

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A TRANSAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

MONOGRAFIA

Dioner Venites

**Santa Maria, RS, Brasil
2012**

A TRANSAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dioner Venites

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Prof. Ms. Fábio da Silva Porto

**Santa Maria, RS, Brasil
2012**

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
aprova a Monografia

**A TRANSAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO
DE CONFLITOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

elaborada por
Dioner Venites

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Fábio da Silva Porto, Ms.
(Presidente/Orientador)

Adriana Pereira Machado Porto, Esp. (FADISMA)

Maria Beatriz Oliveira da Silva, Dr. (UFSM)

Santa Maria, 14 de dezembro de 2012.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela oportunidade da vida.
Aos meus pais, pela oportunidade de ser amado.
Aos amigos, pela carona nesse caminho.

EPIGRAFE

“Se estamos sempre a fazer justiça, à procura dos justos e dos injustiçados, nunca mais encontramos a paz”.

(Inês Pedrosa)

RESUMO

Monografia
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

A TRANSAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

AUTOR: DIONER VENITES

ORIENTADOR: FÁBIO DA SILVA PORTO

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 14 de dezembro de 2012.

O objetivo desta pesquisa é demonstrar a possibilidade de uso da transação como método alternativo de resolução de conflitos pela Administração Pública. A abordagem debruça-se sobre os tradicionais paradigmas em cima dos quais se desenvolveu o Direito Administrativo e construiu-se a noção de regime jurídico-administrativo. O caráter autoritário e centralizador autoaclamado pela a Administração já não se coaduna com o viés constitucional do Direito Administrativo. O Estado Democrático de Direito pressupõe a garantia de direitos fundamentais, entre eles incluso a própria democracia, que exige mais do que uma democracia política, ou seja, expressa através do poder do povo eleger seus representantes, e demanda uma participação ativa desse cidadão. Assim deve ser no administrar da coisa pública, na relação da Administração com o administrado. A imposição de soluções unilaterais, pensadas e desenvolvidas nos gabinetes do administrador público, sem levar em conta as demandas e interesses trazidos pela própria sociedade, já não encontra espaço nessa nova democracia, a democracia participativa. O Estado passa, então, a chamar a sociedade, fim último da Administração, a ombrear-lhe no desenvolvimento de seu mister, a busca do interesse geral. Nesse aspecto, os métodos alternativos de resolução de conflito servem de instrumentos a operacionalização de soluções, especialmente quando envolvem de um lado a Administração e de outro o administrado. Supera-se o paradigma da supremacia do interesse público como pretexto a justificar violações dos direitos dos administrados em benefício a um interesse da Administração, e passa-se a admitir soluções negociadas, permitindo que a Administração transija, transacione, abra mão de interesses secundários para alcançar ao fim o bem comum.

Palavras-chave: Administração Pública. Transação. Consenso. Democracia participativa.

ABSTRACT

Monograph

Law School

Universidade Federal de Santa Maria

TRANSACTION AS ALTERNATIVE METHOD OF CONFLICT RESOLUTION BY PUBLIC ADMINISTRATION

AUTHOR: DIONER VENITES

ADVISOR: FÁBIO DA SILVA PORTO

Defense Date and Location: Santa Maria, December 14th, 2012.

The objective of this research is to demonstrate the possibility of using transaction as an alternative method of conflict resolution by Public Administration. The approach focuses on traditional paradigms through which Administrative Law has developed and built the legal and administrative system notion. The authoritarian and centralizing feature acclaimed by the Administration no longer fits in the constitutional bias of Administrative Law. The Rule of Law assumes the guarantee of fundamental rights, including democracy itself, which requires more than a political democracy, expressed through the power of people in electing their representatives, and demands an active participation of citizens. So it must be in managing public affairs, in the relationship between the Administration and the administered. Imposing unilateral solutions, designed and developed inside the public administrator offices, disconsidering interests and demands brought by society itself has no longer place in this new democracy, the participatory democracy. Then, the State proceeds to call the society, the ultimate purpose of Administration, to assist in the development of its purpose, the pursuit of general interest. In this regard, alternative methods of conflict resolution tools serve for the operationalization of solutions, especially when they involve the administration and the administered. The paradigm of public interest supremacy is overcome to justify violations of the citizens' rights in favor of the Administration interests, and negotiated solutions are accepted, allowing the Administration to give in and transact, leaving secondary interests, in order to achieve public welfare.

Keywords: Public Administration. Transaction. Consensus. Participatory Democracy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O DIREITO ADMINISTRATIVO E A BUSCA PELO INTERESSE PÚBLICO	10
1.1 A evolução do Direito Administrativo	10
1.1.1 Das origens do Estado de Direito ao Direito Administrativo	10
1.1.2 O Direito Administrativo no Brasil	13
1.1.3 O Regime Jurídico do Direito Administrativo	15
1.1.4 Os princípios informadores do Direito Administrativo	19
1.2 Interesse Público e Administração Pública	22
1.2.1 Interesse Público: uma abordagem zetética	23
1.2.2 Linhas de transformação da noção de interesse público na Administração	26
1.2.3 O interesse público na dogmática administrativa	28
1.2.4 Interesse público primário e interesse público secundário	32
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DEMOCRACIA	36
2.1 Administração Pública Democrática	36
2.1.1 Democracia participativa	36
2.1.2 Democracia administrativa	38
2.1.3 Cidadania e participação administrativa	41
2.1.4 A consensualidade na Administração	43
2.2 O Uso da Transação pela Administração Pública	46
2.2.1 Transação e sua definição legal	46
2.2.2 Os direitos patrimoniais e sua disponibilidade pela Administração	47
2.2.3 A transação como meio eficaz ao atingimento do interesse geral	54
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

A Administração Pública, por inúmeros aspectos, teve o desenvolvimento de seu regime jurídico caracterizado pela centralização e pelo autoritarismo, o que acabou por consolidar preceitos e prerrogativas que dotaram a Administração de uma suposta legitimidade para atuar em desfavor do cidadão sob o respaldo de estar na defesa de um denominado “interesse público”.

A doutrina clássica administrativista deu respaldo a essa ideia, desenvolvendo conceitos como o da supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público. Acontece que o supedâneo teórico, pouco preciso, acabou por dar à Administração uma carta branca para atuar, sob o argumento genérico de que a sua ação, apesar de violar direitos individuais, estaria em prol de um interesse maior, o interesse do povo, o interesse público.

Por outro lado, surge um movimento de redemocratização do espaço público: a democracia participativa. Democracia que se quer além do direito ao voto, onde o cidadão, de fato, participa das decisões do Estado que lhe dizem respeito, e, portanto, exige uma nova postura da Administração, uma Administração disposta a ouvir o cidadão, a tomar decisões conjuntas, em consenso com a opinião do administrado, devendo abrir suas portas para a sociedade, já que esta é o fim último da própria Administração. A transação aparece, então, como meio a alcançar o consenso entre o administrado e a Administração, tirando esta última da posição contraposta ao cidadão, lugar que tradicionalmente ocupou.

Nesse contexto, cria-se um embate entre os velhos aparatos estatais e sua dogmática e as novas demandas sociais de participação. A ideia da indisponibilidade do interesse público acaba por negar à Administração o poder de sentar-se com o seu cidadão a fim de tomar decisões acordadas. A ideia da supremacia do interesse público acaba por fazer por inconciliável o público e o privado.

Aí é que entra o questionamento desses velhos institutos. Afinal, o que é o interesse público? Há, realmente, um interesse público? Ou vários? Onde acaba o privado e começa o público? Há essa divisão?

Este trabalho visa abordar esses, entre outros, pontos controvertidos, na busca por demonstrar a possibilidade de uso da transação como método alternativo de resolução de conflito pela Administração Pública.

Buscou-se, primeiramente, identificar, a partir do panorama histórico, as nuances que consubstanciaram nos tradicionais paradigmas e princípios que informaram o regime jurídico-administrativo da Administração e da dogmática administrativa, notadamente aqueles que prestigiaram o autoritarismo e a centralização das decisões.

Após, passa-se a focar a argumentação sobre a concepção da ideia de interesse público, para se fazer uma crítica à construção desse conceito, tão amplamente utilizado como supedâneo à censura de qualquer disponibilidade realizada pelo administrador, e, ao mesmo tempo, para legitimar atos violadores de preceitos fundamentais. Aborda-se a diferença entre interesse público primário e secundário, para diferenciar o interesse da Administração do interesse público.

No segundo capítulo, inicia-se com a apresentação do movimento pela democratização da democracia¹, pela qual se busca uma democracia de fato, que vá além do direito ao voto, e que garanta ao cidadão participar ativamente das decisões da sua comunidade e sociedade. Para isso, demonstra-se a insuficiência dos meios até então tradicionais da Administração para alcançar estes objetivos.

Por fim, discorre-se sobre o instituto da transação e a sua importância nesse processo de horizontalização das decisões. Apontam-se os variados campos em que a própria lei brasileira já previu a sua utilização e que, de fato, é amplamente utilizada. Ainda, argumenta-se pela importância da eficácia das decisões consensuais da Administração para o alcance do interesse geral.

¹ Expressão usada pelo sociólogo Anthony Giddens, bem como se trata de título da obra de Boaventura de Souza Santos.

