeu do modelo francês para se institucionalizar e legitimar¹³⁷. A formação do Direito Administrativo brasileiro sofreu influência do direito estrangeiro. Relativamente ao discutido nesta seção, a noção de interesse público foi inspirada do direito italiano¹³⁸. O princípio da legalidade, estabelecendo a lei como a principal fonte do direito, foi acolhido do direito francês, estando presente em todas as Constituições brasileiras, à exceção da Constituição de 1937¹³⁹.

Atualmente, sob a forma de um Estado Democrático de Direito, entende-se que a Administração não é a detentora do monopólio do interesse público, devendo partilhar essa atribuição com a sociedade, a exemplo do dever de preservação do meio ambiente¹⁴⁰.

Além do mais, importante mencionar que o conteúdo do interesse público não é estático. A esse respeito, Patrícia Baptista¹⁴¹ preleciona que, no liberalismo clássico, havia clara distinção entre os espaços público e privado, limitando-se os interesses públicos perseguidos, ao passo que, no Estado-providência, a ingerência estatal na vida da sociedade restringiu a possibilidade de uma clara delimitação entre o interesse público e as demais categorias de interesse.

Portanto, o interesse público é um instituto de difícil definição. Em razão disso, os componentes das três esferas de função do Poder – Executivo, Legislativo e Judiciário – utilizam o conceito de modo abstrato. Essa abstração teórica¹⁴² enseja críticas doutrinárias, razão pela qual alguns autores apontam, inclusive, para uma desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, teoria que será explorada em seção própria.

¹³⁵ MEDAUAR, op. cit., p. 233.

¹³⁶ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 28.

¹³⁷ BINENBOJM, op. cit., p. 17.

¹³⁸ RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO; _____, op. cit., p. 103.

¹³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: _____; RIBEIRO, op. cit., p. 101.

¹⁴⁰ MEDAUAR, op. cit., p. 235.

¹⁴¹ BAPTISTA, op. cit., p. 202.

¹⁴² BINENBOJM, op. cit., p. 93.

Há doutrinadores que se lançam à tentativa de conceituar o interesse público. A definição tradicional é enunciada por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴³, que conceitua o instituto como “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.

Carvalho Filho¹⁴⁴ sustenta se tratar de um conceito jurídico determinável, a medida que é possível ao intérprete, analisando os elementos do fato, identificar o que eventualmente seja interesse público. O autor¹⁴⁵ ainda afirma que o interesse público não é o somatório dos interesses individuais dos componentes do grupo social, mas busca o bem comum, traduzindo interesse próprio, coletivo e gerador de satisfação geral. Carlos Vinícius Alves Ribeiro¹⁴⁶ também defende ser um conceito jurídico determinável, mas argumenta que configura interesse público apenas aquele positivado no ordenamento jurídico, sob a forma de regra ou princípio.

Nessa esteira, observa-se que o interesse público nem sempre é encontrado no ordenamento jurídico sob essa terminologia. Como bem pontua Odete Medauar¹⁴⁷,

Outras expressões guardam semelhança com interesse público, p. ex., bem de todos (art. 3º, IV, da Constituição brasileira de 1988), interesse nacional (art. 176, §1º, da Constituição), necessidade coletiva, interesse comum, utilidade pública, necessidade pública; quando citadas para justificar decisões, atos, exercício de poderes e funções, medidas excepcionais, vinculam-se à ideia de benefício para todos, de algo benéfico para a coletividade, por vezes em detrimento de interesse restrito, particularizado em indivíduos ou grupos; é o mesmo núcleo de entendimento da expressão interesse público.

Além da questão conceitual, o interesse público é tradicionalmente dividido entre primário e secundário. O interesse primário diz respeito à satisfação de necessidades coletivas por meio da execução de atividades administrativas voltadas à coletividade; por seu turno, o interesse público secundário configura o interesse do Estado, na condição de sujeito de direitos e obrigações, consubstanciando o interesse do erário¹⁴⁸.

Ao passo que o interesse primário reside no interesse na sociedade, consubstanciado em valores como justiça, segurança e bem-estar social, o interesse secundário se traduz no

¹⁴³ MELLO, op. cit., p. 62.

¹⁴⁴ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 84.

¹⁴⁵ Idem. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO; RIBEIRO, op. cit., p. 73.

¹⁴⁶ RIBEIRO, op. cit. In: Ibidem., p. 117.

¹⁴⁷ MEDAUAR, op. cit., p. 231-232.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 114-115.

interesse da pessoa jurídica de direito público, identificando-se com o interesse da Fazenda Pública¹⁴⁹.

Por fim, apresenta-se a definição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁵⁰, o qual entende que o interesse público é o produto de uma especificação da ordem jurídica, mas jamais um dado metajurídico ou subjetivo, cujo abuso na política contamina o Direito.

Nesse sentido, de modo a realizar um breve estudo sobre o uso abstrato do interesse público na Administração, faz-se uma análise das teses de repercussão geral do STF¹⁵¹.

Buscando pelo vocábulo “interesse”, tem-se vinte resultados. Desprezando-se os retornos alusivos ao interesse processual, como as expressões “conflito de interesse” e “interesse de agir”, bem como as teses relativas a interesse de categorias profissionais e os vocábulos em duplicidade dentro de um mesmo tema, encontram-se oito resultados aplicáveis à análise proposta neste trabalho.

Os Temas 612¹⁵² e 916¹⁵³ tratam da contratação temporária de agentes públicos, exigindo, para tanto, um excepcional interesse público. O Tema 562¹⁵⁴ determina a prevalência do interesse coletivo na hipótese de conflito entre a liberdade de expressão de agente político, na defesa da coisa pública, e a honra de terceiro. As Teses 145¹⁵⁵ e 272¹⁵⁶,

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 49.

¹⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 70.

¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Teses de Repercussão Geral*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp>>. Acesso em: 3 set. 2021.

¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 612*. “Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração.”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4144344&numeroProcesso=658026&classeProcesso=RE&numeroTema=612>>. Acesso em: 3 set. 2021.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 916*. “A contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4445850&numeroProcesso=765320&classeProcesso=RE&numeroTema=916>>. Acesso em: 3 set. 2021.

¹⁵⁴ “Ante conflito entre a liberdade de expressão de agente político, na defesa da coisa pública, e honra de terceiro, há de prevalecer o interesse coletivo.”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4239018&numeroProcesso=685493&classeProcesso=RE&numeroTema=562>>.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 145*. “O município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e o Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja

fixam como interesse local a ser disciplinado pelo Legislativo Municipal, respectivamente, matéria relacionada ao meio ambiente, em harmonia com o disposto pelos demais entes federados, e o tempo de espera do consumidor em fila de instituições bancárias.

Ainda nessa análise, o Tema 471¹⁵⁷ dispõe sobre a legitimidade do Ministério Público em promover a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, quando estes comprometerem relevantes interesses sociais. A Tese 832¹⁵⁸ determina o exercício pleno, por parlamentar na condição de cidadão, do direito fundamental de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo. Por fim, a Tese 1.039¹⁵⁹ estabelece a constitucionalidade do artigo 38, alínea “e”, da Lei n.º 4.117/1962, com finalidade de fazer chegar informações de interesse público ao maior número de brasileiros.

Apesar da demonstrada abstratividade, percebe-se um ponto de toque entre todos os temas de repercussão geral apresentados, qual seja, o interesse público relaciona-se diretamente à ideia de agir em proveito da coletividade, atentando-se àquilo que lhe é importante e útil. Pode-se falar em uma percepção geral das exigências da comunidade¹⁶⁰.

harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI, c/c 30, I e II, da Constituição Federal).”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2616565&numeroProcesso=586224&classeProcesso=RE&numeroTema=145>>. Acesso em: 3 set. 2021.

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 272*. “Compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, notadamente sobre a definição do tempo máximo de espera de clientes em filas de instituições bancárias.”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3850351&numeroProcesso=610221&classeProcesso=RE&numeroTema=272>>. Acesso em: 3 set. 2021.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 471*. “Com fundamento no art. 127 da Constituição Federal, o Ministério Público está legitimado a promover a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, mesmo de natureza disponível, quando a lesão a tais direitos, visualizada em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a comprometer relevantes interesses sociais.”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3964240&numeroProcesso=631111&classeProcesso=RE&numeroTema=471>>. Acesso em: 3 set. 2021.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 832*. “O parlamentar, na condição de cidadão, pode exercer plenamente seu direito fundamental de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo, nos termos do art. 5º, inciso XXXIII, da CF e das normas de regência desse direito.”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4709214&numeroProcesso=865401&classeProcesso=RE&numeroTema=832>>. Acesso em 3 set. 2021.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 272*. “Presente razoável e adequada finalidade de fazer chegar ao maior número de brasileiros diversas informações de interesse público, é constitucional o artigo 38, ‘e’, da Lei 4.117/1962, com a redação dada pela Lei 13.644/2018, ao prever a obrigatoriedade de transmissão de programas oficiais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (‘Voz do Brasil’), em faixa horária pré-determinada e de maior audiência”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5135257&numeroProcesso=1026923&classeProcesso=RE&numeroTema=1039>>. Acesso em: 3 set. 2021.

¹⁶⁰ MEDAUAR, op. cit., p. 232.

Não se pretende, com o presente trabalho, fixar um conceito de interesse público, apenas demonstrar que este é mutável ao longo do tempo, e de acordo com as variações culturais de cada região, razão pela qual pode-se afirmar a existência de uma mutabilidade do interesse público.

Além disso, uma tentativa de positivação do instituto traria dificuldade de ordem prática. É tarefa do administrador esclarecer qual é efetivamente o interesse público em discussão no caso concreto, e qual regra jurídica lhe atribui superioridade legítima¹⁶¹.

Atualmente, e sobretudo sob o viés da constitucionalização do Direito Administrativo, o princípio da supremacia do interesse público tem sido questionado. A constitucionalização traz duas ideias: a primeira diz respeito à elevação ao nível constitucional de matérias anteriormente tratadas por norma infraconstitucional¹⁶².

A segunda, que será o foco da presente exposição, tem o sentido de efeito expansivo das normas constitucionais, irradiando o seu conteúdo material e axiológico por todo o sistema jurídico¹⁶³. Tem-se, portanto, uma releitura, a partir da ótica constitucional, a fim de reinterpretar os institutos jurídicos, de modo a evitar conflitos com a Constituição e potencializar os valores e objetivos desta¹⁶⁴.

No Brasil, o fenômeno da constitucionalização do Direito foi intensificado com a promulgação da Constituição de 1988¹⁶⁵. Esta consagrou os princípios próprios do Estado Democrático de Direito, com a conseqüente concepção mais ampla do princípio da legalidade e a ideia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração¹⁶⁶.

A constitucionalização de princípios e valores passou a orientar a atuação das três funções de Poder do Estado¹⁶⁷. Quanto às funções legislativa e administrativa, impôs deveres negativos e positivos de atuação, a fim de que os agentes observem os limites e promovam os fins estabelecidos pela Constituição¹⁶⁸. Para a função jurisdicional, trouxe técnicas e possibilidades interpretativas, consistentes na revogação de normas infraconstitucionais anteriores e incompatíveis com a Constituição; na declaração de inconstitucionalidade de

¹⁶¹ RIBEIRO, op. cit., In: DI PIETRO; _____, op. cit., p. 104.

¹⁶² Idem, op. cit., 2015, p. 109.

¹⁶³ BARROSO, op. cit., In: ARAGÃO; MARQUES NETO, op. cit., p. 32.

¹⁶⁴ BINENBOJM, op. cit., p. 65.

¹⁶⁵ Ibidem., p. 66.

¹⁶⁶ DI PIETRO, op. cit., 2019, p. 110.

¹⁶⁷ Ibidem., p. 109.

¹⁶⁸ BARROSO, op. cit., In: ARAGÃO; MARQUES NETO, op. cit., p. 44.

normas infraconstitucionais posteriores e incompatíveis com a Carta Maior; na declaração de inconstitucionalidade por omissão; e na interpretação conforme a Constituição¹⁶⁹.

Especificamente quanto ao Direito Administrativo, a constitucionalização trouxe o seu enriquecimento segundo os ideais de centralidade e dignidade da pessoa humana, de transparência, de processualização, de exigência de motivação, de controle social e de participação¹⁷⁰. Nesse contexto, reformulou ou superou alguns paradigmas tradicionais da matéria, a exemplo da vinculação do administrador à Constituição – e não apenas à lei ordinária –, da possibilidade de controle judicial do mérito administrativo, e da redefinição da supremacia do interesse público sobre o privado¹⁷¹.

2.2 Supremacia do Interesse Público: Superação ou Manutenção?

De modo a introduzir a análise, faz-se alusão à existência de corrente doutrinária que rechaça a teoria tradicional da gênese do Direito Administrativo. Gustavo Binjenbojm¹⁷² alega se tratar de um erro histórico, uma vez que o surgimento de um Direito especial da Administração Pública não resultou da vontade geral – expressa pelo Legislativo –, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo, como uma maneira de manter práticas administrativas anteriores à Revolução Francesa e fora da esfera de controle dos cidadãos. Nessa esteira, impende registrar que¹⁷³:

Paulo Otero [...] sustenta que haveria uma relação de continuidade entre a França pós-revolucionária e os ideais consagrados pelo período político anterior, servindo o Direito Administrativo, na verdade, como um mecanismo para legitimar e, ao mesmo tempo, imunizar o poder estatal contra o controle externo, especialmente a partir da instituição de uma justiça administrativa especializada (Conselho de Estado), integrante do Executivo. A confusão das funções de executar e julgar nas mãos de um único “poder” (Executivo) é considerado como um “pecado original” do contencioso administrativo francês.

Observa-se, portanto, que alguns dos dogmas do Direito Administrativo brasileiro estariam fundados em um erro de origem da matéria. A separação dos poderes, da qual

¹⁶⁹ Ibidem.

¹⁷⁰ DI PIETRO, op. cit., 2019, p. 66.