1 O DIREITO ADMINISTRATIVO E A BUSCA PELO INTERESSE PÚBLICO

1.1 A evolução do Direito Administrativo

1.1.1 Das origens do Estado de Direito ao Direito Administrativo

A construção da ideia de um Estado governado por leis, às quais os próprios governantes estariam submetidos, leis estas elaboradas pelos representantes dos cidadãos democraticamente eleitos, não é uma ideia recente. Contudo, essas ideias ver-se-ão aplicadas, de fato, só recentemente, quando o amadurecimento da sociedade e do pensamento possibilitou a implantação de um Estado de Direito Democrático.

A submissão do poder à lei vem sendo desenvolvida, com certos percalços, desde a Antiguidade.

As primeiras notícias dessa empresa podem ser verificadas em Atenas. Conforme ensina o professor Luís Roberto Barroso (2010, p. 6), ali foram concebidos e postos em prática institutos que se tornaram os fundamentos do Estado Moderno, como a divisão dos órgãos estatais em funções diversas, separação do poder secular e a religião, sistema judicial, e, mais importante, a supremacia da lei, a ser criada sob processo formal adequado.

Na lição do mesmo professor, o ideal constitucionalista² da limitação do poder político permaneceu em Roma, notadamente no período Republicano inaugurado em 529 a.C., com a Lei das Doze Tábuas.

A Idade Média não apresentou terreno propício para o desenvolvimento de uma contenção do poder, era época das monarquias absolutas, em que todo poder pertencia ao soberano; a sua vontade era a lei, a que obedeciam todos os cidadãos, justificadamente chamados servos ou vassalos (DI PIETRO, 2003, p. 23).

Com o Iluminismo e os primórdios do Estado moderno, o centro de poder passará a figurar sobre o monarca, sob respaldo das construções teóricas de Bodin³

² Para o autor, Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of the Law, Rechtsstaat) (BARROSO, 2010, p. 5).

³ Jean Bodin (1530-1596) desenvolveu o tema da soberania na sua obra *Les six livres de la republique* (Os Seis Livros da República). Para ele, a soberania é poder perpétuo e ilimitado, de

e Hobbes⁴. Com Locke⁵ e a Revolução Inglesa, transfere-se o poder para o Parlamento. Finalmente, delineados os contornos do Estado de Direito, “com Rousseau e as Revoluções Francesa e Americana, o poder soberano passa nominalmente para o povo, uma abstração aristocrático-burguesa que, com o tempo, iria democratizar-se” (BARROSO, 2010, p. 10).

É aí, então, com o Estado de Direito, que se vão estabelecer os fundamentos teóricos e institucionais para um efetivo controle do poder. Com a identificação das funções estatais, e a separação dos poderes minutadas por Montesquieu, constrói-se os postulados a se estabilizar o controle do poder pelo próprio poder, impedindo a concentração nas mãos da mesma pessoa.

Assim, o Direito Administrativo, tomado nos contornos que se lhe dá hoje, surge na era pós Revolução Francesa. Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 39) refere que não se tinham regras específicas para regular as relações do Estado com os Administrados no período que se seguiu à queda da Monarquia Absolutista, e que as normas até então existentes, disciplinando a relação entre particulares, eram insuficientes e inaptas para tratar o vínculo de outra índole, entre Poder Público e administrados.

A tripartição das funções do Estado veio ensejar a especialização das atividades do governo e dar independência aos órgãos incumbidos de realizá-las. Passa-se, então, a buscar a normatização dessa atividade através de leis que, num primeiro momento buscam proteger o cidadão da interferência do Estado, e, num segundo momento, vão intentar a própria ação positiva do Leviatã para suprir as necessidades do cidadão.

origem divina, concentrado nas mãos do governante (monarca). Esse poder soberano só existe, no entanto, quando o povo se despoja do seu poder soberano e transfere inteiramente ao governante. Contudo, esse poder está limitado e deve obediência às leis natural e divina, as quais derivam da regra pela qual o príncipe soberano é limitado pelos contratos que celebra, seja com súditos, seja com estrangeiros, e deve respeitar tais acordos. Tese que ia ao encontro das demandas burguesas da época.

⁴ Thomas Hobbes (1588-1679) tem como obra política mais importante o *Leviatã*, onde desenvolve a teoria contratualista da sociedade. Para ele a Igreja cristã e o Estado cristão formavam um mesmo corpo, encabeçado pelo monarca, que teria o direito inclusive de interpretar as Escrituras e presidir o culto.

⁵ Jonh Locke (1632-1704) dizia que todos os homens, ao nascer, tinha direitos naturais – direito à vida, à liberdade e à propriedade, e para garantir esses direitos haviam se criado os governos. Caso os governos não respeitassem tais direitos, as pessoas tinha o direito de se revoltar contra eles e não eram obrigadas a aceitar suas decisões (Ensaio acerca do Entendimento Humano). Criticava, também, o direito divino dos reis (Primeira Tratadado sobre o Governo Civil).

Daí dizer-se que “o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito” (MELLO, 2009, p. 47). Quando se passou a entender o Estado enquanto submisso à ordem jurídica, aí nasceu a noção fundamental de vinculação do poder à lei, e, conseqüentemente, um conjunto de normas passou a regular a ação dos governantes com os seus administrados.

Desse modo, anota Cristiane SCHWANKA (2009), o Direito Administrativo conforma-se e recebe autenticidade concomitantemente com a formação do Estado de Direito, na função precípua de limitação do poder estatal soberano, sendo, notadamente, fruto da sujeição da burocracia à lei e do advento da separação dos poderes.

Não é verdade, porém, que o Direito Administrativo só exista nos sistemas europeus formados nos princípios revolucionários do século XVIII. Nem todos os países tiveram a mesma história nem estruturaram da mesma forma o seu poder, razão pela qual o Direito Administrativo teve origem diversa e desenvolvimento menor em alguns sistemas, como é o caso do anglo-americano. Segundo Di Pietro, onde o Direito Administrativo se mostrou menos desenvolvido, verificou-se maior aplicação do direito privado nas relações jurídicas de que participava o Estado (DI PIETRO, 2003, p. 25).

A vinculação do Direito Administrativo com a evolução histórica do próprio Estado estreita-o com o Direito Constitucional, já que ambos fundamentam-se na separação dos poderes e no objetivo de assegurar a proteção dos direitos fundamentais não apenas nas relações entre particulares, mas entre estes e o próprio Estado. Todavia, a ampliação das funções estatais assumidas ao longo do tempo pelos Estados vai interferir diretamente no plexo de relações que vão se submeter ao regramento publicista do Direito Administrativo.

No Estado de Direito burguês que se sucedeu à Revolução Francesa, em que a finalidade estatal limitava-se a assegurar a ordem, o objeto do Direito Administrativo é bem restrito. Já no Estado do Bem-estar, mais ativo, atuando no desenvolvimento de atividades na área de saúde, educação, assistência e previdência social, o Direito Administrativo amplia o seu conteúdo, porque cresce a máquina estatal e o campo de incidência da burocracia administrativa (DI PIETRO, 2003, p. 25).

Quanto às influências, o Direito Administrativo, como ramo autônomo, vai receber fortes contribuições do direito francês, do direito alemão e do direito italiano.

Ensina Di Pietro (2003, p. 26) que, pelo primeiro, que praticamente deu origem ao Direito Administrativo, formou-se a escola exegetica, estruturada quase inteiramente a partir da interpretação de textos legais; o segundo deu os primeiros passos na elaboração científica do Direito Administrativo; e o terceiro, confluindo as duas outras tendências, teve inegável contribuição para a elaboração sistemática do Direito Administrativo.

1.1.2 O Direito Administrativo no Brasil

No Brasil, a Administração Pública nasce sob o jugo do absolutismo.

Primeiro sob o comando dos donatários das capitanias no período colonial, que detinham o poder absoluto concedido pelo monarca português.

Com a criação do governo-geral, o governador geral, representante do Rei, fazia as vezes da centralização, tanto do poder de legislar quando o de presidir a justiça.

Já na época do Império, verificar-se-á a divisão dos poderes, com administração pública organizada, no entanto, essa era regida praticamente pelo direito privado. O Conselho de Estado criado pela Constituição de 1824, extinto pelo Ato Adicional de 1834 e reinstituído por lei em novembro de 1842, por fim, abolido por Decreto em 1889, configurou apenas órgão de assessoramento do Imperador, não tendo firmado tradição de atuação jurisdicional (DI PIETRO, 2003, p. 42).

A Constituição de 1891 inaugura o período republicano, suprimindo-se o Poder Moderador e adotando o sistema de jurisdição uniaxial, confirmando a influência norte-americana ao lado da República e do federalismo para a conformação do Direito Administrativo pátrio (BACELLAR FILHO, 2008, p. 11).

A partir da Constituição de 1934, há a grande evolução no Direito Administrativo nacional, consequência da própria previsão da nova Constituição que vai estender a atividade do Estado aos âmbitos social e econômico; é a introdução do Brasil no contexto do Estado Social de Direito, uma mudança da postura abstencionista do Estado, que não mais se mostrava apto a atender as necessidades de uma sociedade que clamava a sua atuação positiva (MELLO, 2007, p. 26-45).

Para cumprir sua nova função, o Estado passou a ser também um prestador de serviços, por meio da criação de órgãos públicos e da descentralização administrativa, surgindo, assim, uma enorme gama de novas relações entre Administração e administrados carentes de regulação pelo Direito Administrativo.

Com a Revolução de 1930, surge no Brasil o Estado burocrático, centralizador e intervencionista. Nasce, assim, num cenário de aceleração da industrialização brasileira, assumindo o Estado uma papel decisivo, intervindo diretamente no setor produtivo.