¹⁷¹ BARROSO, op. cit., In: ARAGÃO; MARQUES NETO, op. cit., p. 49-50.

¹⁷² BINENBOJM, op. cit., p. 11.

¹⁷³ OLIVEIRA, op. cit., p. 57.

origina o princípio da legalidade, seria uma forma de imunização decisória dos órgãos do Executivo, pois, em sua gênese, a Administração julga a si própria e sem controle judicial¹⁷⁴.

Nesse sentido, afirma Fernando Dias Menezes de Almeida¹⁷⁵ que o Direito Administrativo, embora tenha sido concebido como um instrumento de concretização do Estado de Direito, transferiu ao Estado prerrogativas em certa medida análogas àquelas observadas nos antigos regimes absolutistas. A exemplo disso, as ideias de irresponsabilidade do Estado, de insubordinação a acordo de vontades com particulares, e de supremacia do interesse público.

Sabe-se que, no Brasil, não subsiste a teoria da irresponsabilidade do Estado. Pelo contrário: o artigo 37, § 6º, da Constituição da República¹⁷⁶, estabelece a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados, sendo prescindível a aferição de dolo ou culpa. Da mesma forma, também não prospera a ideia de insubordinação do Estado a acordo de vontades com particulares, uma vez que a Constituição prevê institutos como a delegação de serviço público (art. 175) e o contrato de gestão (art. 37, § 8º, e regulamentado pela Lei n.º 9.637/1998¹⁷⁷). Resta, portanto, discutir a supremacia do interesse público.

A corrente doutrinária¹⁷⁸ que contesta a existência do princípio da supremacia do interesse público sustenta, primeiramente, que os interesses dos particulares não podem ser considerados intrinsecamente inferiores a um interesse público em abstrato. Essa doutrina nega a possibilidade de harmonizar, no ordenamento jurídico, um princípio segundo o qual a melhor solução se consubstancia na vitória do interesse público, mesmo sem avaliar as nuances do caso concreto¹⁷⁹.

Por outro lado, autores¹⁸⁰ que defendem a manutenção do princípio afirmam que a premissa segundo a qual o interesse público sempre, em qualquer situação, deve prevalecer sobre o particular nunca foi aplicada, à exceção de regimes totalitários. Desse modo, a supremacia do interesse público, assim como os demais princípios, sofre limitações e

¹⁷⁴ BINENBOJM, op. cit., p. 15-16.

¹⁷⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO; MARQUES NETO, op. cit., p. 337.

¹⁷⁶ BRASIL, op. cit., nota 41.

¹⁷⁷ BRASIL. *Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm>. Acesso em: 3 set. 2021.

¹⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO; MARQUES NETO, op. cit., p. 79.

¹⁷⁹ BINENBOJM, op. cit., p. 100.

¹⁸⁰ DI PIETRO, op. cit., In: _____; RIBEIRO, op. cit., p. 94.

temperamentos, respeitando direitos adquiridos e atendendo as finalidades contempladas normativamente¹⁸¹.

O Estado Democrático de Direito, em sua dinâmica de funcionamento, é entendido como um Estado de ponderação, na medida em que abrange bens, princípios, finalidades e interesses, proporcionando uma acomodação otimizada entre eles, de acordo com as circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto¹⁸².

À vista disso, deve-se empregar o princípio da proporcionalidade, de maneira a otimizar a proteção aos bens jurídicos em confronto, por meio de uma justa e adequada proporção entre os interesses, evitando-se sacrifícios desnecessários ou exagerados¹⁸³. De toda forma, o processo decisório desenvolvido pelo administrador deve ser transparente e passível de controle, explicitando-se a finalidade buscada e a sua adequação à efetiva realização do fim almejado¹⁸⁴.

Outro argumento empregado para a superação do princípio da supremacia do interesse público diz respeito aos riscos para os direitos fundamentais. A Constituição é orientada segundo a influência do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o interesse individual deve ser protegido face aos interesses gerais da coletividade¹⁸⁵. Nesse sentido, Marçal Justen Filho¹⁸⁶ defende que a Constituição contempla, primeiramente, um conjunto de garantias em favor do particular contra o Estado, sendo a supremacia do interesse público utilizada por Estados totalitários, de modo a eliminar do indivíduo a condição de sujeito de direito.

Nessa seara, a supremacia abstrata e incondicional do interesse público vai de encontro à proteção dos direitos fundamentais. A realização destes, quando em confronto com interesses públicos, não configura desvio de finalidade na atuação administrativa, pois a promoção dos direitos fundamentais também é um fim público¹⁸⁷. Portanto, a partir da análise do conjunto normativo constitucional, a corrente não vislumbra o princípio da supremacia do interesse público, considerando a vasta proteção conferida aos interesses particulares¹⁸⁸.

¹⁸¹ MELLO, op. cit., p. 75.

¹⁸² BINENBOJM, op. cit., p. 112.

¹⁸³ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público: As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO; MARQUES NETO, op. cit., p. 133.

¹⁸⁴ JUSTEN FILHO, op. cit., In: Ibidem., p. 82-83.

¹⁸⁵ BINENBOJM, op. cit., p. 98.

¹⁸⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., In: ARAGÃO; MARQUES NETO, op. cit., p. 79.

¹⁸⁷ BINENBOJM, op. cit., p. 99.

¹⁸⁸ Ibidem., p. 98.

Para Carvalho Filho¹⁸⁹, em sentido contrário, os riscos aos direitos fundamentais sempre existiram, e isso se dá pelo natural confronto entre Estado e sociedade. Porém, quem gera esses riscos ou provoca efetivas ofensas não é a supremacia do interesse público. Esta, na verdade, protege os direitos fundamentais contra interesses privados e egocêntricos de indivíduos e grupos. Em alguns casos, o interesse público é satisfeito no atendimento a interesses particulares, mas também pode haver prejuízo ao bem comum na concretização destes, sendo essa situação que o princípio da supremacia do interesse público visa a evitar¹⁹⁰. Invoca-se, novamente, a ponderação e a razoabilidade.

Todavia, Daniel Sarmento¹⁹¹ argumenta que os direitos fundamentais podem ser restringidos apenas em três hipóteses: diretamente pela Constituição; por lei restritiva editada mediante autorização constitucional; e por restrições não expressas no texto constitucional. Nesse último caso, a limitação de um direito fundamental deve ser fundada na proteção de algum bem jurídico constitucionalmente tutelado.

Ainda nesse sentido, para a corrente em questão, o problema não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer¹⁹², em uma crítica à indeterminação do conceito de interesse público. Porém, na concepção da outra corrente de pensamento, qualquer conceito jurídico indeterminado, para ser aplicado ao caso concreto, necessita da ponderação de interesses, de avaliação de custo-benefício, e do uso de critérios de interpretação para mitigar ou, até mesmo, afastar a indeterminação, encontrando-se a solução mais adequada¹⁹³.

Além disso, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹⁴, há diferentes graus de indeterminação. Referindo-se a “bem comum”, como fim do Estado, o grau é mais elevado. Porém, vai diminuindo à medida que se considera os diferentes ramos do Direito, bem como os diferentes setores de atuação do Estado. Não se pode dizer que há indeterminação do interesse público, por exemplo, no tombamento de um patrimônio público, ou no procedimento de licitação. Para a autora¹⁹⁵, a razoabilidade atua como método de interpretação do princípio, permitindo a ponderação entre interesse privado e público, e não como seu substituto.

¹⁸⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., In: DI PIETRO; RIBEIRO, op. cit., p. 78.

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ SARMENTO, op. cit., In: ARAGÃO; MARQUES NETO, op. cit., p. 126-129.

¹⁹² BINENBOJM, op. cit., p. 104.

¹⁹³ DI PIETRO, op. cit., In: _____; RIBEIRO, op. cit., p. 100.

¹⁹⁴ Ibidem., p. 98.

¹⁹⁵ Ibidem., p. 102.

Ambas as correntes doutrinárias, que defendem a manutenção ou a rejeição da supremacia do interesse público, parecem ter uma ideia em comum: o mero uso da expressão “interesse público” não constitui justificativa apta a legitimar adequadamente uma decisão administrativa¹⁹⁶.

Por fim, agrega-se ao debate a conclusão de Rafael Oliveira¹⁹⁷, no sentido da inexistência de um interesse público único, estático e abstrato, mas de finalidades públicas normativamente elencadas que não necessariamente estão em confronto com os interesses privados. Por esse motivo, de acordo com o autor¹⁹⁸, mostra-se mais adequado falar em “princípio da finalidade pública”, em vez do tradicional “princípio da supremacia do interesse público”, reforçando-se a ideia de que a atuação do Estado deve estar sempre apoiada em finalidades públicas, não egoístas, estabelecidas no ordenamento jurídico. Logo, a atuação do Poder Público não deve ser pautada pela supremacia do interesse público, e sim pela ponderação e máxima realização dos interesses envolvidos.

A discussão acerca da eventual superação do princípio da supremacia do interesse público é demasiadamente complexa, e não constitui a discussão central deste trabalho. Entretanto, no que concerne ao tema proposto, entende-se pelo princípio da finalidade pública, conjugada ao princípio da proporcionalidade. Não se nega a existência do interesse público, consistente na ideia de interesses gerais da sociedade que devem ser atendidos pelo Estado, mas defende-se a sua interpretação por meio do sistema de ponderações previsto no ordenamento jurídico, sem que haja uma prevalência teórica e antecipada do interesse público sobre o particular¹⁹⁹.

2.3. A Superação do Dogma da Indisponibilidade do Interesse Público

Relacionada à noção de supremacia, o interesse público foi concebido no Direito brasileiro como indisponível. A vinculação da administração pública ao interesse público, como fundamento de suas próprias decisões, impõe uma vedação ao administrador de agir em favor de interesses particulares ou de um grupo específico²⁰⁰. Assim, todo ato administrativo

¹⁹⁶ RIBEIRO, op. cit., In: DI PIETRO; _____, op. cit., p. 116.

¹⁹⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 116.

¹⁹⁸ Ibidem.

¹⁹⁹ BINENBOJM, op. cit., p. 107.

²⁰⁰ CAPUCELLI; BEÇAK, op. cit., p. 31.

deve ser direcionado por uma série de princípios, dentre eles, a indisponibilidade do interesse público²⁰¹.

Essa indisponibilidade traz a noção de que os interesses qualificados como próprios da coletividade não estão à livre disposição de quem quer que seja, nem do próprio órgão administrativo que os representa²⁰².

Nessa esteira, a consensualidade, apesar de ser potencialmente benéfica social e economicamente, enfrenta óbice quanto à indisponibilidade do interesse público. Entretanto, em vista da constitucionalização do Direito Administrativo e da mitigação do princípio da supremacia do interesse público, o dogma da indisponibilidade do interesse público também vem sendo questionado.

Juliana Bonacorsi de Palma²⁰³ expõe que o conteúdo da indisponibilidade do interesse público abarca quatro categorias. Primeiramente, a indisponibilidade da finalidade legal, ou seja, a ideia de que é o interesse público, e não a vontade do gestor, que orienta a atuação administrativa. Dessa maneira, caberia ao administrador somente explicitar o interesse público fixado em lei formal e adequar a atuação administrativa para satisfazer o interesse compreendido no comando legal.

Em segundo lugar, a indisponibilidade do dever de agir. Essa categoria traz a ideia de obrigação imposta à Administração de tomar medidas para satisfazer o interesse público, sendo a sua omissão ou mora uma transgressão ao princípio da indisponibilidade.

Em terceiro lugar, a indisponibilidade de bens e serviços. Por fim, a indisponibilidade de competências administrativas, isto é, a impossibilidade de renúncia, total ou parcial, das prerrogativas administrativas.

De modo a analisar o conteúdo da indisponibilidade do interesse público face à atuação consensual da Administração, em primeiro plano, retoma-se a ideia, já exposta neste trabalho, de que o interesse público é mutável, e ostenta conteúdo jurídico abstrato. Dessa forma, admitir a total impossibilidade de celebração de acordos administrativos, pela invocação do princípio da indisponibilidade, é um descompasso, pois os acordos podem ser uma forma de atingimento do interesse público²⁰⁴.

Além do mais, a atuação administrativa consensual não confronta a ideia de que o interesse público é protegido pela Administração quando satisfeita a finalidade exposta em lei,

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² MELLO, op. cit., p. 76.

²⁰³ PALMA, op. cit., p. 158.

²⁰⁴ Ibidem, p. 163.

uma vez que os acordos administrativos não são contrários ao interesse público, sendo, por vezes, a própria expressão deste²⁰⁵.

Tem-se, também, que o manejo da consensualidade não importa em mora ou inércia da Administração quando da busca e defesa da finalidade pública²⁰⁶. Do mesmo modo, a disponibilidade de um interesse público específico no caso concreto não traduz uma violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público, desde que haja previsão legal para tanto e o resultado da atuação consensual seja mais eficaz do que o ato unilateral para o alcance do interesse público.²⁰⁷

Da mesma maneira, Alexandre Santos de Aragão²⁰⁸ entende que a abertura do Direito Administrativo à consensualidade não configura propriamente uma disponibilidade do interesse público, sendo certo que a celebração de acordo, em certos casos, pode melhor atender ao interesse público, em vez da mera imposição unilateral.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 253.885²⁰⁹, reconheceu a indisponibilidade dos bens e do interesse público, mas admitiu que há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, especialmente quando a solução adotada pela Administração for a que melhor atender à ultimação desse interesse.

Portanto, extrai-se dessa decisão que uma previsão legal autorizativa será imprescindível à celebração de acordos pela Administração Pública apenas quando o conteúdo destes importar em renúncia a direitos, alienação de bens ou assunção de obrigações extraordinárias pela Administração²¹⁰.

Dito de outro modo, a atuação administrativa consensual, em princípio, pode ter por objeto qualquer direito, desde que não haja vedação legal expressa sobre a negociação²¹¹. A exemplo, o que ocorria na Lei de Improbidade, no artigo 17, § 1º, antes da alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019²¹², que passou a permitir, de forma expressa, a possibilidade de celebração de Acordo de Não Persecução Cível.