Opera-se, aí, a primeira reforma administrativa – a burocrática - iniciada em 1937, no primeiro governo Vargas. Mas, apesar de sua grande contribuição no incremento da eficiência do aparelho Estatal no início da conformação do Estado Social, entra em crise com o próprio “modelo burocrático” a partir da década de 1970, em decorrência da postura neoliberal que o Estado passa a assumir.

Em 1988 vem a nova Constituição – a Constituição Cidadã - trazendo em seu bojo direitos e garantias fundamentais a serem garantidos pelo Estado, notadamente exigindo políticas públicas na área social, como educação saúde, previdência social, habitação, etc.

Ensina Luiz Carlos Bresser PEREIRA (1995), que as mudanças ocorridas nas formas políticas do Estado – no plano constitucional-legal ou do regime político – exigiam correspondência no plano da Administração Pública. A forma administrativa burocrática do Estado – o Estado Burocrático – era adequada para o pequeno Estado Liberal e para a primeira forma de Estado Democrático – uma forma em que a democracia era de elites. Essa forma de Administração Pública não se mostrava apta a satisfazer com eficiência os grandes serviços sociais e científicos de relevância pública como educação, os cuidados de saúde e a assistência social.

Só em 1995, ainda na esteira das mudanças aportadas com a nova Constituição de 1988, foi que se implementou a grande reforma da Administração Pública, com o objetivo de regular e aparelhar o Estado para seus novos campos de atuação ditados pela nova Carta Constitucional (PEREIRA, 1995).

Os novos paradigmas trazidos pela Constituição Cidadã, ao erigir o administrado à condição de cidadão, expande a visão clássica e unilateral do Direito Administrativo e põe em xeque a dogmática administrativa clássica. Torna-se, assim, um instrumento de melhor atendimento efetivo dos interesses coletivos, com

reflexos, inclusive, na dogmática do regime jurídico administrativo (SCHWANKA, 2009).

1.1.3 O Regime Jurídico do Direito Administrativo

A separação das funções estatais, ou separação dos poderes, apresenta-se como pressuposto da existência do Direito Administrativo, pois sem a identificação dessas diferentes funções não se conceberia um direito próprio para disciplinar uma delas (MEDAUAR, 2011, p. 35).

Identificadas sob um critério formal, ou seja, a partir da designação que o próprio Direito dá a função tal ou qual, é possível verificar três funções essenciais do Estado: a) a função legislativa, onde o Estado estabelece normas abstratas, inovando a ordem jurídica, fundamentado e limitado pelos ditames constitucionais; b) a função jurisdicional, onde o Estado, sob provocação, decide, em um caso particular, a solução de litígio, com força coativa, criando lei entre as partes denominada de coisa julgada; e c) a função administrativa (ou executiva), na qual o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce atividade subordinada à lei, na intimidade de uma estrutura e regime hierarquizado, que não inova a ordem jurídica, mas que está submissa ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, com fins de satisfazer necessidades coletivas.

A professora Sylvia DI PIETRO (2003, p. 57) anota que essas três funções básicas são distribuídas pela Constituição, predominantemente, a cada um dos Poderes, não de modo exclusivo, mas em medida suficiente que vem a tornar a função característica primordial de cada Poder. A Constituição vai, ainda, prever algumas interferências entre esses Poderes, visando assegurar um sistema de freios e contrapesos de autocontrole.

O Direito Administrativo vai se ater, então, à função administrativa do Estado, no que diz respeito especificamente aos seus órgãos administrativos, excluído daí, portanto, os órgãos governamentais, constituindo o que designamos de Administração Pública em senso estrito.

Como já anotado, o Direito Administrativo surge no Estado liberal, onde florescem os ideais individualistas, buscando a proteção aos direitos individuais frente ao Estado; mas, em contraponto, o regime administrativo aí surgido é

impregnado de traços de autoridade e centralização, que conduz a uma série de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar os direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos (DI PIETRO, 2003, p. 65).

MEDAUAR (2011, p. 15) anota que as justificativas oferecidas para esse paradoxo em adotar-se um caráter autoritário e centralizador por parte do Direito Administrativo em pleno período de implantação do Estado liberal baseiam-se na necessidade de abolir a desordem existente na Administração francesa, em decorrência do tumultuado período revolucionário, além da conhecida tendência de Napoleão a exercer o poder do modo mais amplo possível.

A explicação dada por BINENBOJM (2008) para essas prerrogativas autoritárias da Administração ataca a própria ideia da origem liberal e garantística do direito administrativo, bem como de que a sua construção teórica seria fruto do advento do Estado de direito ou da separação dos poderes. O autor afirma que a dogmática administrativista buscava, sim, a preservação da mesma lógica de poder do Antigo Regime. Para isso, criou um modo de autovinculação do Poder Executivo, no qual a burocracia legisla para si e julga a si mesma; uma jurisdição própria que o imunizava frente ao controle dos demais Poderes e do cidadão. Assim, o instrumental teórico administrativista foi estruturado a partir de premissas conceituais comprometidas com a preservação do princípio da autoridade e centralização, e não com a promoção das conquistas liberais e democráticas.

Seja qual for a origem dessas peculiaridades admitidas no regime administrativo, fato é que dotaram o Direito Administrativo de prerrogativas e privilégios exclusivos desse ramo do direito, inexistentes e desconhecidos no direito privado, as quais, então, foram nominadas de “exorbitantes”, pois exorbitavam dos direitos e faculdades que se reconheciam aos particulares, como, por exemplo, a auto-executoriedade, autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, os prazos dilatados em juízo, processo especial de execução, imunidade tributária, etc.

Ao mesmo tempo em que goza de prerrogativas e privilégios, a Administração Pública está sujeita a restrições que podem tornar nulo o ato administrativo ou mesmo levar o agente executor a ser responsabilizado funcionalmente. Dentre as restrições, cite-se a observância da legalidade, da moralidade pública, da finalidade pública, da publicidade, entre outros. De tais limitações decorrem a necessidade da

realização de concurso público para o provimento de cargos públicos, a realização de concorrência pública para a compra de mercadorias etc.

A esse conjunto de prerrogativas, privilégios e limitações dá-se a designação de regime jurídico administrativo.

Não obstante a posição privilegiada conferida pelo regime jurídico administrativo à Administração Pública, não se pode perder de vista o caráter instrumental dessas prerrogativas. Celso Antônio Bandeira de MELLO (2009, p. 43) critica a visão equivocada tida hodiernamente de que do Direito Administrativo é um ramo do direito aglutinador de poderes desfrutáveis pelo Estado em sua feição administrativa, ao invés de ser considerado como efetivamente é, ou seja, um conjunto de limitações aos poderes do Estado, mais acertadamente um conjunto de deveres da Administração em face os administrados.

Aduz o mesmo autor que a origem desta errônea concepção teórica remonta ao incipiente Direito Administrativo francês, que procurava um núcleo aglutinador da ideia desse novo ramo do direito, um polo aglutinador de seus vários institutos, chegando-se à ideia de *puissance publique*, isto é, da existência de poderes de autoridade detidos pelo Estado e exercitáveis em relação aos administrados.

No entanto, logo depois, Léon Duguit vem trazer a sua compreensão, quase que inversa, do polo aglutinador do Direito Administrativo como a noção de “serviço público”, posto como sua pedra angular, ou seja, para Duguit e seus discípulos, a noção fundamental do Direito Administrativo, capaz de explicar as peculiaridades de seus institutos e justificar sua aplicação, seria a noção de serviço público, assim entendidos os serviços prestados à coletividade pelo Estado, por serem indispensáveis à coexistência social (MELLO, 2009, p. 44).

Assim, ao Direito Administrativo moderno cabe o Poder apenas como “algo ancilar, rigorosamente instrumental e na medida estrita em que é requerido como via necessária e indispensável para tornar possível o cumprimento do dever de atingir a finalidade legal” (MELLO, 2009, p. 46).

Com o advento do ideário do Estado Social de Direito, ou Estado de Bem-estar, a noção instrumental da Administração Pública é levada ao seu sentido dinâmico, superada a concepção abstencionista do Estado, passando este a alcançar esferas da vida privada do indivíduo, e mesmo social, antes não tocada pelo Direito público, uma atuação ativa no sentido de garantir a justiça social, o bem comum e o bem-estar coletivo.

Com isso, o regime jurídico administrativo passa a ter que se adaptar às mais diversas novas formas de atuação do Estado, assumido ora formas do Direito privado, ora formas do Direito público. Isso se tornou necessário, principalmente, quando o Estado passa a atuar por meio de entes públicos econômicos, interferindo no mercado, prestando serviços, submetendo estes entes a regras típicas do Direito privado.

Todavia, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2003, p. 64) salienta que “mesmo utilizando o direito privado, a Administração conserva algumas de suas prerrogativas, que derogam parcialmente o direito comum, na medida necessária para adequar o meio utilizado ao fim público a cuja consecução se vincula a lei”.

Essa ampliação de atividades do Estado, e, por conseguinte, das relações da Administração com o administrado, alcançou hoje grandes dimensões e fez-se base da vida em coletividade, constituindo fator condicionante de grande parte das relações econômicas e sociais dos indivíduos.

Contudo, o regime jurídico administrativo nas relações entre Administração e o administrado já “não encontra legitimidade de atuação sob a luz do princípio da autoridade para se valer da perspectiva vertical, autoritária e unilateral fundados em conceitos indeterminados, tais como ‘bem comum’, ‘interesse público’ e ‘interesse coletivo’” (SCHWANKA, 2009).

O regime jurídico administrativo constitui-se, no Estado Democrático de Direito, antes um conjunto de balizas à atuação da Administração que uma carta branca para o Estado subjugar o cidadão. Isso porque as garantias constitucionais atribuídas às pessoas assumem maior importância que as prerrogativas do Poder Público (SCHWANKA, 2009).

Por isso, nos conflitos envolvendo relações entre Administração e administrado, submetidas ao regime jurídico administrativo constitucional, a diretriz a ser observada é a ponderação de princípios, bens e valores constitucionais, sem perder de vista o caráter teleológico da função Estado, notadamente da sua Administração, cujo regime jurídico administrativo próprio legitima-se unicamente pela primazia de garantir o bem comum, sobretudo, de buscar meios para efetivação dos direitos assegurados pela Constituição (MEDAUAR, 2011, p. 36).

1.1.4 Os princípios informadores do Direito Administrativo

O artigo 37 da Constituição de 1988⁸ arrolou expressamente cinco princípios à Administração Pública: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

É sabido, porém, que muitos outros princípios regem a Administração Pública, alguns decorrentes da própria Constituição, previstos fora do art. 37, outros por decorrerem logicamente dos primeiros, e outros, ainda, em por serem implicações do próprio Estado Democrático de Direito.

No Direito Administrativo, os princípios possuem grande importância, haja vista tratar-se de direito de elaboração recente e de pouca codificação. Assim, o viés principiológico torna-se fundamental para interpretar, integrar, compreender e consolidar os institutos do Direito Administrativo (MEDAUAR, 2011, p. 129).

Em suma, determinar os princípios (e o seu respectivo alcance) regentes do Direito Administrativo consiste em delinear o próprio regime jurídico administrativo.

Miguel REALE (1974, p. 339) define os princípios como “enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico para sua aplicação e integração e para a elaboração de novas normas”.

Esses princípios vigoram segundo determinadas condições, regulamentações e limites, admitindo variantes, temperamentos e qualificações particulares à vista do significado singular que assumem em função da legislação concernente aos diversos institutos do Direito Administrativo. Desempenham, por isso, o papel de guia; norte que orienta a compreensão desta disciplina (MELLO, 2009, p. 90).

Celso Antônio Bandeira de MELLO admite como “fonte-matriz” do regime do direito público, sob os quais se constrói todo o sistema de Direito Administrativo, os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos (MELLO, 2009, p. 52). O autor traz ainda outros princípios decorrentes ou não dos primeiros, como o da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação, da impessoalidade, da publicidade, do devido processo legal e ampla defesa, da moralidade administrativa,

⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

do controle judicial dos atos administrativos, da responsabilidade do Estado por atos administrativos e da eficiência e da segurança jurídica.

Para DI PIETRO (2003, p. 67), os princípios essenciais do Direito Administrativo são o da legalidade e o da supremacia do interesse público sobre o particular. Elenca a autora, ademais, outros princípios que regulam a atuação administrativa, como o da legalidade, do interesse público, da impessoalidade, da presunção de legitimidade, da especialidade, do controle ou tutela, da hierarquia, da continuidade do serviço público, da publicidade, da moralidade administrativa, da razoabilidade e proporcionalidade, da motivação, da eficiência, e da segurança jurídica.

O rol de princípios descrito por Hely Lopes MEIRELLES (2006, p. 87) contém doze “regras de observância permanente e obrigatória para ao bom administrador”, quais sejam, legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. O mesmo autor lembra que o fim da Administração Pública resume-se unicamente no objetivo do bem comum da coletividade administrada.

Odete MEDAUAR (2011, p. 130-140) elenca como os princípios mais abrangentes do Direito Administrativo o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade, da eficiência, da preponderância do interesse público sobre o particular, da indisponibilidade do interesse público, da proporcionalidade, da continuidade, da presunção de legalidade e veracidade, da autoexecutoriedade, da autotutela e da segurança jurídica.

Como se pode observar, muitos princípios são derivados entre si e respectivamente complementares, de modo que, de uma maneira geral, o rol trazido por um doutrinador não foge muito à lição dos demais, forçando a conclusão que há quase que um consenso num grupo básico de princípios a reger o regime jurídico administrativo.

Não obstante a consonância em relação ao grupo de princípios básicos, a problemática da matéria surge notadamente na hora da aplicação desses princípios.

Enquanto espécie de normas, os princípios também tem carga normativa, menos densa, é claro, que as regras legais, mas de mesma força imperativa.

Acontece que, ao contrário da lei que se verá exclusiva a regular determinada situação, mais de um princípio pode aparecer e demandar aplicação em um mesmo caso, exigindo uma integração ponderativa do operador do direito na sua aplicação.

Por serem normas abertas, menos densas, os princípios trazem conceitos indeterminados, abertos a interpretações, como, por exemplo, “interesse público”, “legitimidade”, “eficiência”.

Ao aplicador do direito, bem como ao estudioso, cabe o estudo aprofundado desses conceitos, desde a sua origem, buscando a sua aplicação sob o viés constitucional.

Deve-se lembrar que muitos desses conceitos tidos por princípios do regime jurídico administrativo foram cunhados sob o incipiente Estado liberal, cuja Administração foi marcada por traços de autoridade e centralização, seja pela justificativa de necessidade rédeas firmes à Administração após o tumultuado período revolucionário, ou pela tendência Napoleônica a centralizar o poder (MEDAUAR, 2011, p. 15), ou, ainda, pela busca de preservação da mesma lógica de poder do Antigo Regime (BINENBOJM, 2008).

Decorre assim que muitos desses princípios, permeados de características de autoridade, subsistem na dogmática administrativista atual. É assim com o dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o da legalidade administrativa, o da intangibilidade do mérito administrativo, da unicidade do Poder Executivo, etc.

Frente a isso, hodiernamente, erige-se a ideia de constitucionalização do direito administrativo, mediante a adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático por vetores axiológicos – traduzidos em princípios e regras constitucionais – a pautar a atuação da Administração Pública.

Esses vetores convergem para o princípio maior da dignidade da pessoa humana e, ao se situarem acima e para além da lei, vincularem juridicamente a definição de interesse público, balizarem através de princípios os limites da discricionariedade administrativa, admitirem um espaço de atuação a autoridades administrativas independentes no esquema de separação de poderes e na lógica do regime democrático, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo (BINENBOJM, 2008).

Afigura-se, desse modo, necessária uma releitura dos princípios administrativos clássicos sob a perspectiva dos novos paradigmas constitucionais,

para que o Administrador não use de princípios com conceitos indeterminados, como supremacia do interesse público, por exemplo, para suprimir, ao seu bel prazer, direitos e garantias fundamentais do administrado.

1.2 Interesse Público e Administração Pública

O ideário de um “interesse público” é reivindicado pelo Direito Administrativo clássico como fundamento de legitimação da atuação da Administração Pública, notadamente quando essa atuação conflita, de algum modo, com interesse individual.

De fato, a ideia da existência de um interesse que seja público, isto é, que represente o desejo coletivo do todo social, constitui-se de elemento fundamental a justificar quaisquer atos que se digam no intento de satisfação desse interesse.

Acontece que o nominado “interesse público” permanece até hoje uma zona cinzenta na doutrina administrativista, carente de delineamento preciso. Nesse sentido, manifesta-se MEDAUAR (2003, p. 186) quando refere que a presença ampla da expressão interesse público no âmbito do direito administrativo contrasta com as dificuldades que surgem ao se tentar apreensão terminológica ou conceitual, dotada de alguma precisão.

Não obstante, a Administração, arrogando-se a capacidade de captar do público esse “interesse” e a propósito de atendê-lo, usou-se largamente desse conceito para fundamentar suas prerrogativas de autoridade, que muitas vezes serviram para suprimir direitos individuais ao argumento genérico de estar atuando em prol do “interesse público”.

Apesar da tentativa doutrinária em definir o que vem a ser “interesse público”, os esforços analíticos pouco ajudam na identificação desse objeto conceitual ou mesmo na prova de sua existência. O problema parte da própria imprecisão e discussão sobre seus termos componentes: o que vem a ser “interesse”? Na mesma toada, o que se define como “público”?

Nesse sentido, descortina-se um tema mais complexo do que normalmente possa nos parecer quando em uma análise mais superficial. Em vista disso, buscaremos uma abordagem aprofundada sobre o assunto, objetivando verificar a origem dos conceitos, bem como a construção da dogmática do “interesse público”.

1.2.1 Interesse Público: uma abordagem zetética

A noção do “público” associada à noção de “interesse” pode ser explorada de duas formas: uma seria o caminho dogmático, através da hermenêutica do Direito. Outra seria o caminho zetético, do questionamento prévio à utilização da hermenêutica.

Tercio Sampaio Ferraz Junior explica que o enfoque zetético, ao contrário do dogmático que releva o ato de opinar, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um ser (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada configura-se como um dever-ser (como deve-ser algo). Por isso, o enfoque zetético visa saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação.

Com base no artigo intitulado Interesse Público, do professor Tercio Sampaio FERRAZ JR. (1995), vamos fazer uma análise do chamado “interesse público” sob uma ótica da zetética.

Primeiramente, aborda-se o conceito de interesse. Afirma o referido autor que a expressão, em tese e por princípio, não admite definição, pois se trata de um lugar-comum. “Lugares-comuns não se definem e é por isso mesmo que são lugares-comuns, como tais, expressões abertas, difusas, e assim, aceitas por muitos independente de divergências” (FERRAZ JR., 1995).