²⁰⁵ Ibidem, p. 159.

²⁰⁶ Ibidem, p. 160.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 64.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 253.885*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258322>>. Acesso em: 4 jul. 2021.

²¹⁰ SCHIRATO; PALMA, op. cit., p. 22.

²¹¹ PALMA, op. cit., p. 167.

²¹² BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 1 dez. 2021.

Na mesma perspectiva, tem-se o artigo 2º, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.784/1999²¹³, que determina a observância, no processo administrativo, de atendimento a fins de interesse geral, sendo vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei.

Necessário registrar, ainda, que o artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb), com redação conferida pela Lei nº 13.655/2018²¹⁴, constituiu um permissivo genérico à celebração de acordos pela Administração Pública, não sendo necessária a edição de qualquer outra lei específica, decreto ou regulamentação interna²¹⁵.

Ademais, na hipótese de uso da consensualidade na solução de conflitos, é necessário considerar a coexistência entre o interesse público em conflito e o interesse público em compô-lo²¹⁶. Assim, percebe-se a consensualidade não apenas como viável, mas também como desejável.

Ressalta-se que o manejo da consensualidade não importa em disposição do interesse público, na medida em que os atos bilaterais, além de ostentarem os mesmos conteúdos e finalidades dos unilaterais, são, em regra, mais eficientes e menos sujeitos a transgressões, além de celebrados sob a valorização de direitos fundamentais consagrados no Estado de Direito²¹⁷.

À vista do exposto, entende-se que não se trata de negociação do interesse público, mas dos modos de atingi-lo com maior eficiência²¹⁸, conforme será abordado no próximo capítulo.

²¹³ BRASIL. *Lei nº 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 8 jul. 2021.

²¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 98.

²¹⁵ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

²¹⁶ MOREIRA NETO, op. cit., nota 1, 2003.

²¹⁷ SCHIRATO; PALMA, op. cit., p. 22.

²¹⁸ MOREIRA NETO, op. cit., nota 1, 2003.

3. O CONSENSO COMO UMA PRETENSE MANEIRA DE SE ASSEGURAR O INTERESSE PÚBLICO: UMA ANÁLISE DOS INSTRUMENTOS CONSENSUAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A consensualidade na Administração Pública pode ser defendida sob quatro pilares. O primeiro, outrora explorado neste trabalho, diz respeito à obtenção da eficiência na atividade administrativa, traduzindo-se em uma boa administração.

Ademais, o consenso, na condição de composição de conflitos, permite maior estabilidade nas relações administrativas, aumentando o grau de segurança jurídica²¹⁹, que é um valor caro ao Estado Democrático de Direito. O princípio da segurança jurídica, conforme preleciona Rafael Oliveira²²⁰, compreende a estabilização do ordenamento jurídico – certeza do direito – e proteção da confiança das pessoas em relação às expectativas geradas por promessas estatais. Nesse diapasão, a segurança jurídica é um megaprincípio do Direito, informando importantes derivações para o Direito Administrativo, especialmente o princípio da coerência administrativa, o instituto da presunção de validade dos atos do Poder Público, e o princípio da confiança legítima²²¹.

O terceiro aspecto para adoção da consensualidade diz respeito à construção de uma nova legitimação da Administração Pública, na medida em que o consenso confere maior lastro à autoridade que nele busca o seu fundamento²²². O Direito Administrativo que outrora se satisfazia com o princípio da legalidade, hoje reclama, também, o respeito à legitimidade²²³.

Por fim, tem-se um aumento na transparência das atividades administrativas. Patrícia Baptista²²⁴ argumenta que é preferível que os interesses privados associados à Administração sejam devidamente identificados em um acordo formal, do que negociados em bastidores e posteriormente divulgados dissimuladamente como interesses da coletividade, caracterizando o consenso, portanto, um instrumento moralizador e de imparcialidade da Administração.

A noção de consensualidade pode trazer uma ideia de liberdade na atuação do administrador. Entretanto, necessário pontuar que o interesse público – ou finalidade pública – deve ser o fim primeiro da Administração. Desse modo, a conduta do administrador estará

²¹⁹ BAPTISTA, op. cit., p. 267.

²²⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 123.

²²¹ MOREIRA NETO, op. cit., 2014, p. 146.

²²² BAPTISTA, op. cit., p. 267.

²²³ OLIVEIRA, op. cit., p. 119.

²²⁴ BAPTISTA, op. cit., p. 266-267.

sempre vinculada a essa finalidade, ainda que se faça alusão, num sentido amplo ou figurado, a uma liberdade no exercício de suas funções estatais²²⁵.

Entretanto, pontua-se, a consensualidade na atuação administrativa está condicionada à existência de norma autorizativa, em homenagem ao princípio da legalidade. Conforme sustenta Juliana Bonacorsi de Palma²²⁶, para que o Poder Público esteja legitimado a terminar consensualmente o processo administrativo, basta a determinação da regra de competência para transacionar prerrogativas públicas.

Outro fator que não pode ser desconsiderado é que a consensualidade engloba a conjugação de esforços, de elaboração em comum na realização de tarefas públicas²²⁷. Nesse contexto, há dois graus de atuação consensual, que variam de acordo com a atuação do particular, que pode ser coadjuvante ou determinante em relação à atuação do Poder Público²²⁸. Na atuação coadjuvante, a Administração negocia com os particulares as melhores soluções, porém, o consenso não vincula o Poder Público, que deverá justificar sua decisão; por outro lado, na atuação determinante, a Administração igualmente negocia com os particulares, mas estará vinculada à decisão advinda do consenso, em obediência ao processo adotado²²⁹.

A consensualidade tem íntima relação à ideia de participação. E a participação, como ensina Odete Medauar²³⁰:

[...] liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; associa-se ao decréscimo da discricionariedade; propicia atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; liga-se também às práticas contratuais baseadas no consenso, na negociação, na conciliação de interesses.

Nesse diapasão, a adoção dos meios consensuais pela Administração Pública ganha destaque ao transformar a consensualidade em instrumentos de participação de particulares, diretamente envolvidos ou meramente interessados, no processo de tomada de decisões administrativas, resultando em mais aceitação do que imposição²³¹.

Passar-se-á a analisar o uso dos instrumentos consensuais, sem a pretensão de esgotar o exame de todos os meios consensuais existentes no ordenamento jurídico brasileiro,

²²⁵ MOREIRA NETO, op. cit., 1998, p. 20.

²²⁶ PALMA, op. cit., p. 282.

²²⁷ BAPTISTA, op. cit., p. 272.

²²⁸ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, nota 1, p. 147-148.

²²⁹ Ibidem.

²³⁰ MEDAUAR, op. cit., p. 230.

²³¹ OLIVEIRA; SCHWANKA, op. cit., p. 319.

mencionando-se os principais. A análise será feita sob três aspectos: na tomada de decisões administrativas, na execução da atividade administrativa e, por fim, na solução de conflitos administrativos. Esses enfoques foram escolhidos com base nos ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto²³², que classifica a administração pública consensual em três gêneros, quais sejam, a decisão consensual, a execução consensual e a solução de conflitos consensual.

Ainda segundo o autor²³³, a decisão consensual, caracterizada pela função decisória administrativa, em abstrato ou em concreto, traz a promoção do interesse público; a execução consensual, ou função executiva das decisões abstrata ou concretamente tomadas, proporciona a satisfação do interesse público; e a solução de conflitos consensual, ou função judicativa administrativa, possibilita a recuperação do interesse público, como técnica de superação de conflitos.

Impende registrar que não se pretende, com o presente trabalho, esgotar a análise de todos os instrumentos consensuais dos quais a Administração dispõe, mas traçar um panorama acerca dos principais meios consensuais²³⁴.

3.1. A Consensualidade na Tomada de Decisões Administrativas

Conforme já exposto, a consensualidade traz nova legitimação à Administração Pública. Na tomada de decisões administrativas, a participação é um mecanismo de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública, dada a sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais²³⁵.

A ideia de participação é importante para fazer coincidir o máximo possível a realidade social e o conteúdo das decisões administrativas, inclusive para se obter mais facilmente a adesão dos cidadãos²³⁶. Nesse contexto, alguns instrumentos consensuais podem ser analisados como expressão da consensualidade na tomada de decisões administrativas, como a audiência pública, o plebiscito e o referendo.

O plebiscito é um instituto de participação legislativa e administrativa do cidadão, na medida em que orienta a atividade do Legislativo e do Executivo por meio de consulta

²³² MOREIRA NETO, op. cit., 2003, nota 1, p. 147-148.

²³³ Ibidem.

²³⁴ A escolha dos instrumentos consensuais a serem abordados foi feita de acordo com aqueles que contam com maior incidência de análise na doutrina pátria.

²³⁵ BINENBOJM, op. cit., p. 7.

²³⁶ MEDAUAR, op. cit., p. 230.

popular sobre o valor jurídico que deve ser atribuído a determinado fato, visando à legitimidade da ação do Poder Público²³⁷.

Do mesmo modo, o referendo também constitui um instituto de participação legislativa e administrativa do cidadão, visando à legitimidade da ação do Estado, mas difere do plebiscito quanto ao momento: trata-se de uma consulta posterior sobre determinado ato ou decisão governamental, para atribuir-lhe eficácia ainda não reconhecida ou retirar eficácia que foi provisoriamente conferida²³⁸.

Ambos os institutos – plebiscito e referendo – são previstos na Constituição da República (art. 14) como exercício da soberania, e também podem ser interpretados à luz do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição, que dispõe que todo o poder emana do povo²³⁹, sendo o plebiscito e o referendo instrumentos de exercício direto desse poder. Verifica-se que a atuação do particular – o cidadão – é um elemento determinante na formação da vontade administrativa.

A audiência pública configura um instituto de participação administrativa disciplinado em lei, por meio do qual é exercido o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir a Administração a uma decisão de maior aceitação consensual²⁴⁰. À vista disso, a audiência pública admite os dois graus de atuação consensual, podendo a atuação do particular ser vinculativa ou não, a depender do definido em lei²⁴¹.

Esse instituto encontra previsão na Constituição da República (art. 58, § 2º, inciso II) e nas demais leis que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da Lei nº 9.868/1999 (art. 9º, § 1º), que trata do processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade ou declaratórias de constitucionalidade, e também na Lei nº 14.133/2021 (art. 21), que disciplina as licitações e os contratos administrativos.

Observa-se, portanto, que a participação do particular na tomada de decisões administrativas tem o escopo de garantir a legitimidade dessas decisões. Isso decorre da ideia de maior adesão dos administrados, traduzindo-se em observância do interesse público.

²³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 112-113.

²³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 661.

²³⁹ BRASIL, op. cit., nota 41.

²⁴⁰ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, nota 1, p. 129.

²⁴¹ *Ibidem.*, p. 149.

3.2. A Consensualidade na Execução da Atividade Administrativa

Por execução da atividade administrativa, entende-se pelo exercício do administrar, que traz a ideia de prestar e executar serviço, dirigir, governar, exercer a vontade visando a obter um resultado útil²⁴².

Nesse contexto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁴³ preleciona a respeito da “administração privada associada de interesses públicos”, instituto que parte da premissa de que o Estado deve perseguir e realizar o interesse público na forma da lei e do Direito, mas não de maneira exclusiva, de modo que a sociedade organizada pode – e, em alguns casos, deve – ter ação concorrente.

Portanto, a administração dos interesses públicos a cargo do Estado pode ser realizada direta ou indiretamente, ou, ainda, associadamente – por meio de pessoas jurídicas de direito privado que se vinculam ao Estado por colaboração de direito público²⁴⁴.

Vale lembrar que a consensualidade é uma técnica de gestão administrativa²⁴⁵. No geral, a consensualidade na execução da atividade administrativa é formalizada por meio de um contrato. Ou seja, pode-se afirmar que o acordo administrativo configura um dos meios disponíveis à Administração para a satisfação de finalidades públicas, reforçando-se a ideia do caráter instrumental da atuação administrativa consensual²⁴⁶. Dessa forma, a execução associada apresenta uma característica sinérgico-sociopolítica de potencializar a capacidade de ação do Poder Público pela composição e pela soma de esforços entre os setores público e privado²⁴⁷.

O consenso na execução administrativa, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁴⁸, divide-se em sinergia de parceria e sinergia de coordenação. Inicialmente, quanto à sinergia de parceria, como o próprio nome sugere, há uma parceria entre Estado e entes da sociedade, por modalidade contratual, em uma relação que gravita em torno de empreendimentos de substrato econômico²⁴⁹.

Portanto, passando à análise da execução consensual da atividade administrativa, na modalidade parceria, verifica-se a delegação negocial de serviços públicos. Trata-se de uma

²⁴² DI PIETRO, op. cit., 2019, p. 179.

²⁴³ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, nota 1, p. 150.

²⁴⁴ Ibidem.

²⁴⁵ BAPTISTA, op. cit., p. 273.

²⁴⁶ PALMA, op. cit., p. 128.

²⁴⁷ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, nota 1, p. 150.

²⁴⁸ Ibidem.

²⁴⁹ Ibidem.

maneira de execução indireta do serviço público por meio de particulares em colaboração com o Estado, e pode ser verificada na permissão e concessão de serviços públicos²⁵⁰.

A concessão e a permissão de serviços públicos são institutos parecidos, que se formalizam por meio de contratos administrativos, e se destinam a delegar ao particular a execução de determinado serviço público, sem, contudo, delegar a titularidade do serviço, que continua a cargo da Administração²⁵¹. A concessão, ainda, pode ser especial, configurando um contrato que a doutrina denomina de Parceria Público-Privada (PPP).

Nesse ponto, registra-se que a expressão “parceria público-privada” pode assumir duas concepções, como bem observa Aragão²⁵². Em um conceito mais amplo, abrange diversos instrumentos negociais entre o Poder Público e o particular, como as concessões tradicionais, permissões, convênios, entre outros. Por outro lado, em sentido mais restrito, abarca o instituto previsto na Lei nº 11.079/2004²⁵³, sendo uma forma de concessão especial²⁵⁴.