Um exemplo dado de lugar-comum reporta-se à noção de “por maioria”. Numa disputa em determinado recinto, não havendo acordo entre as tendências diferentes, quando alguém propõe a resolução da questão por maioria, ninguém vai perguntar por que por maioria, e quem for contra vai ser taxado de antidemocrático, etc. Verifica-se, assim, que “por maioria” trata-se de um lugar-comum, que todos aceitam, mesmo sem delimitação própria.

A força do lugar-comum está exatamente na sua aceitação silenciosa. É aí que ele convence. Quanto mais temos que explicar o lugar-comum, menos ele força ele tem.

O interesse como um desses lugares-comuns foi cunhado na Alemanha, a partir do século XIX, com a chamada Jurisprudência dos Interesses, na busca de um

entendimento que superasse a noção conceitualista do positivismo jurídico, visando um direito voltado aos interesses.

Fala-se hoje que interesse é uma relação entre a necessidade, o bem que atende à necessidade e o sujeito que tem a necessidade.

Outros problemas, porém, surgem dessa definição. O que é necessidade? Quais são as necessidades? Que tipo de relação? Quais sujeitos?

Mesmo não se definindo lugares-comuns, pode-se configurar o lugar-comum na medida em que traçamos a sua origem histórica, isto é, tomamos consciência da sua própria história. Isto nos permite ter a ideia de como se consubstanciou a dogmatização desse espaço-comum chamado de interesse público.

A noção de público e privado, na nossa cultura, tem origem na Antiguidade. Os filósofos gregos designavam de “labuta” ou “labor” as atividades voltadas à satisfação de necessidades naturais, ou seja, necessidade de se alimentar, necessidade de se vestir, necessidade de procriar etc.

A labuta era desenvolvida no agrupamento familiar, onde se desenvolvia uma atividade que gerava produtos que se consumiam e que integravam a própria vida, e, com isso, davam ao ser humano a condição de continuar a própria vida; uma espécie de atividade circular que produzia os bens para satisfazer as necessidades, necessidades essas que eram do próprio exercício físico do homem e, com isso, o homem se fortalecia pra produzir nova labuta e, com isso, atender as necessidades e assim por diante.

Nesse contexto, a satisfação desses interesses pela labuta constituía aquilo que os antigos chamavam de “a esfera privada”.

Apenas os senhores, os “paters famílias”, libertavam-se dessa atividade, em virtude de terem escravos que a desempenhavam.

Os senhores, entre si, constituíam outra comunidade, e exerciam outra atividade que nada tinha a ver com as necessidades vitais, era a “atividade política” ou “ação”.

O plano da ação era um plano de liberdade e de convívio, onde o homem saía das necessidades vitais e abria o peito para um encontro inseguro com o fortuito. Ao contrário da labuta, onde o “pater famílias” sabia que precisava do labor para conseguir os bens, incorporáveis ao próprio agente para continuar labutando, no plano da ação ele não sabia o que o outro ia fazer, o encontro fortuito da

governabilidade, dos arranjos, dos acordos que podiam ser quebrados, necessitava de reguladores práticos como a Justiça, o Direito, a Retórica etc.

Pois bem, na Antiguidade, a distinção era clara, porque se percebia, então, que a vida política encarnava a noção do público e a vida familiar encarnava a noção de privado.

Havia ainda uma terceira esfera, que não era, propriamente, nem pública e nem privada, a esfera do trabalho. Aí se colocavam os artistas, os artesãos, os mercadores, que desempenhavam atividade que não era finalista como a labuta.

Esta atividade comercial que produzia bens não de consumo, mas bens úteis, que tinham uma existência própria, desligada do produtor e, por isso, possuíam um valor de troca, não era nem pública, nem privada, estava à margem da polis.

A Idade Média vai trazer a noção do homem como um ser gregário, um ser social, nisto incluindo a ideia grega de labuta e ação, o homem na sua vida familiar e pública. A sociabilidade, caracterizando a vida humana, traz o problema de como distinguir o público do privado, pois, na Idade Média, de fato, essas coisas se confundiam, já que o senhor feudal era o “pater famílias” e o senhor político.

No início da Era Moderna, substitui-se a noção de ação política pela noção de trabalho. Passa-se a entender a atividade humana uma atividade finalística, o homem fabricante de bens que, no comércio humano, podem ser trocados por outros bens. O “‘homo faber’ passa a dominar tanto a atividade familiar como a comunhão social” (FERRAZ JR., 1995).

Para diferenciar a esfera pública da esfera privada, cria-se o Estado, responsável pela constituição da sociedade, e tudo aquilo que tem a ver com a constituição da sociedade pertence à esfera pública.

Em contraposição, a atividade humana entendida como trabalho finalístico, como uma fabricação, circunscreve a esfera privada. Essa é a esfera do denominado mercado, a chamada sociedade civil, que é o lugar onde se realizam as trocas humanas, onde a principal atividade é produzir bens de troca.

Verifica-se, aí, que a contraposição de público e privado, na Era Moderna, passa a significar a contraposição entre Estado e mercado.

O desenvolvimento do Capitalismo advém dessa concepção que, fora do Estado, tudo passa a ser mercado, todos os bens produzidos no mercado resultam de uma atividade privada; apesar de sociável, é privada, em oposição à outra

atividade que será pública, na medida em que se liga ao Estado como artifício que constitui a sociedade como tal e garante como tal.

Após a Revolução Francesa começa-se a reconhecer a labuta também como trabalho. Aquela atividade circular, que não tem fim - limpar para sujar, para limpar, para sujar – incorpora-se à, ou incorpora a, noção de trabalho.

O homem trabalhador passa a ser um labutador, genericamente, isto é, não está voltado a produzir bens de troca, que têm valor para troca, mas está voltado a produzir bens de consumo. O homem vira um operário: “homo laborans”.

Nesse momento, o Estado que estava limitado a garantir o mercado, configurando-se o lugar da realização da vida política, passa a abranger outras esferas antes tidas como âmbito privado, invadindo o espaço do mercado. Nesse sentido, o Estado passa a instituir a previdência pública, garantir o atendimento de saúde, educação etc.

A noção do público como aquilo que tem a ver com o Estado vai alargar-se, da mesma forma, com a expansão do Estado. No entanto, vai ser brechado pelas interpretações que veem resistência nessa expansão das atividades estatais.

Quando ocorre essa assimilação ou quase fusão de todas as atividades humanas em torno da labuta, e, ao mesmo tempo, alarga-se o campo de atividade do Estado, a distinção entre o público e o privado se esvanece e, obviamente, a distinção entre interesse público e interesse privado se torna extremamente complicada.

1.2.2 Linhas de transformação da noção de interesse público na Administração

Após a Revolução Francesa, os revolucionários buscaram explicar a finalidade de suas ações com base racional a fim de angariar a adesão de todos. Para isso, a noção de interesse público legitimava os atos da Administração, passando esta a figurar como executora da vontade geral e intérprete desse interesse.

Toda a máquina administrativa atua para atender o interesse público, que, em concepção do século XIX, é limitado, pois é aspecto do próprio Estado.

Assim, os atos e medidas se justificam, mesmo que restrinjam atividades ou direitos de particulares (como a desapropriação e medidas decorrentes do poder de polícia). A Administração efetua uma espécie de homogenização dos interesses,

com redução de todos os interesses a um denominador comum. Trabalha-se, assim, com a ideia de um interesse público contraposto ao interesse particular, para afirmar-se, na atividade administrativa, a primazia do primeiro em relação ao segundo (MEDAUAR, 2003, p. 189).

Com o advento do Estado intervencionista e a assunção pelo Estado de interesses antes tidos por privados, a tarefa de distinguir a matéria concernente aos interesses públicos tornou-se difícil. Passou-se, então, a concepção nominalista: interesse público é o que a lei ou a Administração diz que é.

A quebra da dualidade interesse público/interesse privado também vai sofrer influxos de outros fatores. Nesse sentido, a pulverização da Administração Pública, através de inúmeras entidades descentralizadas, agências reguladoras, concessionários, permissionários etc, vai quebrar a centralização da Administração e aproximá-la, através de seus tentáculos, do administrado e de seu interesse. Também, assim, muitas entidades da própria sociedade civil, organizadas a fim de defender interesses de uma coletividade, como as associações, ordens profissionais, sindicatos etc, ampliam o significado do que antes era tido por particular, já que vão reivindicar satisfação de interesses que tem um caráter coletivo.

Por conseguinte, chega-se a noção da existência de uma multiplicidade de interesses públicos, não necessariamente contrapostos a interesses privados, já que se passa a observar a fluidez nos dois âmbitos, e, ao mesmo tempo, uma interconexão intensa entre esses (MEDAUAR, 2003, p. 191).

O público e o privado já não se circunscrevem a limites mutuamente excludentes, de modo que o que antes se delimitava como privado hoje é alcançado pelo público, sem, no entanto, lhe ter sido furtada por completo a sua particularidade, ocorrendo um espaço híbrido em que as relações particulares são parametrizadas por regramento público, reservando, contudo, espaço para a autonomia particular.

Por sua vez, o que antes se delimitava como público vê-se permeado por institutos privatistas, preservando, contudo, o seu caractere publicista, ocorrendo um espaço híbrido em que a Administração usa de contratos e relações típicas entre particulares para a consecução de seus fins, sem com isso afastar o seu caráter público.

Após a concepção da Administração como detentora do monopólio do interesse público, emerge o entendimento de que a Administração deve compartilhar tal atribuição com a sociedade.

1.2.3 O interesse público na dogmática administrativa

A noção de interesse público configura-se fundamento para o Direito Administrativo, na medida que constitui os dois princípios tidos por boa parte da doutrina como fonte-matriz do sistema administrativista, a saber: o princípio da supremacia do interesse público sobre o individual e o princípio da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

Conforme acautela Antônio Bandeira de MELLO (2009, p. 53), os dois princípios são realçados não em si mesmos, mas nas repercussões no ordenamento jurídico. Não há, por isso, segundo o autor, a intenção de conferi-los valor absoluto; a importância atribuída a eles como pontos fundamentais no Direito Administrativo não se baseia na qualidade de possuírem em si mesmos a virtude de se imporem como fontes necessárias do regime, mas porque, investigando o ordenamento jurídico-administrativo, acredita-se que eles hajam sido encampados por ele e nesta condição validados como fonte-matriz do sistema.

Odete MEDAUAR (2003, p. 186-188) realça que a noção de interesse público apresenta-se como suporte e legitimação de atos e medidas no âmbito da Administração, tradicionalmente utilizada como fundamento e fim do exercício da função e da tomada de decisões. Saliencia, ainda, que, mesmo sem exaurir todos os modos de conceituar o interesse público, a conclusão que logo se chega é no sentido da impossibilidade de alcançar uma definição precisa, de modo que não corresponde a uma realidade direta e univocamente definível.

Embora não se possam delimitar com precisão os contornos do nominado interesse público, muitos autores buscaram traçar-lhes algumas características básicas buscando alcançar uma conceituação.

A empresa, porém, é reconhecida pelos próprios autores como árdua tarefa, pois não se trata de uma noção simples que se imponha naturalmente, como algo de per se evidente que dispensaria qualquer esforço para determinar-lhe os contornos mesmo abstratos (MELLO, 2009, p. 56).

Celso Antônio Bandeira de MELLO (2009, p. 56-59) busca inicialmente afastar os equívocos em relação ao conceito de interesse público. Conforme o autor, o interesse público não é uma ideia necessariamente contraposta ao interesse individual, embora seja claro que pode haver um dado interesse individual que não se coadune ao interesse público.

Por outro lado, prossegue o doutrinador, também não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Não se pode conceber, contudo, um interesse público que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade, já que caracterizaria um contrassenso que o interesse do todo fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem.

Outro equívoco apontado pelo autor é o de supor que, sendo os interesses públicos interesses do Estado, todo e qualquer interesse do Estado seria, por isso, um interesse público. Aduz o autor que o Estado não possui interesse próprio; é, sim, depositário de interesse dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade.

Assim, o interesse público, entendido como o interesse do todo social, seria, para o autor, “uma dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)” (MELLO, 2009, p. 57). Presta-se o Estado, nesse viés, apenas de instrumental à efetivação do que venha a ser o interesse público.

No mesmo sentido, MEDAUAR (2003, p. 187-189) afirma que a expressão interesse público pode ser associada a bem de toda a coletividade, ao interesse social, à percepção geral das exigências da vida na sociedade, ficando, contudo, mais próxima, segundo a autora, da expressão interesse geral, utilizada no direito administrativo francês.

Para o mestre Hely Lopes Meirelles (2006, p. 87), entende-se por interesse público aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por parte expressiva de seus membros. A sua defesa consubstancia os fins da Administração.

MEDAUAR (2003, p. 189) lembra ainda o sentido ético do termo, parafraseando C. W. Cassinelli:

A palavra “público” significa que o valor ético no padrão do interesse público se aplica a todo membro da comunidade política: é um valor que se deve distinguir de algo que é vantajoso para uma pessoa e desvantajoso para outra. A palavra “interesse” indica o sentido estimativo do padrão; refere-se a algo em que deveríamos estar “interessados”, muito embora possamos

não estar (...). Por isso, dizer que uma ação é do interesse público significa julgá-la de acordo com uma situação política que é benéfica para todo mundo (...).

A importância de apreender-se a ideia do que venha a ser o nominado interesse público assume relevância crucial quando se passa a condicionar a validade dos atos administrativos à observância de tal princípio.

De acordo com DI PIETRO (2003, p. 82-84), pelo princípio da supremacia do interesse público, também conhecido como da finalidade pública, o ato administrativo que falha na sua observância é inquinado pelo vício do desvio do poder ou desvio de finalidade.

Assim, também, já era a lição Hely Lopes Meirelles (2006, p. 86-87), quando dizia que o ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade é ilícito e imoral.

Portanto, percebe-se a relevância tamanha dada ao princípio do interesse público pela doutrina. De outra sorte, as tentativas de definição do conceito, apesar dos esforços por dar alguma objetividade ao tema, acabam desaguando em outros conceitos indeterminados.

Como foi visto, os autores geralmente associam o interesse público com o bem da coletividade, o bem comum ou bem geral. Nessa ideia, concebe-se uma visão unitária de interesse público que abarcaria tanto uma dimensão individual quanto coletiva (SCHWANKA, 2009).

Contudo, qualquer que seja a teoria acerca do interesse público adotada, é impossível afirmar a existência de uma vontade homogênea na sociedade. Pelas próprias características do Estado contemporâneo, caracterizado por um complexo social de grande diversidade e fragmentação de interesses, a afirmação conjunta de posições subjetivas contrapostas e a variação de arranjos entre diferentes grupos de interesse no interior da sociedade, torna-se impossível definir “o” interesse público (JUSTEN FILHO, 2006, p. 44).

Para Celso Antônio Bandeira de MELLO (2009, p. 65), a qualificação de determinado interesse como público é feita pela Constituição e, a partir dela, pelo Estado, através dos órgãos legislativos, primeiramente, e, depois, por vias dos órgãos administrativos.

MEDAUAR salienta que se passou de uma concepção de homogeneidade do interesse público para uma situação de heterogeneidade; de uma ideia de unicidade

para a concreta existência de multiplicidade de interesses públicos. Aliado a isso a indeterminação e dificuldade de definição do interesse público, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, gera-se crise na sua pretensa objetividade (MEDAUAR, 2003, p. 190-191).

Assim, prossegue a autora, emerge um entendimento de que a Administração deve partilhar as suas atribuições com a sociedade. Quem passa a assumir o controle e perfil do que se deve entender por interesse público é a própria sociedade, indicando ao Estado a política a desenvolver e estabelecendo ordem de prioridades.

Por outro lado, não obstante a dificuldade e discussão quanto a delimitação do interesse público, quando se estabelece genericamente a sua superioridade frente ao interesse particular, o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o caráter de subjetividade e margem à arbitrariedade mostram-se mais flagrantes.

Num Estado que se diz Democrático de Direito, a compatibilidade da prevalência *a priori* do princípio da supremacia do interesse público com a ordem constitucional que reconhece a centralidade do sistema de direitos fundamentais deve ser revista (SCHWANKA, 2009).

O que se cogita hoje é a não sacrificabilidade *a priori* de nenhum interesse, sendo função da Administração a busca pela compatibilização entre os interesses possivelmente envolvidos em determinada situação. Nas palavras de Odete MEDAUAR (2003, p. 192): “se é assim, pode-se pensar que a minimização dos sacrifícios exigidos para a obtenção da realização dos interesses torne-se de ordinário o resultado político útil da função”.

Sendo o princípio último da Administração a proteção dos interesses dos seus administrados, os quais possuem, enquanto humanos e cidadãos, direitos fundamentais prescritos da Constituição, será melhor satisfeito o interesse geral quando for levado em conta os direitos individuais fundamentais. Na lição de Benvenuti repisada por Odete MEDAUAR (2003, p. 193) o interesse público não é o do Estado ou da Administração, mas do cidadão.

Daí entrar entre os cânones de legitimação da ação administrativa a capacidade de consideração de todos os interesses relevantes, e, assim, a boa qualidade da decisão se mescla à qualidade do equilíbrio alcançado.

Deve ser anotado aqui que não se está a pregar o retorno ao individualismo do Estado Liberal Burguês, onde o direito individual privatista é mais importante que o interesse geral. O que se quer demonstrar é que, nos novos paradigmas do Estado Democrático de Direito contemporâneo, o sistema de direitos fundamentais corresponde aos direitos do homem enquanto ser humano e enquanto cidadão, de modo que perpassam o caráter individualista liberal e consubstanciam o próprio interesse público, constituindo o fim do Estado e de sua Administração.

1.2.4 Interesse público primário e interesse público secundário

Conforme o que já foi exposto, é consenso na doutrina a não coincidência necessária entre interesses públicos e interesses do Estado e demais pessoas do Direito Público.

Porém, o Estado, apesar de, por definição, estar encarregado dos interesses públicos, é, também, uma pessoa jurídica que existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Dessa maneira, o Estado pode ter interesses que lhe são particulares, individuais enquanto pessoa. Estes últimos não são, entretanto, interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois, aos interesses de qualquer outro sujeito (MELLO, 2009, p. 63).

A distinção apontada entre estes dois tipos de interesses separa claramente os interesses públicos propriamente ditos – isto é, os interesses primários do Estado – e os interesses secundários (ou derivados) aos quais por último se fez alusão⁹.

O interesse público primário está relacionado com a sua relevância, considerando a segurança e o bem-estar da sociedade, destacado pelo ordenamento jurídico que os define e determina ao Estado a competência para satisfazê-lo, sob regime próprio. Esses interesses estão fora do mercado, submetendo-se ao princípio da indisponibilidade absoluta (MOREIRA NETO, 2007, p. 225-226).