Na concessão especial, há duas possibilidades de objeto: a execução de serviço público, precedida ou não de obra, remunerada por tarifa para pelo usuário e contraprestação do parceiro público; ou a prestação de serviço do qual a Administração seja usuária, direta ou indireta, com ou sem obra, fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público²⁵⁵.

Apesar de haver contraprestação pecuniária do Estado nessa modalidade de concessão, as parcerias público-privadas encontram justificção em dois fundamentos: a falta de disponibilidade de recursos financeiros e a eficiência da gestão do setor privado²⁵⁶.

Além disso, deve-se considerar o fato de que, após o período de desestatização, na década de 90, os serviços públicos considerados mais lucrativos foram concedidos a particulares, ao passo que ao Estado restou a parcela de serviços não autossustentáveis, ou seja, aqueles que necessitam de investimentos de grande vulto ou ostentam a impossibilidade, jurídica ou política, de cobrança de tarifa do usuário²⁵⁷.

²⁵⁰ CARVALHO FILHO, op. cit., 2020, p. 428-429.

²⁵¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 299-300.

²⁵² ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 105-145, abr./jun. 2005.

²⁵³ BRASIL. *Lei n.º 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 1 nov. 2021.

²⁵⁴ Neste trabalho, a expressão “Parceria Público-Privada”, em letra maiúscula, será usada para designar o instituto previsto na Lei n.º 11.079/2004.

²⁵⁵ DI PIETRO, op. cit., 2019, p. 641.

²⁵⁶ CARVALHO FILHO, op. cit., 2020, p. 519.

²⁵⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 322.

Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵⁸, a concessão de serviço público foi a primeira maneira encontrada pelo Estado para transferir a terceiros a execução de serviço público. Isso porque, saindo do liberalismo, o Poder Público foi assumindo novos encargos no campo econômico e social, de modo que houve a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público.

Assim, a concessão trouxe as ideias de especialização, para obtenção de melhores resultados, e de utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e adaptáveis à atividade assumida pelo Estado²⁵⁹. Nota-se, portanto, que a delegação do serviço público atende ao interesse público – ou finalidade pública – na medida em que atende ao princípio da eficiência e ao direito à boa administração.

Menciona-se, ademais, a desapropriação amigável. No decorrer do procedimento de desapropriação, havendo concordância do particular, as partes celebrarão o respectivo negócio jurídico, com transcrição no Ofício de Registro de Imóveis²⁶⁰. O mencionado ajuste deve ser formalizado por meio de escritura pública ou outro meio que a lei indique, porém, nunca de forma verbal, uma vez que o Poder Público figura como parte, incidindo o princípio da publicidade e do formalismo²⁶¹.

Quanto à execução da atividade administrativa por coordenação, tem-se as parcerias sociais, também chamadas de Terceiro Setor, que são entidades da sociedade civil, sem fins lucrativos, que desempenham atividades de interesse social, mediante vínculo formal de parceria com o Poder Público²⁶². São materializadas pelas organizações sociais (OS), organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips) e organizações da sociedade civil.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁶³, essas entidades são classificadas como entes administrativos extraestatais, ou entes de colaboração, categoria que reúne todas as demais espécies de pessoas de direito privado que exercem, com vínculo jurídico com o Poder Público, uma atividade de administração pública ou reconhecida como de interesse público.

²⁵⁸ DI PIETRO, op. cit., 2019, p. 617.

²⁵⁹ Ibidem.

²⁶⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 931.

²⁶¹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 985.

²⁶² OLIVEIRA, op. cit., p. 358.

²⁶³ MOREIRA NETO, op. cit., 2014, p. 351.

A Lei nº 9.637/1998²⁶⁴ trouxe a qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos como organizações sociais, que celebram acordos de gestão para que obtenham apoio do Poder Público²⁶⁵. O artigo 1º da referida lei traz os principais requisitos para que as pessoas sejam qualificadas como organizações sociais: personalidade jurídica de direito privado, inexistência de fins lucrativos, e destinação ao ensino, à pesquisa científica, à cultura, ao desenvolvimento tecnológico, à saúde e à preservação do meio ambiente.

Convém ressaltar que as Organizações Sociais não integram o sistema formal da Administração Pública, porém, assumem a qualidade de entidades parceiras do Poder Público, a fim de executar determinadas tarefas de interesse público²⁶⁶.

Ainda na seara do Terceiro Setor, há falar das organizações da sociedade civil de interesse público, que celebram Termo de Parceria com o Poder Público para a execução de um projeto, podendo utilizar bens e recursos públicos²⁶⁷.

Conforme a Lei nº 9.790/1999 (artigo 3º, parágrafo único)²⁶⁸, há três maneiras pelas quais as organizações da sociedade civil de interesse público podem cooperar com a Administração: por meio da execução direta de projetos, programas e planos de ação; pela doação de recursos financeiros, humanos ou físicos; e pela prestação de serviços de apoio a outras entidades sem fins lucrativos e a órgãos públicos que atuem em atividades afins.

Em vista do exposto, a consensualidade na execução da atividade administrativa se mostra vantajosa ao interesse público na medida em que permite maior eficiência na prestação de serviços públicos. Também atende ao interesse público secundário, pois possibilita a economia de recursos financeiros. Tem-se, portanto, observado o direito à boa administração.

3.3. A Consensualidade na Gestão de Conflitos Administrativos

A consensualidade na gestão de conflitos administrativos pode ser compreendida sob o caráter preventivo ou de composição de conflitos. No que diz respeito ao caráter preventivo, tem-se o instituto da audiência pública, previsto em alguns diplomas normativos.

²⁶⁴ BRASIL. *Lei nº 9.637*, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm>. Acesso em: 24 out. 2021.

²⁶⁵ ARAGÃO, op. cit., 2013, p. 232.

²⁶⁶ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 437.

²⁶⁷ ARAGÃO, op. cit., p. 232-233.

²⁶⁸ BRASIL. *Lei nº 9.790*, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm>. Acesso em: 24 out. 2021.

Primeiramente, no artigo 32 da Lei nº 9.784/1999²⁶⁹, o qual determina que, havendo relevância da questão discutida em processo administrativo, a autoridade administrativa pode realizar audiência pública para debates sobre a matéria.

É previsto também no artigo 39 da Lei nº 8.666/1993²⁷⁰, em caráter obrigatório, nos contratos acima de determinado valor. Na Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021²⁷¹), a audiência pública também encontra previsão (artigo 21), mas em caráter facultativo, e sem fixação de valor de contrato.

Por fim, menciona-se a previsão pelo artigo 26 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro²⁷², segundo o qual a autoridade administrativa poderá realizar consulta pública prévia à celebração de compromisso para sanar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público.

Outro exemplo a ser abordado é o das comissões de conflito, que são conceituadas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁷³:

As comissões de conflito são um instrumento administrativo permanente que, de ofício ou por provocação de interessados, devem atuar sempre que se descortinar a possibilidade e iminência de instaurar-se um conflito de interesses no âmbito de sua competência. Sua atuação exige um processo contraditório amplo e aberto a quaisquer interessados, uma vez que a decisão deverá ter latitude suficiente para cobrir as situações análogas porventura existentes, dando-lhes, a todas, tratamento homogêneo, como, por exemplo, através de normas regulatórias específicas, no âmbito das atividades deslegalizadas.

Uma vez instaurado o conflito, passa-se ao manejo da consensualidade na composição dessa divergência. Importante mencionar a previsão expressa do Código de Processo Civil²⁷⁴, artigo 3º, § 2º, de que o Estado deve promover, sempre que possível a solução consensual dos conflitos.

Nesse contexto, tem-se a autocomposição – que é manifestada por meio da negociação, da mediação e da conciliação – e a heterocomposição de conflitos – verificada na

²⁶⁹ BRASIL. *Lei nº 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 20 out. 2021

²⁷⁰ BRASIL. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 22 out. 2021.

²⁷¹ BRASIL. *Lei nº 14.133*, de 1º de abril de 2021. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>>. Acesso em: 4 dez. 2021.

²⁷² BRASIL, op. cit., nota 98.

²⁷³ MOREIRA NETO, op. cit., 2003, nota 1, p. 153.

²⁷⁴ BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 25 out. 2021.

arbitragem²⁷⁵. No tocante à mediação, não obstante a Lei nº 13.140/2015 utilizar esse vocábulo para designar solução de controvérsias entre particulares, também pode ser enquadrada como autocomposição.

A mediação, a conciliação e a arbitragem, não obstante serem denominadas de “meios alternativos de resolução de conflitos”, se revelam, em verdade, como meios adequados de composição de conflitos, formando um “modelo de sistema de justiça multiportas”²⁷⁶.

No que concerne à arbitragem, observa-se que ela pode ocorrer sob cláusula compromissória ou compromisso arbitral. No primeiro caso, as partes, antes mesmo do surgimento do litígio, convencionam que, na eventualidade deste, a solução será por meio da arbitragem²⁷⁷. Na segunda opção, compromisso arbitral, o litígio já existe, e as partes convencionam que o deslinde ocorrerá sob o juízo arbitral, renunciando-se à jurisdição estatal para uma controvérsia específica²⁷⁸.

Importante registrar que o processo arbitral é, essencialmente, um processo negociado, na medida em que permite às partes transacionarem a respeito da estrutura e organização do processo, bem como da escolha do órgão que decidirá o conflito²⁷⁹. Por outro lado, Lúcio Picanço Facci²⁸⁰ entende que, nos casos em que as tentativas de solução amigável forem frustradas, embora a arbitragem se mostre como um meio mais adequado para a resolução da controvérsia, devem ser mencionados como consensuais apenas os casos em que o consenso for alcançado, como a negociação, a conciliação e a mediação.

De todo modo, o uso da arbitragem pelo Poder Público ocasiona controvérsias doutrinárias. Uma primeira corrente defende a impossibilidade do manejo desse meio de solução de conflitos nos contratos da Administração, sob os fundamentos da indisponibilidade do interesse público e da inafastabilidade da jurisdição²⁸¹.

Uma segunda e terceira correntes admitem o uso da arbitragem pelo Poder Público. Todavia, uma defende a desnecessidade de lei específica, sendo suficiente a edição da Lei nº

²⁷⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 773.

²⁷⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 893.

²⁷⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 19. ed., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 192.

²⁷⁸ Ibidem, p. 192-193.

²⁷⁹ Ibidem, p. 153.

²⁸⁰ FACCI, Lúcio Picanço. *Meios adequados de resolução de conflitos administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 82.

²⁸¹ Ibidem, p. 774.

9.307/1996²⁸² para tal; a outra, por seu turno, funda-se no respeito ao princípio da legalidade, determinando a existência de lei específica para essa atividade²⁸³.

De qualquer maneira, prevalece o entendimento segundo o qual a arbitragem é permitida nos conflitos envolvendo a Administração Pública²⁸⁴. A Lei nº 13.129/2015²⁸⁵ alterou a Lei de Arbitragem, inserindo o § 1º ao artigo 1º desta, de modo a admitir expressamente o manejo desse instrumento pela Administração Pública direta e indireta. Ademais, o STF²⁸⁶, em 2001, decidiu pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem, desde que o procedimento arbitral envolva pessoas capazes e interesses disponíveis.

Nesse passo, necessário estabelecer algumas ressalvas na utilização da arbitragem pelo Poder Público.

Primeiramente, comenta-se acerca da divisão apresentada por Leonardo Carneiro²⁸⁷ entre arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Nesse contexto, a primeira é relativa a quem pode ser parte no processo arbitral; a segunda diz respeito à possibilidade de a parte dispor ou transigir sobre direito patrimonial, ou seja, que ela possua capacidade de administração de bens – do contrário, não há poderes para celebração de convenção de arbitragem.

Essa divisão é relevante na presente análise, considerando que o artigo 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem²⁸⁸ permite, de maneira expressa, que a Administração Pública utilize-se da arbitragem para dirimir conflitos. Do mesmo modo, o § 2º, do mesmo diploma, estabelece a competência da autoridade ou órgão da Administração para a celebração da convenção de arbitragem.

Ademais, mesmo antes da mencionada previsão legal, outras leis dispunham acerca da arbitragem no âmbito da Administração Pública. A exemplo, a Lei nº 11.079/2004²⁸⁹ (art. 11, inciso III), que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, e a Lei nº 8.987/1995²⁹⁰ (art. 23-A), que dispõe sobre concessão e permissão de

²⁸² BRASIL. *Lei nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 21 out. 2021.

²⁸³ CARNEIRO, op. cit., p. 905.

²⁸⁴ OLIVEIRA, op. cit., p. 774.

²⁸⁵ BRASIL. *Lei nº 13.129*, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm#art1>. Acesso em: 2 nov. 2021.

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n.º 5.206-7*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

²⁸⁷ CARNEIRO, op. cit., p. 902-903.

²⁸⁸ BRASIL, op. cit., nota 50.

²⁸⁹ BRASIL, op. cit., nota 254.

²⁹⁰ BRASIL. *Lei nº 8.987*, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 2 jan. 2022.

serviços públicos, alterada pela Lei nº 11.196/2005²⁹¹. Satisfeito, portanto, o requisito da arbitrabilidade subjetiva²⁹².

Em relação à arbitrabilidade objetiva do Poder Público, deve-se analisar se a natureza do litígio é compatível com a arbitragem²⁹³. Como outrora mencionado, a arbitragem deve incidir sobre direitos patrimoniais disponíveis. Nesse contexto, infere-se que os direitos patrimoniais da Administração são disponíveis nos limites traçados pelo ordenamento jurídico – isto é, faz-se necessária norma jurídica expressa para definir de quais direitos da Fazenda os administradores podem dispor, e os limites e condições para que assim o façam²⁹⁴.