O interesse público secundário ou derivado, por outro lado, reveste-se de caráter de acessoriedade e tem natureza instrumental para o alcance do interesse geral. Não é, de fato, um interesse público na sua essência, mas, sim, enquanto

⁹ A distinção entre interesse público primário e interesse público secundário é de cunho do jurista italiano de Renato Alessi, difundida no Brasil por mãos de Celso Antônio Bandeira de Mello.

meio para o alcance do interesse público propriamente dito, ou seja, o aqui chamado interesse primário.

Em decorrência disso, o atendimento do interesse público secundário está subordinado ao interesse da Administração enquanto representante da coletividade. Essa subordinação é necessária, pois pode acontecer de, em determinado caso, o interesse particular da Administração se chocar com o interesse geral do qual a Administração é depositária. Por exemplo, o Estado poderia resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. O interesse protegido em questão seria o seu interesse particular, enquanto pessoa, enquanto entidade animada no propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Entretanto, o interesse público (primário), isto é, aquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade - o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos -, não estaria sendo atendido.

Por isso, Celso Antônio Bandeira de MELLO (2009, p. 63) afirma que o Estado só poderá defender seus interesses privados quando eles não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos. Mais especificamente, a sua defesa (a defesa dos interesses privados do Estado) só poderá ser feita quando os interesses do Estado coincidirem com os interesses públicos.

Isso ocorrerá, segundo o autor, quando a norma de que defluem esses interesses estatais qualificá-los como instrumentais, ou seja, como meio necessário ao atingimento do interesse público, e na medida em que o sejam. Neste caso, a sua defesa será simultaneamente a defesa do interesse público, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação dele.

No tocante a essas denominadas atividades-meio, MOREIRA NETO (1997) admite a negociação quando recaindo sobre os interesses derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que estão no comércio e que possam ser quantificados monetariamente, assim, são objeto de contratação visando dotar a Administração ou seus delegados dos meios instrumentais para estarem em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.

Para a atuação nessa esfera, segundo o mesmo autor, a Administração está amparada em autorização constitucional genérica, inserida no artigo 18¹⁰ e artigo 37, *caput*¹¹, da Constituição Federal, os quais prescrevem a autonomia dos entes federados, condicionada a sua atuação à obediência dos princípios ali expostos.

Selma LEMES observa que a disponibilidade de direitos patrimoniais não se confunde com a indisponibilidade de interesse público, pois indisponível é o interesse público primário, não o interesse da Administração. Assim, não há correlação da disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais com a disponibilidade do interesse público.

Contudo, deve ser investigada a natureza dos valores e das necessidades envolvidas em cada situação, já que a distinção entre público e privado não repousa numa questão puramente econômica ou técnica. As demandas referentes aos princípios e valores fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana ditam o âmbito do interesse.

Na sábia síntese de Marçal JUSTEN FILHO (2006, p. 44):

A indisponibilidade não é consequência da natureza pública do interesse – é justamente o contrário. O interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado.

Com essa acepção, explicam-se casos nos quais, aparentemente, estar-se-ia dispondo de interesse público. Refiro-me, aqui, às transações em esfera penal e ambiental que, em uma leitura apressada, concluir-se-ia estar dispondo de interesse público. Ora, não é isso que acontece. Numa análise em pormenor, verifica-se que o interesse em questão nessas transações é a própria noção de justiça e segurança. Desse modo, por uma escolha política, entendeu-se que, para determinados ilícitos na esfera ambiental e criminal, a reparação do dano pelo autor da infração melhor atenderia ao interesse público do que um processo judicial com posterior aplicação de sanção.

Assim é para algumas causas relativas ao meio ambiente, nas quais, por meio de Termo de Ajustamento de Conduta, é determinado ao suposto transgressor

¹⁰ Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

¹¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

da norma que se adapte à legislação, bem como desempenhe atividade para sanar possíveis danos ocasionados.

Também é assim nos casos relativos a crimes de menor potencial ofensivo, em que a reparação do dano e o acatamento de determinadas penas restritivas de direito evitam um processo penal e, ao mesmo tempo, disciplinam o infrator e sanam o dano ocasionado.

Logo, não há uma disponibilidade do interesse público nos casos apresentados; o que há são maneiras diversas de alcançar o interesse público, ponderando no caso concreto o menor sacrifício de interesses e o melhor resultado para a coletividade.

Pelo visto, deve-se buscar uma leitura atenta dos interesses envolvidos no interior do Estado para se identificar o que é o fim da Administração e o que se trata de mecanismos instrumentais ao alcance destes fins. A confusão estabelecida entre interesse público primário e interesse público secundário nebulou a identificação do fim último do Estado e da Administração, o que resultou em paradigmas equivocados da atividade administrativa, pelos quais se dá caráter intangível a interesses meramente instrumentais da Administração, preterindo-se, aí, muitas vezes, o interesse primário.

Frente à complexidade da tarefa de levantar ao sol um interesse que seja da coletividade, a Administração parece ter preferido aproximar esse conceito do seu próprio interesse particular, bem mais facilmente identificável. Por conseguinte, o dogma da indisponibilidade do interesse público acaba por transformar a Administração num fim em si, um déspota que põe os seus interesses acima do interesse do cidadão, acobertado sob uma pretensa vinculação à legalidade.

Necessário, então, fazer-se uma releitura do conceito de interesse público, agora, sob o viés constitucional, notadamente da perspectiva das liberdades e garantias fundamentais, sem esquecer a natureza instrumental do Estado na busca do bem estar do cidadão, o legítimo titular de um interesse que se queira chamar público.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DEMOCRACIA

2.1 Administração Pública Democrática

2.1.1 Democracia participativa

A base do conceito de Estado Democrático é, sem dúvida, a noção de governo pelo povo (MEDAUAR, 2003, p. 99), ou, na definição de Lincoln, o governo do povo, para o povo e pelo povo (BONAVIDES, 2001, p. 14).

Para BOBBIO (1986, p. 18), a característica da democracia está no conjunto de regras que estabelecem quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos.

O conceito democrático veio somar-se à noção liberal do Estado de Direito, visando assegurar não somente os direitos de propriedade do cidadão, mas também um rol de garantias fundamentais, baseadas no princípio da dignidade da pessoa humana.

No século XIX, a acepção do termo democracia vinculava-se a pontos como liberdade e igualdade de direitos, e com a preocupação primordial da participação do povo na organização do Estado, formação e atuação do governo. Porém, a prática democrática daquele século restringiu a democracia a sua faceta política, exercida através do voto com a busca de torná-lo universal.

É claro que a luta pela garantia da democracia política, o direito ao sufrágio universal, significou importante vitória no âmbito de conquistas cidadãs. Acontece que, apesar de ser uma das suas principais expressões, a democracia não se limita a termos de representatividade. A nação, detentora da vontade geral, fala pela voz de seus representantes eleitos, mas a cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática (CLÈVE, 1990).

Segundo Odete MEDAUAR (2003, p. 100), a evolução da democracia política, com o sufrágio universal, fez-se chegar à democracia social e econômica a partir do século XX. Pelo desdobramento de ambas surge a democracia empresarial, que se expressa de diversas formas, como as comissões de controle de condições de

trabalho ou das prestações sociais empresariais e a participação de representantes dos empregados na gestão das empresas.

A partir da década de 60, vários autores vão começar a questionar o valor da democracia também nos processos pelos quais são tomadas as decisões do Estado, pois, apesar do Estado dito democrático, a atuação administrativa permanecia tradicionalmente fechada e refratária à mesma população a que se destinava. A preocupação com a democracia política levou ao esquecimento da democracia participativa, quando esta deveria ser o reflexo da primeira (MEDAUAR, 2003, p. 126, 220).

A consagração constitucional da noção de democracia tem a finalidade de erigi-la a um autêntico princípio informador do Estado e da sociedade. No entanto, não basta a sua expressão limitar-se ao âmbito político, ou seja, por meio do voto de seus representantes, o sentido constitucional da democracia conduz a propagação do ideal democrático para além das fronteiras do território político, isto é, a democratização da democracia (OLIVEIRA, 2005).

Isso porque da concepção de democracia extrai-se necessariamente a noção de legitimidade, ou seja, a submissão do poder estatal à percepção das necessidades e dos interesses do grupo nacional que lhe dá existência (OLIVEIRA, 2005).

A busca pela democracia participativa justifica-se, então, em grande parte, pela perda de ascendência, de fato, do Legislativo sobre o Executivo e a Administração, e na dúvida quanto à adequada representação de valores e interesses da população pelos integrantes do Legislativo. A participação administrativa, por sua vez, propicia aprimoramento da conduta dos parlamentares ante o paralelismo da atuação popular e trata-se de mais um meio de compatibilizar decisões estatais às aspirações e reais interesses da coletividade (MEDAUAR, 2011, p. 233), tornando a formação da vontade política de baixo pra cima, num processo de estrutura de decisões com a participação dos cidadãos (CANOTILHO, 1992, p. 413).

Assim, a democracia participativa consubstancia a legitimidade de fato das decisões, não mais ditas da Administração, mas da sociedade, pela sociedade e para a sociedade.

2.1.2 Democracia administrativa

O Direito Administrativo, enquanto expressão do Estado de Direito, nasceu e se desenvolveu em duas ideias opostas, a proteção dos direitos individuais em face do Estado e a satisfação dos interesses coletivos. Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas.

A Administração, preocupada com o formalismo, com a legalidade (na verdade, legalismo), deixou a segundo plano o mérito das suas decisões. Acabou, assim, por fechar-se sobre si própria e ter vida autônoma, esquecendo o fim a que se propunha.