É importante ressaltar que ao árbitro não é permitido decidir sobre questões relativas ao poder de autoridade do Estado²⁹⁵, e que, apesar de correr em sigilo, deve ser conferida publicidade à arbitragem envolvendo ente público (art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307 /1996²⁹⁶), em homenagem ao princípio da publicidade que deve nortear a atuação do Poder Público.

O Superior Tribunal de Justiça²⁹⁷ já manifestou seu entendimento (a) pela inexistência de óbice legal para o uso da arbitragem pelo Poder Público, sendo válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitações e contratos; (b) pela competência do juízo arbitral para a solução da controvérsia, uma vez firmado o compromisso; (c) pela validade do compromisso arbitral firmado posteriormente ao edital de licitação ou ao contrato firmado entre as partes; e (d) pelo caráter patrimonial e disponível de questão relativa à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, podendo as partes solucioná-la no juízo arbitral, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Assim, entende-se pela possibilidade de emprego da arbitragem nos contratos administrativos, uma vez que se trata de forma moderna de solução de conflitos, e atende às

²⁹¹ BRASIL. *Lei nº 11.196*, de 21 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11196.htm#art120>. Acesso em: 2 jan. 2022.

²⁹² CARNEIRO, op. cit., p. 906.

²⁹³ Ibidem.

²⁹⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. In: TEIXEIRA, Tarcísio; LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa. *Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral*. Barueri: Manole, 2018, p. 176.

²⁹⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 775-776.

²⁹⁶ BRASIL, op. cit., nota 60.

²⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 904.813/PR*. Relator: Min.^a Nancy Andrighi. Brasília. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18381542&num_registro=200600381112&data=20120228&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 7 jan. 2022.

exigências do princípio da eficiência administrativa, especialmente quanto à velocidade e à tecnicidade da decisão²⁹⁸.

Em suma, conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho²⁹⁹:

A novidade merece aplausos, considerando ser imperioso que a Administração se afaste da judicialização excessiva de seus conflitos, muito morosa e nem sempre eficaz, além de seguir o princípio constitucional da eficiência (art. 37, caput, CF). A ressalva fundamental – insista-se – descansa na inafastável observância dos princípios da publicidade e do interesse público, em ordem a permitir a averiguação da legitimidade dos motivos e do objeto da Administração ao recorrer à arbitragem. Em suma, o mecanismo é adequado, mas a higidez de seu uso dependerá, como sempre, das autoridades.

Para além dos instrumentos tradicionais de resolução de conflitos, pode-se mencionar o instituto dos *dispute boards*, ou Comitê de Resolução de Conflitos. Trata-se de um órgão colegiado, normalmente formado por três especialistas, com finalidade de acompanhar a execução de um contrato e pode, conforme o caso, emitir recomendações e/ou decisões³⁰⁰.

Acerca da aplicação dos Comitês de Resolução de Conflitos, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF)³⁰¹ editou enunciado³⁰² no sentido de que a utilização do colegiado é recomendável para contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como um mecanismo orientado à prevenção de litígios e à redução dos custos correlatos, possibilitando a imediata resolução de eventuais conflitos que possam surgir na execução do contrato.

Tamanha a importância das decisões proferidas pelos especialistas do Comitê, que a sua vinculação em relação às partes perdura até decisão judicial em sentido contrário. Quanto ao grau de vinculação, tem-se três modalidades. Na primeira, o comitê exprime decisão obrigatória, que poderão ser revistas em sede de ação judicial ou perante o juízo arbitral. Na segunda, o comitê emite recomendação não vinculante, que também poderá ser revista perante o Judiciário ou juízo arbitral. Na terceira, combina-se os dois modelos anteriores, de

²⁹⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 774.

²⁹⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 1148.

³⁰⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 773-774.

³⁰¹ BRASIL. Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. *I Jornada “Prevenção E Solução Extrajudicial De Litígios”*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

³⁰² Enunciado nº 80, da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/938>>. Acesso em: 20 out. 2022.

modo que o comitê pode lançar tanto decisões vinculantes quanto recomendações não vinculantes³⁰³.

Desse modo, expõe-se que o objetivo dos *dispute boards* é solucionar divergências de maneira célere e preservar a continuidade do contrato, mantendo uma relação mais harmônica entre as partes e poupando-as de desgastes e prejuízos financeiros que possam advir de um processo judicial ou procedimento arbitral³⁰⁴.

A Lei nº 14.133/2021³⁰⁵, em seus artigos 151 a 154, disciplina genericamente o uso dos *dispute boards* e dos outros meios alternativos de composição de conflitos, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Dos dispositivos mencionados, extrai-se que: (a) os instrumentos alternativos são aplicáveis aos conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis, a exemplo do inadimplemento das obrigações contratuais, do cálculo de indenizações, e questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e (b) os meios alternativos podem ser adotados no curso da execução do contrato.

Alguns instrumentos consensuais podem ser usados tanto em caráter preventivo, quanto na composição de conflitos. Nessa esteira, há falar do Acordo de Não Persecução Cível (ANPC), previsto na Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa)³⁰⁶. A redação original do artigo 17, § 1º, vedava a transação, acordo ou conciliação na ação de improbidade administrativa. Usava-se como justificativa a indisponibilidade do interesse público. Assim, diante da relevância do patrimônio público – econômico ou moral – protegido pela ação de improbidade, não se permitia o emprego da consensualidade nessa seara.³⁰⁷

Essa previsão já era criticada por parte da doutrina. Argumentava-se que, em âmbito penal, uma vez admitida a isenção ou atenuação de pena por meio de solução consensual, esta também poderia ser adotada, com maior razão, no campo da improbidade³⁰⁸. Além disso, a proibição do uso da consensualidade iria de encontro ao artigo 37, *caput*, da

³⁰³ RODRIGUES, Marco Antonio. *Os dispute boards na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Disponível em: <<https://conima.org.br/os-dispute-boards-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos/>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

³⁰⁴ *Ibidem*.

³⁰⁵ BRASIL. *Lei nº 14.133*, de 1º de abril de 2021. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>>. Acesso em: 4 dez. 2021.

³⁰⁶ BRASIL. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 27 out. 2021.

³⁰⁷ DI PIETRO, op. cit., 2019, p. 1833.

³⁰⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1243.

Constituição/1988³⁰⁹, o qual prevê a eficiência como princípio regente da atuação de toda a Administração Pública.

Do mesmo modo, também afrontaria o princípio da razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXXVIII, da Constituição Federal, em razão da morosidade que a ação de improbidade pode assumir. O artigo 36, § 4º, da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação) também seria uma evidência da revogação tácita do artigo 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), pois admite a autocomposição em ação de improbidade³¹⁰.

À época da edição da Lei nº 8.429/1992, pode-se afirmar que havia aversão à solução negociada no Direito sancionador brasileiro, sendo rechaçado o uso da consensualidade, pois falava-se em indisponibilidade da ação penal e do objeto do processo penal³¹¹.

Observa-se, portanto, que a vedação prevista na Lei de Improbidade Administrativa era um reflexo da proibição na esfera penal. Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal conferiu repercussão geral ao tema do uso de instrumentos consensuais, notadamente a colaboração premiada, na esfera da improbidade administrativa.³¹²

Com o advento da Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime)³¹³, a alteração no texto do artigo 17, § 1º, da LIA, foi significativa. Se antes era vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade, a nova redação criou o Acordo de Não Persecução Cível. O instituto pode ser conceituado como um negócio jurídico extraprocessual ou judicial, submetido a condições de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos em geral de que trata o Código Civil, todavia, limitado pelo regime de direito público, devendo observar os princípios da Administração Pública³¹⁴.

Recentemente, a Lei nº 14.230/2021³¹⁵ fixou parâmetros para a celebração do ANPC, exigindo como resultados mínimos o ressarcimento integral do dano e a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida. Determinou também o momento de celebração do

³⁰⁹ BRASIL, op. cit., nota 43.

³¹⁰ DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. p. 118.

³¹¹ Ibidem, p. 116.

³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo no Recurso Extraordinário nº 1.175.650-PR*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340063444&ext=.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2021.

³¹³ BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 1 nov. 2021.

³¹⁴ PINHEIRO, Igor Pereira. *Lei anticrime e acordo de não persecução cível: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: JHMizuno, 2020. p. 15.

³¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 263.

acordo: durante a investigação, no curso da ação de improbidade ou quando da execução de sentença condenatória.

Logo, percebe-se a observância do interesse público à medida que o acordo possibilita a reparação do dano de maneira mais célere. Por ter a participação do investigado ou réu na negociação, tem-se menores chances de descumprimento do acordo.

Nessa esteira, como bem ilustra Emerson Garcia³¹⁶, a consensualidade no direito sancionador tende a ser profundamente útil ao Poder Público, pois estimula o retorno do infrator ao plano da juridicidade, abrevia a duração do processo, e pode colocar em risco os demais infratores do grupo, uma vez que um deles pode decidir colaborar com as autoridades.

De modo geral, o consenso na gestão de conflitos administrativos guarda o interesse público na medida em que, conforme já exposto no decorrer da seção, estimula a celeridade, ocasiona mais harmonia entre os atores do conflito, e, a depender do caso, evita a provocação do Poder Judiciário. Especificamente quanto ao emprego da arbitragem e do Comitê de Resolução de Conflitos (*dispute boards*), ainda favorece a obtenção de decisões mais técnicas, de modo a elevar a qualidade das decisões e atender de maneira mais adequada a complexidade do caso concreto.

³¹⁶ GARCIA, op. cit., p. 36.

4. ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS REFLEXOS NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS QUE TRATAM DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Percebe-se, pelo exposto no presente trabalho, que a consensualidade enfrenta óbices em sua concreta aplicação na Administração Pública. Notadamente, quanto à discricionariedade do administrador no manejo da consensualidade, à ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, e ao dogma da indisponibilidade do interesse público.

Lucio Picanço Facci³¹⁷ enfrenta uma questão terminológica. Para o autor³¹⁸, os meios consensuais de composição de conflitos não devem ser qualificados como “alternativos”, que trazem a noção de utilização de caminhos para a resolução do conflito fora do espaço de decisão do Judiciário. Isso reforçaria uma ideia muito presente na cultura – a de que o caminho natural para o encaminhamento de conflitos é a via judicial.

Assim, a utilização do termo “alternativos” fortalece uma “cultura de sentença” ainda muito forte no país, segundo a qual o Poder Judiciário é o primeiro caminho para a solução de conflitos, ao passo que os demais meios externos são alternativos, ou seja, incomuns, “inusuais”³¹⁹.

Portanto, ainda conforme o pensamento de Facci³²⁰, o termo mais apropriado seria “adequado” para se referir aos meios de composição de conflitos, por formarem um modelo de sistema de justiça multiportas. Isso porque é preciso estabelecer uma cultura de utilização do Poder Judiciário como retaguarda de solução de controvérsias, não como instrumento principal e intuitivo. Desse modo, deve ser franqueado aos interessados os meios adequados para a composição de suas divergências, devendo a via judicial, baseada na cultura de sentença, ser acionada apenas quando o conflito não for solucionado pelas vias adequadas³²¹.

A questão da cultura mostra-se importante para a presente análise. Vale registrar a conceituação apresentada por Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso³²²:

A cultura jurídica é o conjunto de orientações a valores e interesses que configuram um padrão de atitudes diante do direito e dos direitos e diante das instituições do

³¹⁷ FACCI, op. cit., p. 81.

³¹⁸ Ibidem, p. 82-83.

³¹⁹ Ibidem, p. 83-84.

³²⁰ Ibidem.

³²¹ Ibidem, p. 89.

³²² SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: <http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/30/rbcs30_07.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

Estado que produzem, aplicam, garantem ou violam o direito e os direitos. Nas sociedades contemporâneas, o Estado é um elemento central da cultura jurídica e nessa medida a cultura jurídica é sempre uma cultura jurídico-política e não pode ser plenamente compreendida fora do âmbito mais amplo da cultura política. Por outro lado, a cultura jurídica reside nos cidadãos e em suas organizações e, nesse sentido, é também parte integrante da cultura de cidadania. Nesse nível, distingue-se da cultura jurídico-profissional, que respeita apenas aos profissionais do foro é que, como tal, tem ingredientes próprios relacionados com a formação, a socialização, o associativismo etc.

Sabe-se que, historicamente, o sistema jurídico brasileiro priorizou a jurisdição estatal em detrimento de outros métodos de resolução de conflitos, havendo certo apreço e uma cultura ainda voltada à judicialização dos conflitos³²³. Dessa forma, novas leis não garantem mudanças, uma vez que a verdadeira reforma ocorre apenas com uma nova cultura jurídica³²⁴.

Acerca do tema, Marcelo Pereira de Almeida e Fernando Barroso de Deus³²⁵ pontuam que parte do problema tem origem nas graduações de Direito. Explica-se: o aluno conclui o curso com uma visão autossuficiente da ciência jurídica, ou seja, de que o Direito basta para grande parte dos problemas sociais. Nessa esteira, quando da atuação em Juízo, forma-se um processo legiferado e sem diálogo com outros intérpretes da sociedade. Ou então, havendo esse diálogo, a posição de destaque e a palavra final são guardadas para os doutos da lei, ao passo que outros intérpretes são encarados como meros auxiliares do ofício judicante.

Ademais, o processo civil brasileiro é pautado por institutos tradicionais regidos por ideias gerais de bipolarização, isto é, uma lógica binária de ganhador-perdedor em uma relação triangulada entre juiz, autor e réu³²⁶. Assim, o processo foi pensado para lidar com a situação típica de lide, em que se tem a pretensão de um sujeito ou de um grupo sendo obstada ou insatisfeita por um outro sujeito ou grupo³²⁷.

Observa-se, também, o que vem sendo denominado “crise do Judiciário”, na medida em que há uma elevada quantidade de processos judiciais acumulados nos Juízos³²⁸. Lucio

³²³ RODRIGUES, op. cit.

³²⁴ FACCI, op. cit., p. 88.

³²⁵ ALMEIDA, Marcelo Pereira de; DEUS, Fernando Barroso de. Ações coletivas e políticas públicas: estudo preliminar sobre as medidas necessárias para um processo judicial adequado. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 289/2019, p. 269-287, mar. 2019, p. 5.

³²⁶ JOBIM, Marco Félix; LINKE, Micaela Porto Filchtiner. A Indispensabilidade da Flexibilização Procedimental nos Processos Estruturais: uma Análise do Recurso Especial 1.854.847/CE. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 103, jul./ago. 2021, p. 9.

³²⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 225/2013, p. 389-410, nov. 2013, p. 389.

³²⁸ FACCI, op cit., p. 282.

Picanço Facci³²⁹ elenca possíveis razões para tanto. De início, comenta que a maioria das ações em trâmite no Judiciário brasileiro trata de questões relativas ao Poder Público, especialmente no tocante à prestação de serviço público, aos benefícios previdenciários e à cobrança de tributos.

Isso porque, novamente, traz-se à baila a questão da cultura jurídica voltada à judicialização de controvérsias envolvendo a Administração Pública, sendo ausente uma cultura administrativa de resolução interna de conflitos, sem a necessidade de intervenção do Judiciário. E, uma vez iniciado o processo judicial, tem-se uma alta litigiosidade nas causas de Direito Público, com pouca probabilidade de consenso, além de uma “cultura de sentença para a solução dos conflitos que envolvam a Administração Pública”³³⁰.

Nesse passo, impende mencionar a Resolução nº 125/2010 do CNJ³³¹, que preceitua uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. A resolução é expressa em dispor (art. 2º) que a implementação dessa política judiciária tem vistas à disseminação de uma cultura de pacificação social. Ademais, estabelece a organização de um programa voltado para o incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação (arts. 4º e 5º). No desenvolvimento do programa, menciona a respeito do surgimento de uma cultura de solução pacífica dos conflitos (art. 6º, V). Nesse ponto, pode-se afirmar que o próprio CNJ reconhece a existência de uma cultura de litígio na sociedade brasileira.

Traçadas algumas considerações sobre a influência cultural, para o tema proposto neste capítulo, mister mencionar a respeito do necessário diálogo institucional quando do controle judicial de políticas públicas.

As políticas públicas, entendidas como ações ou programas de ação tendentes à realização dos direitos fundamentais, têm elaboração necessária a partir da premissa de que a concretização de alguns direitos fundamentais demanda atuação do Estado³³².

Para Oswaldo Canela Junior³³³, políticas públicas são as atividades desenvolvidas pelo Poder Estatal tendentes a realizar os objetivos prescritos no artigo 3º da Constituição da República. São eles: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o

³²⁹ Ibidem, p. 282-283.

³³⁰ FACCI, op. cit., p. 282.

³³¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125*, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

³³² VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: O controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 117.

³³³ CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação³³⁴.

Ao passo que a realização de políticas públicas é uma atividade preponderantemente do Legislativo e do Executivo, cumpre ao Judiciário analisar a conformidade dos respectivos atos com a Constituição da República. Essa compatibilização é o que limita a independência entre os Poderes, embora estes ostentem autonomia constitucional para o exercício de suas funções³³⁵.

Tratando-se de políticas públicas, a intervenção do Poder Judiciário pode apresentar duas faces: imprescindibilidade, diante da inércia de outros Poderes, fato que impede a satisfação de direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República; por outro lado, essa intervenção pode tornar-se indesejável, se não forem consideradas as capacidades e limitações de cada ente público³³⁶.

Ainda conforme Canela Junior³³⁷, a harmonia entre os Poderes consiste na plena integração das atividades de suas respectivas competências no atendimento dos objetivos do Estado. Esses objetivos, contudo, podem ser contrariados pela conduta dos agentes públicos quando do exercício das políticas públicas. Sendo uma conduta comissiva, haverá controle de constitucionalidade pelo Judiciário, com a consequente de invalidação do ato; sendo omissiva, ter-se-á uma integração, para que os objetivos do Estado e a satisfação dos direitos fundamentais não fiquem à mercê de injunções político-partidárias do momento.

Essa integração da atividade estatal é uma atividade intrínseca ao Judiciário, pois este exerce o controle de constitucionalidade sobre a atuação dos demais Poderes. Desse modo, considerando que a harmonia entre os Poderes visa à realização integral dos objetivos estatais, cumpre ao Poder Judiciário restabelecer essa harmonia por meio da jurisdição, realizando a integração da conduta omissiva dos agentes públicos³³⁸.

Nessa esteira, para Jordão Violin³³⁹, embora a fixação de fins e a escolha de meios sejam tarefas inicialmente reservadas aos Poderes eleitos – Legislativo e Executivo –, o

³³⁴ BRASIL, op. cit., nota 41.

³³⁵ CANELA JUNIOR, op. cit., p. 86.

³³⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo estrutural. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata C. Vieira; REZENDE, Camila Gomes Norato. FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: Avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 14.

³³⁷ CANELA JUNIOR, op. cit., p. 87.

³³⁸ Ibidem.

³³⁹ VIOLIN, op. cit., p. 133.

Judiciário estará autorizado a suprir eventual ineficiência estatal, no caso de aniquilação ou injustificada restrição de um direito fundamental.

Não há como falar em controle judicial de políticas públicas sem abordar, ainda que brevemente, o ativismo judicial. De início, oportuno realizar uma diferenciação: ao passo que a judicialização se apresenta como uma consequência natural da organização da Justiça, realizada pela própria Constituição, o ativismo configura uma atividade proativa de interpretação constitucional, notadamente quando presente uma significativa distância entre o Legislativo e os anseios sociais³⁴⁰.

O constitucionalismo contemporâneo tem como um de seus aspectos mais marcantes a ascensão institucional do Poder Judiciário, o que pode ser percebido na amplitude da jurisdição constitucional, na judicialização de questões sociais, morais e políticas, e em algum grau de ativismo judicial³⁴¹. O neoconstitucionalismo, na medida em que submete o direito positivo aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais, trouxe novas complexidades ao processo civil³⁴².

Jordão Violin³⁴³ afirma que o neoconstitucionalismo desloca o foco da jurisdição, que deixa de ser a resolução de lides de natureza privada, para se tornar uma atividade concretizadora de normas constitucionais. Assim, sendo a Constituição o elemento central na jurisdição, e direcionador de objetivos a serem cumpridos pelo Estado, a fiscalização das demais funções de Estado ganha especial relevo.

A imperatividade dos princípios jurídicos posiciona o Judiciário na organização da ordem jurídica emergente desses princípios. Portanto, se um direito constitucional demanda a edição de uma lei para ser aplicável, o juiz tem o poder-dever de controlar a omissão estatal; noutro giro, sendo a omissão na implementação, pela Administração Pública, de um direito constitucional, o magistrado deve determinar o cumprimento da norma. Ressalta-se que essa tarefa complementa – e não extingue – a função política do Estado, de maneira a impor a concretização de direitos fundamentais³⁴⁴.

³⁴⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina; HILL, Flávia Pereira. Medidas estruturantes nas ferramentas de cooperação jurídica internacional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 237-238.

³⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – Uerj*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012, p. 42.

³⁴² VIOLIN, op. cit., p. 64-65.

³⁴³ Ibidem.

³⁴⁴ Ibidem.

Nesse diapasão, a judicialização da política é uma realidade que não pode ser ignorada, mas os seus inconvenientes podem ser minorados por meio do diálogo e da cooperação entre os Poderes³⁴⁵.

Há de se falar, além disso, na relevância da interpretação quando da aplicação das normas jurídicas. Ainda conforme Violin³⁴⁶, o julgador assume a figura de um agente do poder, com função de construir a norma a partir do encaixe entre o produto do legislador com os direitos fundamentais e os princípios de justiça. Nesse passo, a atuação do juiz difere-se da atividade do árbitro, na medida em que a sua atenção central deixa de ser a solução de controvérsias privadas e passa a ser a reforma das condições sociais, visando a concretizar os direitos fundamentais. Tem-se, portanto, a gênese do processo estrutural.

Assim, o controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Judiciário não se limita à análise do descumprimento da Constituição, mas também pelo cotejo dos atos do Poder Público com os fins do Estado³⁴⁷. Nesse ponto, importante registrar que, no panorama dos processos que envolvem políticas públicas, é importante construir um consenso, identificando as circunstâncias que requerem atuação estatal e, se necessário, definindo as medidas a serem escolhidas para melhor concretizar os direitos em debate³⁴⁸.

Como bem sintetiza Jordão Violin³⁴⁹:

[...] o controle judicial de decisões políticas consiste em verificar se determinado direito fundamental é assegurado pelo Poder Público em um grau mínimo. Para definir o que é grau mínimo, é preciso discutir, por exemplo, se o grupo interessado tem direito a uma política de resgate social específica (existência do direito fundamental); se essa política pode eventualmente acontecer em detrimento de outros grupos ou de outros direitos (definição de prioridades); quais medidas concretas serão adotadas (controle dos meios) e quais são as consequências possíveis (controle dos resultados).

Tradicionalmente, conforme exposto outrora, o processo civil brasileiro é encarado sob uma ótica bipolar entre as partes, em uma relação de ganhador-perdedor. Entretanto, para a discussão de políticas públicas, exige-se maior amplitude, com possibilidade de

³⁴⁵ LUCON, op. cit., p. 14.

³⁴⁶ VIOLIN, op. cit., p. 65-66.

³⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: _____; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 129.

³⁴⁸ VIOLIN, op. cit., p. 126.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 188.

participação da sociedade, de maneira a permitir que o Judiciário conheça todo o problema, sob suas várias perspectivas³⁵⁰.

A construção do processo civil desenvolveu a lógica segundo a qual a decisão judicial, em seu conteúdo, deveria se limitar à vontade do legislador e, em sua forma, deveria observar somente as alternativas expressamente previstas em lei³⁵¹. Porém, fatores econômicos e sociais, pouco a pouco, fizeram com que a legitimação estatal dependesse de uma postura mais ativa da esfera pública, o que refletiu no âmbito jurídico, levando a uma guinada constitucional.³⁵²

Ademais, tem-se a crise do procedimento ordinário³⁵³, ante a complexidade dos ordenamentos jurídicos, que são compostos por microssistemas muito distintos entre si, não havendo como utilizar-se de um único modelo de processo para servir a todos os direitos³⁵⁴.

Nesse contexto, Sérgio Cruz Arenhart³⁵⁵ ensina que um procedimento adequado ao debate judicial de políticas públicas exige a satisfação de dois requisitos: a redefinição da noção de contraditório e a necessidade de um procedimento diferenciado, que não se amolde aos parâmetros tradicionais do processo individual.

Referente ao primeiro requisito, o contraditório não pode ser adstrito às partes de um conflito abstrato, e sim, a toda a coletividade, uma vez que a ela se destina a política pública. Nesse passo, considerando a inviabilidade da participação de todos os sujeitos individuais que compõem o grupo ou a sociedade como um todo, faz-se necessária a aplicação de técnicas de representação adequada dos vários interesses e segmentos sociais que possam contribuir para a construção da decisão judicial³⁵⁶.

A participação de grupos e pessoas também pode ser exercida por meio do *amicus curiae*. Quer seja com viés de especialista, quer seja como representante de certo interesse, o *amicus curiae* configura um importante meio de integrar ao processo certos interesses e posições³⁵⁷.

³⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito Brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Interesse Público*: Revista Bimestral de Direito Público. Belo Horizonte, ano XVIII, n. 97, p. 243-257, maio/jun. 2016, p. 246.

³⁵¹ OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART; JOBIM, op. cit., p. 178-179.

³⁵² *Ibidem*, p. 180.

³⁵³ Atualmente denominado “procedimento comum”.

³⁵⁴ LUCON, op. cit., p. 11.

³⁵⁵ ARENHART, op. cit., 2016, p. 246-249.

³⁵⁶ *Ibidem*.

³⁵⁷ *Idem*. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: _____; JOBIM, op. cit., p. 433.

Portanto, em uma ação que visa à solução de conflitos de interesse público, deve-se construir uma decisão integrativa, baseada não só nos elementos do discurso de autor e réu, mas de todos os especialistas sobre a matéria em debate³⁵⁸.

De todo modo, aos membros do grupo deve ser oportunizado contribuir para o exercício do contraditório, como fornecedores de informações, argumentos e provas para o julgamento, seja junto ao representante coletivo, ou, ainda, diretamente, quando sua atuação for conveniente ao debate³⁵⁹.

A representação coletiva aqui mencionada não pode ser atingida pelo mesmo mal que sofre a representação política, consistente em um sentimento de inacessibilidade e afastamento, o que obsta a interação entre representante e representado³⁶⁰. Portanto, um procedimento adequado ao debate judicial de conflitos de interesse público deve reunir a maior participação possível da sociedade civil organizada, de modo a aperfeiçoar a prestação jurisdicional e possibilitar a participação de entidades com representatividade adequada ao caso³⁶¹.

O segundo requisito proposto por Arenhart³⁶² diz respeito à necessidade de um procedimento diferenciado, que não se adéque aos tradicionais parâmetros do processo individual. Nessa esteira, oportuno mencionar que, para o autor³⁶³, o processo tem caráter instrumental³⁶⁴, logo, deve adequar-se às características do direito material discutido. Portanto, esse caráter instrumental exige que o processo se adapte às particularidades do direito, sob o risco de se tornar ineficaz, uma vez que o instrumento que não serve ao seu fim é inútil³⁶⁵.

³⁵⁸ ALMEIDA; DEUS, op. cit., p. 6.

³⁵⁹ VIOLIN, op. cit., p. 197.

³⁶⁰ Ibidem, p. 183.

³⁶¹ LUCON, op. cit., p. 14.

³⁶² ARENHART, op. cit., 2016, p. 248-249.

³⁶³ Ibidem.

³⁶⁴ Trata-se de concepção predominante do modelo processual brasileiro, em que pese existirem pensamentos em sentido contrário. Para Mateus Costa Pereira, “em geral a doutrina brasileira empresta ingênua adesão à tese que reduz o processo a mero utensílio ou ferramenta jurisdicional, enxergando o processo como ‘instrumento da jurisdição’. Conquanto epistemicamente vazia, eis que sequer existe a categoria ‘instrumento’ na dogmática processual brasileira [...], essa perigosa concepção grassa na doutrina e ecoa nos pretórios. Seus desdobramentos antidemocráticos são variados, com destaque à hipertrofia da jurisdição no panorama da repartição de funções estatais (sentido macro) e no procedimento judicial (sentido micro); correlatamente, esvaziamento do poder/representação popular (macro) e do papel/importância das partes na formação dos provimentos jurisdicionais (micro)”. In: PEREIRA, Mateus Costa. *Processualidade, jurisdicionalidade e procedimentalidade (I): algumas reflexões sobre as origens da ciência processual e do paradigma instrumentalista*. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/3-processualidade-jurisdicionalidade-e-procedimentalidade-i-algumas-reflexoes-sobre-as-origens-da-ciencia-processual-e-do-paradigma-instrumentalista>>. Acesso em: 12 ago. 2022.

³⁶⁵ LUCON, op. cit., p. 11.

Emerge, assim, o “processo civil cooperativo”³⁶⁶, consistente em um espaço participativo e democrático de formação das decisões, observando-se os valores e normas constitucionalmente estabelecidos no ordenamento³⁶⁷. Logo, os instrumentos processuais devem ser moldados para se tornarem adequados, necessários e proporcionalmente aptos a satisfazer os objetivos da jurisdição³⁶⁸.

A exemplo de elementos que exigem reformulação completa quando se pensa em processo estruturais, Sérgio Arenhart³⁶⁹ traz a ideia de adstrição da decisão ao pedido formulado pela parte. Em uma discussão judicial a respeito de políticas públicas, nem sempre a parte autora conseguirá determinar exatamente o que pretende em Juízo, uma vez que os conflitos dessa natureza ostentam condições altamente mutáveis e fluidas. Assim, a proteção necessária em determinado momento pode ser distinta daquela em outra ocasião.

Nesse contexto, o autor³⁷⁰ sustenta a atenuação do princípio da adstrição, de modo que o magistrado possa, diante das evidências no caso concreto e da insuficiência ou da inadequação da tutela pretendida pelo autor, extrapolar os limites dos pedidos da petição inicial, a depender das circunstâncias e na observância do contraditório.

À vista disso, deve ser reformulada a visão clássica do processo, segundo a qual a flexibilização procedimental é restrita à atividade legislativa e o Estado-juiz atua em posição de permanente preponderância³⁷¹. Nesse passo, verifica-se que um processo adequado à solução de conflitos relacionados a políticas públicas afasta-se da necessidade do julgador em decidir um direito específico no caso concreto, em atividade jurisdicional típica de pacificação de lides, para atuar como mediador de uma solução cooperativa³⁷².

A atividade jurisdicional tem os seus contornos atualizados pela autonomia privada e pela consensualidade³⁷³. Como comprovação dessa ideia, Marco Antonio Rodrigues e Rodrigo Gismondi³⁷⁴ elencam institutos que evidenciam um microsistema de proteção do livre exercício da vontade no processo, como o calendário processual; o prestígio normativo à autocomposição, aos atos cooperativos, à arbitragem, aos negócios processuais atípicos; a

³⁶⁶ Em perspectiva cooperativista, capitaneada por Freddie Didier, processo tem caráter cooperativo.

³⁶⁷ RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART; JOBIM, op. cit., p. 142.

³⁶⁸ Ibidem, p. 143.

³⁶⁹ ARENHART, op. cit., 2016, p. 248-249.

³⁷⁰ Ibidem.

³⁷¹ Ibidem.

³⁷² ALMEIDA; DEUS, op. cit., p. 5.

³⁷³ RODRIGUES; GISMONDI, op. cit., p. 144.

³⁷⁴ Ibidem.

renúncia ao prazo; a organização consensual do processo; e o acordo para suspensão do processo.

Feitos breves apontamentos sobre o adequado procedimento ao debate judicial de políticas públicas, tem-se a existência do litígio estrutural. Segundo Edilson Vitorelli³⁷⁵, esse litígio pode ser conceituado como um litígio irradiado, em que a violação do direito surge em decorrência do funcionamento de uma estrutura burocrática, pública ou privada, e sua solução reivindica uma reestruturação, considerando suas características contextuais. Portanto, caso a reestruturação da organização burocrática seja buscada pela via judicial, o processo será caracterizado como um processo estrutural³⁷⁶.

Didier, Zaneti e Oliveira³⁷⁷ citam exemplos de conflitos estruturais envolvendo o Poder Público:

Há um problema estrutural quando, por exemplo: (i) o direito de locomoção das pessoas portadoras de necessidades especiais é afetado pela falta de adequação e de acessibilidade das vias, dos logradouros, dos prédios e dos equipamentos públicos numa determinada localidade; (ii) o direito à saúde de uma comunidade é afetado pela falta de plano de combate ao mosquito *aedes aegypti* pelas autoridades de determinado município; (iii) o direito de afrodescendentes e de indígenas é afetado pela falta de previsão, em determinada estrutura curricular do ensino público, de disciplinas ou temas relacionados à história dessa comunidade; (iv) a dignidade, a vida e a integridade física da população carcerária são afetadas pela falta de medidas de adequação dos prédios públicos em que essas pessoas se encontram encarceradas.

Entretanto, os processos estruturais não visam exclusivamente ao atendimento e à implementação de políticas públicas. Eles podem reestruturar instituições privadas, a exemplo do que ocorre no processo de recuperação judicial, no qual a estrutura total ou parcial de uma empresa é afetada pelo plano de recuperação³⁷⁸.

De modo geral, o processo estrutural objetiva solucionar, por meio da prestação jurisdicional, um litígio estrutural, havendo reformulação de uma estrutura burocrática que seja, de alguma forma, responsável pela violação que origina o litígio³⁷⁹.

³⁷⁵ VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7/2018, p. 147-177, jan/jun. 2018. p. 6.

³⁷⁶ *Ibidem*.

³⁷⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural aplicada ao Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 303/2020, p. 45-81, mai./2020. p. 3.

³⁷⁸ ALMEIDA, Marcelo Pereira de; PINTO, Adriano Moura da Fonseca. Reflexões e perspectivas sobre os processos estruturais. In: _____; CÂMARA, Alexandre Freitas; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *Temas Contemporâneos de Direito Processual: Reflexões sobre a vigência do Código de Processo Civil de 2015*. Londrina: Thoth, 2022. p. 582.

³⁷⁹ VITORELLI, op. cit., 2018, p. 8.

Além disso, apresenta algumas características essenciais. O processo estrutural é pautado em uma situação de desconformidade estruturada – um problema estrutural, um estado de coisas ilícito; busca uma transformação do estado de desconformidade, traduzindo-se em uma reestruturação, a fim de remover a desconformidade mediante uma decisão de implementação escalonada; se desenvolve em um procedimento bifásico, o qual reconhece o define o problema estrutural e estabelece um programa de reestruturação; se desenvolve por meio de um procedimento de flexibilidade intrínseca, havendo possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros, de alteração do objeto litigioso e de uso de mecanismos de cooperação judiciária; por fim, pode-se mencionar a consensualidade, abrangendo a adaptação do processo³⁸⁰.

O aspecto da flexibilização procedimental é algo caro aos processos estruturais. Marco Antonio Rodrigues e Rodrigo Gismondi³⁸¹ expõem que, no processo democrático e cooperativo, há prestígio às soluções negociadas, seja com relação ao direito material ou à relação jurídica processual. Assim, os instrumentos consensuais são elementos que potencializam a adequação voluntária do procedimento e da regulamentação das situações jurídicas processuais, na medida em que conferem às partes o poder de adaptar o processo às necessidades de seu caso. Nesse passo, a relevância da cláusula geral de celebração de negócios processuais, prevista no art. 190 do Código de Processo Civil³⁸².

Em um contexto de processo estrutural, a devida observância de um contraditório ampliado possibilita aos julgadores o conhecimento de todos os elementos necessários à formação de seu convencimento acerca do direito em discussão³⁸³. Ademais, deve-se priorizar uma construção multidisciplinar de ideias, na qual o Direito figura apenas como um dos atores do processo³⁸⁴.

A participação garante, *prima facie*, o equilíbrio de atuação dos sujeitos processuais, objetivando evitar a sobrecarga de responsabilidades sobre um deles. Desse modo, a efetividade processual passa a ser alcançada a partir da atuação coordenada dos sujeitos do processo – incluindo-se terceiros, como o *amicus curiae* –, o que garante condição de possibilidade de implementação de medidas de caráter estruturante³⁸⁵.

³⁸⁰ DIDIER JUNIOR, ZANETI JUNIOR, OLIVEIRA, op. cit., p. 4.

³⁸¹ RODRIGUES; GISMONDI, op. cit., p. 146-147.

³⁸² BRASIL, op. cit., nota 271.

³⁸³ LUCON, op. cit., p. 14.

³⁸⁴ ALMEIDA; DEUS, op. cit., p. 5.

³⁸⁵ RODRIGUES, Luís Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. As structural injunctions e o direito processual brasileiro: apontamentos acerca do alcance coletivo, da participação e da executividade

Deve-se superar eventual dogma a respeito do prejuízo à celeridade processual em razão da ampliação dos debates, uma vez que de nada adianta uma fase cognitiva abreviada que resulte em uma decisão cuja concretização seja inviável ou, ainda que viável, seja capaz de piorar a deficiência estrutural³⁸⁶.

Importante considerar que, em processos de natureza estrutural, não basta que a decisão judicial simplesmente imponha ao responsável pela violação de um direito uma ordem de pagamento ou uma obrigação de fazer, pois comandos dessa natureza tendem a ser ineficazes, na medida em que o direito material em debate não se realiza em um único ato³⁸⁷.

Surge, nesse contexto, a “execução negociada” como um elemento essencial no processo de execução de políticas públicas³⁸⁸. Rodrigues e Gismondi³⁸⁹ elencam os requisitos legais para tanto: (a) direitos que admitam autocomposição; (b) partes negociantes plenamente capazes; (c) inexistência de manifesta vulnerabilidade; e (d) inexistência de nulidades.

Gustavo Osna³⁹⁰ sugere que a capacidade de atuação processual seja redesenhada, de modo que a execução da sentença proferida em um processo estrutural poderia assumir um caráter institucional, ou seja, ser periodicamente monitorada e revista conforme as circunstâncias do caso. Assim, o provimento exigiria constante fiscalização e ajuste.

Essa característica também traria maior abertura dialógica na atuação do Judiciário, uma vez que, considerando o elevado impacto social, mostra-se razoável que os envolvidos contribuam para a formação e contínuo aperfeiçoamento do provimento judicial, tornando o processo um palco de negociações e debates prospectivos³⁹¹.

Não se desconhece, entretanto, que ações do tipo estruturantes não podem elaborar a própria política pública, ao arrepio da autonomia e da independência funcional do Legislativo e do Executivo, mas podem corrigir, anular e exigir políticas públicas³⁹².

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet³⁹³, as decisões que imponham medidas de caráter estruturante devem indicar os problemas a corrigir e transferir o arbítrio da escolha da

das medidas estruturantes no âmbito da litigância de interesse público. In: ARENHART; JOBIM, op. cit., p. 530.

³⁸⁶ Ibidem.

³⁸⁷ LUCON, op. cit., p. 16-17.

³⁸⁸ Ibidem.

³⁸⁹ RODRIGUES; GISMONDI, op. cit., p. 152-153.

³⁹⁰ OSNA, op. cit., p. 184.

³⁹¹ Ibidem.

³⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART; JOBIM, op. cit., p. 228.

correção aos órgãos constitucional e legalmente competentes, com a apresentação coordenada e deliberada de um plano factível e justificado de ação. Deve o juiz indicar as medidas necessárias a serem adotadas para a tutela do direito material objeto da demanda e, durante o contínuo processo de execução, verificar se as medidas implementadas promovem ou não o direito tutelado³⁹⁴.

Nos processos estruturais em que a Administração Pública figura como uma das partes, urge a necessidade de diálogo e cooperação entre os Poderes, tendo em vista que um dos principais motivos de atrito entre órgãos estatais é a falta de comunicação entre eles acerca das expectativas e das limitações para a implantação de uma determinada política pública³⁹⁵.

Para o tema proposto neste trabalho, ressalta-se que se faz necessária uma postura colaborativa entre os envolvidos na ação, mesmo que a origem da demanda seja litigiosa³⁹⁶. Logo, para a solução de conflitos de interesse público, deve-se construir uma decisão integrativa, baseando-se não só nos elementos do discurso da parte autora e ré, mas de todos os especialistas acerca da matéria em discussão³⁹⁷.

Impende registrar que o adequado manejo das decisões judiciais estruturantes pode colaborar, efetivamente, na inibição de uma litigância errática e individualizada, além de contribuir para uma cultura de diálogo³⁹⁸.

Tem-se, portanto, que os processos estruturais, para se efetivarem e se justificarem no plano democrático, principalmente quando envolvem intervenção do Judiciário na seara das instituições públicas, a consensualidade se mostra como um dos fatores legitimadores da decisão judicial proferida no processo em comento.

³⁹³ Ibidem, p. 231.

³⁹⁴ LUCON, op. cit., p. 17.

³⁹⁵ Ibidem, p. 13-14.

³⁹⁶ ALMEIDA, DEUS, op. cit., p. 6.

³⁹⁷ Ibidem.

³⁹⁸ SARLET, op. cit., p. 232.

CONCLUSÃO

Ao longo da presente pesquisa, buscou-se examinar a consensualidade na Administração Pública face à indisponibilidade do interesse público. De plano, deve-se registrar que não se pretendeu esgotar o tema, mas analisá-lo sob o questionamento de dogmas presentes no Direito Administrativo.

Em primeiro lugar, constatou-se que a consensualidade é um conceito amplo e que, ironicamente, não há consenso na doutrina sobre o que, de fato, configura o fenômeno da consensualização na Administração Pública.

Realizados breves apontamentos dos meios consensuais no Direito Administrativo brasileiro, verificou-se a paulatina e morosa inclusão desses instrumentos no ordenamento jurídico. A Constituição da República de 1988 configurou um marco ao prever a ampliação da participação política, a realização de audiências públicas, a delegação de serviços públicos à iniciativa privada e, principalmente, o princípio da eficiência, que deve nortear toda a atuação do Estado.

No contexto da eficiência, averiguou-se que o objetivo da atuação estatal deve ser o exercício da função administrativa com rendimento funcional e presteza. Ademais, não basta a obediência ao princípio da legalidade, pois a atividade deve trazer resultados satisfatórios para as necessidades sociais.

Nessa esteira, observou-se a presença implícita no ordenamento jurídico do direito à boa administração, que decorre dos princípios da eficiência e da dignidade da pessoa humana. Emerge, assim, a consensualidade como um instrumento de satisfação desse direito, uma vez que pode proporcionar a participação do administrado e a celeridade no provimento administrativo.

Após a análise da consensualidade em si, passou-se a examinar o interesse público, notadamente a sua supremacia e indisponibilidade. Verificou-se que o interesse público é um instituto de difícil definição, pois é mutável e subjetivo, variando de acordo com a cultura de cada região. Apesar disso, percebeu-se uma semelhança entre os conceitos expostos pela doutrina: a relação direta à ideia de agir em proveito da coletividade, atentando-se àquilo que lhe é importante e útil.

Ato contínuo, indagou-se a respeito da superação ou manutenção do princípio da supremacia do interesse público. A discussão, apesar de polêmica na doutrina, traz um

resultado em comum, qual seja, a de que o mero uso da expressão “interesse público” não constitui justificativa apta a legitimar adequadamente uma decisão administrativa.

Aliada à ideia de supremacia, tem-se a noção de indisponibilidade do interesse público. Constatou-se que essa ideia é defendida por alguns autores como um óbice ao uso da consensualidade na Administração Pública. Entretanto, igualmente concluiu-se que o dogma da indisponibilidade do interesse público também vem sendo questionado, em vista da constitucionalização do Direito Administrativo e da mitigação do princípio da supremacia do interesse público.

Percebeu-se que, de fato, os meios consensuais não devem ser utilizados se a lei assim dispuser. Contudo, entendeu-se pelo reconhecimento do permissivo genérico à celebração de acordos pela Administração Pública na forma do artigo 26 da Lindb.

Assim, uma previsão legal autorizativa será imprescindível à celebração de acordos pela Administração Pública apenas quando o conteúdo destes importar em renúncia a direitos, alienação de bens ou assunção de obrigações extraordinárias pela Administração.

Em seguida, analisou-se os principais instrumentos consensuais em espécie, para verificar se, e de que forma, eles poderiam melhor satisfazer o interesse público, em detrimento dos atos unilaterais. A análise foi feita sob três aspectos: na tomada de decisões administrativas, na execução da atividade administrativa e, por fim, na solução de conflitos administrativos.

Por fim, examinou-se a consensualidade como um dos fatores legitimadores da decisão judicial proferida nos processos estruturais que discutem políticas públicas.

Observou-se, de modo geral, a garantia de mais legitimidade na tomada de decisões, com maior adesão dos administrados, maior eficiência no atuar administrativo, observando-se o direito à boa administração e, também, estímulo à celeridade e harmonia entre atores de eventual conflito.

À vista do exposto, verifica-se o manejo da consensualidade não apenas como desejável, mas também como recomendável. Pode-se inferir que a lei fixa parâmetros de atuação do administrador, e não havendo vedação ao uso de métodos consensuais, o Poder Público deve viabilizá-los, observando o seu campo de discricionariedade.

Por seu turno, a discricionariedade é um instrumento conferido ao administrador para preencher uma finalidade de interesse público, observando uma flexibilidade juridicamente permitida. Esse instrumento encontra parâmetros e limites nas regras, nos conceitos jurídicos indeterminados e nos princípios. Entretanto, deve haver fundamentação

nas decisões administrativas, em homenagem ao princípio republicano e ao princípio da transparência.

Percebeu-se que, em vez do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o princípio da finalidade pública parece ser o mais adequado em um contexto de Estado Democrático de Direito. Logo, a atuação do Poder Público não deve ser pautada pela supremacia irrestrita do interesse público, e sim pela ponderação e máxima realização dos interesses envolvidos.

Ressalta-se, contudo, que não se nega a existência do interesse público, consistente na ideia de interesses gerais da sociedade que devem ser atendidos pelo Estado, mas defende-se a sua interpretação por meio do sistema de ponderações previsto no ordenamento jurídico, sem que haja uma prevalência teórica e antecipada do interesse público sobre o particular.

Passando-se à abordagem dos processos estruturais, percebeu-se que estes, para se efetivarem e se justificarem no plano democrático, especialmente quando envolvem intervenção do Judiciário no âmbito das instituições públicas, a consensualidade configura um dos fatores legitimadores da decisão de caráter estruturante.

Verificou-se que o processo estrutural possui características próprias, destacando-se a participação, o conhecimento aprofundado do problema em discussão e o diálogo entre os atores processuais. Assim, deve-se buscar legitimar a atuação jurisdicional por meio de parceria e cooperação entre os atores do processo e demais interessados e especialistas na matéria discutida no bojo da ação.

O neoconstitucionalismo trouxe uma releitura da atuação da Administração à luz da Constituição da República de 1988. Dessa releitura, inferiu-se que o Poder Judiciário colabora com a atuação do Poder Público ao efetivar direitos fundamentais.

Um dos fundamentos para a intervenção do Poder Judiciário no manejo das políticas públicas pode ser encontrado em um fenômeno denominado pela doutrina como “cultura de litígio” presente na sociedade, e na noção de que o Judiciário possui competência geral para a resolução de conflitos. Entretanto, essa intervenção obrigatoriamente deve ter amparo constitucional, principalmente para não haver uma hipotética violação da separação dos Poderes. Nesse contexto, constatou-se que os espaços de consensualidade que envolvem a Administração Pública surgem exatamente para atender a esse ponto de equilíbrio.

No âmbito da Administração Pública, percebeu-se que o diálogo institucional se mostra como uma medida adequada no manejo dos processos estruturais envolvendo a

discussão de políticas públicas. Portanto, o consenso configura um ponto-chave para impedir uma ruptura institucional.

Assim, surge a consensualidade como um instrumento de guarda e satisfação do interesse público, que não negocia o interesse em si, mas os meios de atingi-lo com maior eficiência e presteza.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de; PINTO, Adriano Moura da Fonseca. Reflexões e perspectivas sobre os processos estruturais. In: _____; CÂMARA, Alexandre Freitas; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *Temas Contemporâneos de Direito Processual: Reflexões sobre a vigência do Código de Processo Civil de 2015*. Londrina: Thoth, 2022.

_____. DEUS, Fernando Barroso de. Ações coletivas e políticas públicas: estudo preliminar sobre as medidas necessárias para um processo judicial adequado. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 289/2019, p. 269-287, mar. 2019.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *O princípio da eficiência no direito administrativo*. Disponível em: <<http://celc.com.br/pdf/comentarios/c2014/c198.pdf>>. Acesso em: 5 mai. 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 105-145, abr./jun. 2005.

_____. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 225/2013, p. 389-410, nov. 2013.

_____. Processos estruturais no Direito Brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público*. Belo Horizonte, ano XVIII, n. 97, p. 243-257, maio/jun. 2016.

_____. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: _____; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, out./nov./dez. 2005.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: 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. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – Uerj*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125*, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 13 abr. 2022.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 5 abr. 2021.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 6 abr. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 9 abr. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 abr. 2021.

_____. *Constituição de 1824*. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/305-constituicao-de-1824>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 9 abr. 2021.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 9 abr. 2021.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 1 abr. 2021.

_____. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.

_____. *Emenda Constitucional nº 19/1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. *Legislação informatizada – Emenda Constitucional nº 19, de 1998 – exposição de motivos*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emenda-constitucional-19-4junho1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. *Lei n.º 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 1 nov. 2021.

_____. *Lei n.º 9.637*, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm>. Acesso em: 3 set. 2021.

_____. *Lei n.º 13.655*, de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.

_____. *Lei n.º 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 1 dez. 2021.

_____. *Lei n.º 9.637*, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm>. Acesso em: 24 out. 2021.

_____. *Lei n.º 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 8 jul. 2021.

_____. *Lei n.º 9.790*, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm>. Acesso em: 24 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS n.º 5.590/95*. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500167760&dt_publicacao=10-06-1996&cod_tipo_documento=1&formato=PDF>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 201.819-8/RJ*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE n.º 253.885*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=258322>>. Acesso em: 4 jul. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tema 145*. “O município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e o Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI, c/c 30, I e II, da Constituição Federal)”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2616565&numeroProcesso=586224&classeProcesso=RE&numeroTema=145>>. Acesso em: 3 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tema 272*. “Compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local, notadamente sobre a definição do tempo máximo de espera de clientes em filas de instituições bancárias”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3850351&numeroProcesso=610221&classeProcesso=RE&numeroTema=272>>. Acesso em: 3 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tema 272*. “Presente razoável e adequada finalidade de fazer chegar ao maior número de brasileiros diversas informações de interesse público, é constitucional o artigo 38, ‘e’, da Lei 4.117/1962, com a redação dada pela Lei 13.644/2018, ao prever a obrigatoriedade de transmissão de programas oficiais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (‘Voz do Brasil’), em faixa horária pré-determinada e de maior audiência”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5135257&numeroProcesso=1026923&classeProcesso=RE&numeroTema=1039>>. Acesso em: 3 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tema 471*. “Com fundamento no art. 127 da Constituição Federal, o Ministério Público está legitimado a promover a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, mesmo de natureza disponível, quando a lesão a tais direitos, visualizada em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a comprometer relevantes interesses sociais.”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3964240&numeroProcesso=631111&classeProcesso=RE&numeroTema=471>>. Acesso em: 3 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tema 612*. “Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração.”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4144344&numeroProcesso=658026&classeProcesso=RE&numeroTema=612>>. Acesso em: 3 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tema 832*. “O parlamentar, na condição de cidadão, pode exercer plenamente seu direito fundamental de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo, nos termos do art. 5º, inciso XXXIII, da CF e das normas de regência desse direito.”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4709214&numeroProcesso=865401&classeProcesso=RE&numeroTema=832>>. Acesso em 3 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tema 916*. “A contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4445850&numeroProcesso=765320&classeProcesso=RE&numeroTema=916>>. Acesso em: 3 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Teses de Repercussão Geral*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComRG.asp>>. Acesso em: 3 set. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. Reforma administrativa (primeiras impressões). *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 214, p. 69-98, out./dez. 1998.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPUCELLI, Rodrigo Crepaldi Perez; BEÇAK, Rubens. A (in)disponibilidade do interesse público na utilização da arbitragem. *Revista de Formas Consensuais de Solução De Conflitos*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 28-48, jul./dez. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: _____.; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 73, jul./set. 2019.

_____.; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural aplicada ao Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 303/2020, p. 45-81, mai./2020.

FREITAS, Juarez. O direito fundamental à boa administração. *Revista do programa de pós-graduação em direito da UFC. de direito administrativo*, Fortaleza, v. 35.1, p. 195-217, jan./jun. 2015.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: potencial de incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 66, p. 29-82, out./dez. 2017.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: _____; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

ISMAIL FILHO, Salomão. Boa administração: um direito fundamental a ser efetivado. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 105-137, set./dez. 2018.

JOBIM, Marco Félix; LINKE, Micaela Porto Filchtiner. A Indispensabilidade da Flexibilização Procedimental nos Processos Estruturais: uma Análise do Recurso Especial 1.854.847/CE. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 103, jul./ago. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LEITE, Rosimeire Ventura. O princípio da eficiência na administração pública. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 251-263, out./dez. 2001.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Fundamentos do processo estrutural. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata C. Vieira; REZENDE, Camila Gomes Norato. FIGUEIREDO, Helena Lanna. *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: Avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

MARRARA, Thiago. *Direito Administrativo: transformações e tendências*. Disponível em: <https://books.google.com.br/books/about/Direito_Administrativo_Transformações.html?id=vgeXDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=true>. Acesso em: 13 mar. 2021.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003.

_____. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. Novas tendências da democracia: o consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. *Revista de direito da procuradoria geral*, Rio de Janeiro, n. 57, p. 106-126, 2003.

MORGADO, Cíntia. Direito à boa administração: recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento. *Revista de direito da procuradoria geral*, Rio de Janeiro, n. 65, p. 68-94, 2010.

MUZZI FILHO, Carlos Victor. *O consentimento do contribuinte como técnica de segurança jurídica e praticabilidade no Estado Democrático de Direito*. 2013. 199 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 84.

PEREIRA, Mateus Costa. *Processualidade, jurisdicionalidade e procedimentalidade (I): algumas reflexões sobre as origens da ciência processual e do paradigma instrumentalista*. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/3-processualidade-jurisdicionalidade-e-procedimentalidade-i-algumas-reflexoes-sobre-as-origens-da-ciencia-processual-e-do-paradigma-instrumentalista>>. Acesso em: 12 ago. 2022.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; HILL, Flávia Pereira. Medidas estruturantes nas ferramentas de cooperação jurídica internacional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; _____. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. Disponível em: <http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/30/rbcs30_07.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos Estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO; MARQUES NETO, op. cit., p. 133.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 24, dez./jan./fev. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, mai./ago. 2020.

_____. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, v. 7/2018, p. 147-177, jan/jun. 2018.

VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: O controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: JusPodivm, 2013.