Embora o ideário de valores norteador das instituições estatais devesse valorizar o indivíduo e seus direitos, o administrado, na condição de súdito, via-se tolhido em seus direitos ante as recusas da Administração: recusa em indicar os motivos de suas decisões, recusa de responder requerimentos, recusa de dar vista a documentos administrativos, recusa de executar ordens de pagamento, recusa de ditar textos necessários à aplicação das leis etc.

No intuito de alterar essa perspectiva, a relação Administração-administrado passou a ter maior relevância nos estudos da dogmática administrativista, passando a ser considerado item fundamental do tema da democracia administrativa, como aspecto não conflitual dessas relações (MEDAUAR, 2003, p. 220).

Por isso, nas últimas décadas do século XX, proliferou-se a criação de comissões especiais ou ministérios incumbidos de realizar avaliações, estudos, relatórios, programas e projetos, inseridos em processos denominados de Reforma ou Modernização de Estado.

Por conseguinte, verificou-se no seio da Administração de vários Estados reformas referentes à valorização do cidadão, significando um novo modelo de relacionar-se com a sociedade. Buscou-se dar maior transparência aos atos administrativos com identificação e aplicação de índices de qualidade, de padrões de produtividade e avaliação da satisfação dos usuários de serviços públicos. Houve uma forte descentralização; simplificação de procedimentos; deslegifcação, entendida como o poder normativo à cúpula do Poder Executivo, a agências reguladoras ou ainda a entes locais e ao próprio setor a ser regulado (auto-regulação total ou parcial); controle de gestão e incentivo à participação dos

cidadãos isolados ou associados na tomada de decisões (MEDAUAR, 2003, p. 133-134).

Apesar da faceta neoliberal que permeia algumas características da Reforma Administrativa, como a quebra de monopólios, privatização etc, esse não é o aspecto que se quer destacar aqui; pelo contrário, o excesso de desincumbência à qual o Estado se submeteu nas últimas décadas acabou por castrar as possibilidades de atuação estatal em áreas fundamentais para a garantia do bem estar da população, ficando, assim, ao alvedrio dos setores econômicos que ditam suas regras e sua política sob um único interesse que lhes compraz: a maximização dos lucros.

O aspecto importante da Reforma Administrativa está na sua reconciliação com o interesse do indivíduo, da sociedade. Rememora-se a ideia de Estado teleológico, um Estado Constitucional no qual os genéricos fins estatais concretizam-se na satisfação efetiva dos direitos fundamentais da pessoa.

Nesse objetivo, nada mais coerente que dotar a Administração de mecanismos de diálogo com a sociedade e com o cidadão, a fim de identificar as demandas e, mais ainda, proporcionar a participação efetiva do cidadão no gerir da coisa pública.

Consoante já se anotou, o Estado contemporâneo é caracterizado por ter uma sociedade com expressão dos mais variados tipos de interesses, tanto individuais quanto coletivos. Assim, espera-se que esse Estado aguçe sua capacidade de agente conciliador dos conflitos imanentes à sociedade policêntrica da atualidade, não somente estabelecendo canais de participação e interlocução com seus representantes, mas igualmente criando vínculos, acordos, alianças e parcerias com as entidades empresariais e sociais (SCHWANKA, 2009).

Isso não se limita a vínculos específicos entre o indivíduo e a Administração, como no caso de um contrato, e, sim, refere-se ao comportamento geral da Administração em relação a indivíduos ou grupos da sociedade (MEDAUAR, 2003, p. 220).

A Constituição assegurou aos indivíduos, enquanto pessoas e enquanto cidadãos, a garantia de direitos fundamentais, os quais incumbiu ao Estado a garantia. Esse fundamento humanista constitucional não permite o reconhecimento de qualquer forma de regulação estatal não comprometida com a proteção de um núcleo de direitos fundamentais, pois são esses os direitos que justificam a criação e

desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação e controle e racionalização do poder.

Em vista disso, ao Estado cabe a ponderação dos diversos interesses encontrados no seio social para o fim de dirimi-los, sem qualquer prevalência prévia ou critério determinado para preferir ou preterir um ou outro.

Entra aí a importância da revisão dos paradigmas tradicionais do Direito Administrativo à luz da Constituição, o que conduz a um controle administrativo mais dialógico, democrático e conciliatório, menos unilateral e menos preso à legalidade estrita (SCHWANKA, 2009).

Luís Roberto BARROSO (2005) assevera, em clara síntese, que “o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover”.

A ponderação dos interesses envolvidos, então, mostra-se característica do Estado democrático de direito, que se legitima ao reconhecer a necessidade de proteger e promover, ponderada e razoavelmente, tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade (SCHWANKA, 2009).

Nesse sentido, também, Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA (2005), lembrando a lição de José ORTIZ DÍAZ, anota que, atualmente, e sobretudo na doutrina alemã, a denominação de Estado Constitucional é utilizada para identificar um modelo de Estado em que a Constituição alcança primazia qualificadora e um caráter prevalente em face do todo e em relação aos fins estatais. No estabelecimento desses fins do Estado há a necessidade de conciliar-se a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais com o caráter objetivo dos fins do Estado.

Frente a esses novos paradigmas finalísticos da atuação estatal, põem-se em crise as tradicionais bases teóricas administrativistas, centradas na autoridade e monopólio das decisões.

Nesse papel, a readequação da função administrativa, em estrutura e gestão, passa pelo diálogo com o administrado, com a sociedade - que é a titular do interesse que o Estado administra -, a fim de captar os interesses envolvidos e buscar aquele que melhor corresponda ao interesse geral.

Torna-se urgente a modificação da forma de se relacionar o Estado com o cidadão, no sentido de abstrair a velha arrogância e onipotência que permeou a figura estatal enquanto Administração.

Isso demanda responsabilidade, não hierarquias; centralidade, não monopólio. A arte de governar, de administrar a coisa pública, significa, agora, manter um adequado espaço de co-direção e equilíbrio entre as partes implicadas em cada política, de modo que a Administração Pública passe a ser uma interface entre o Estado e a sociedade (OLIVEIRA, 2005).

Para tal desiderato, necessário a revisão de categorias e institutos tradicionais à luz paradigmática que conduza a um controle mais dialógico, democrático e conciliatório, menos unilateral e preso à legalidade estrita (FREITAS).

O consenso entre a Administração, cidadãos e sociedade civil, ao menos decisões administrativas previamente negociadas, consubstanciam, em última instância, o efetivo exercício do direito de participação na Administração Pública.

2.1.3 Cidadania e participação administrativa

A ideia-mestra da nova cidadania do Estado Social consiste em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social: é a ideia de participação (COMPARATO, 1993).

A participação apresenta-se como expressão de uma nova ideia de relação Estado-sociedade em que não se vislumbra rigorosa separação, nem fusão, mas recíproca coordenação. A participação administrativa aproxima-se da ideia de uma identificação do interesse público de modo compartilhado com a população, associa-se ao decréscimo da discricionariedade; propicia a atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; liga-se também às práticas contratuais baseadas no consenso, na negociação, na conciliação de interesses.

Por outro lado, reflete diferente posição dos indivíduos e grupos, caracterizada pelo empenho em atuar de modo direto na atividade administrativa. Apresenta-se, pois, um cidadão interessado em fazer parte de procedimentos passíveis de culminar em decisões estatais que afetem direitos seus, não somente de natureza individual, mas de ordem coletiva ou difusa. É o cidadão consciente de seus direitos civis, políticos e sociais (porque bem informado), e que deseja tomar a

palavra e expressar sua opinião nos assuntos relativos à condução das atividades públicas. É o cidadão responsável, conhecedor de seu compromisso social de intervir na esfera estatal, visando com que as decisões dela emanadas possam ajustar-se o mais possível com a realidade social. É o cidadão cooperador, que almeja não ser visto como intruso ou estranho na organização administrativa, mas como seu principal colaborador. Enfim, é o cidadão participador, que assume posturas pró-ativas perante uma Administração Pública que deve agir em proveito dos cidadãos e de toda a sociedade (SCHWANKA, 2009).

Nesse sentido, é necessária a abertura democrática da Administração para a participação do cidadão. Para tal desiderato, há primeiro que se fazer uma revisão dos preceitos administrativos e dos paradigmas tradicionais da Administração baseada em diferentes aspectos, notadamente a) na substituição das estruturas hierárquico-autoritárias por formas de deliberação colegial; b) introdução do voto na seleção das pessoas a quem foram confiados cargos de direção individual; c) participação paritária de todos os elementos que exercem a sua atividade em determinados setores da Administração; d) transparência ou publicidade do processo administrativo; e e) gestão participada, que consiste na participação dos cidadãos por meio de organizações populares de base e de outras formas de representação na gestão da Administração Pública (CANOTILHO, 1992, p. 433).

Uma das inovações inseridas no Direito Administrativo nesse aspecto foi a ideia de processo administrativo. Essa construção, segundo BENVENUTI citado por MEDAUAR (MEDAUAR, 2003, p. 224), centra-se no seguinte:

A concretização do poder em ato nem sempre é instantânea; entre poder e ato há qualquer coisa relativa ao “fazer-se ato” que é a função; o ato administrativo também é função de um poder; a história do ato é sempre procedimento e todo procedimento é o modo de fazer-se ato; é a manifestação sensível da função; é fenômeno que ocorre em todo exercício de uma função; a extensão das formas processuais ao exercício da função administrativa está de acordo com a mais alta concepção da Administração: o agir a serviço da comunidade.

Com entendimento do ato administrativo como exercício de função, deixa-se de considerá-lo expressão pré-constituída de uma autoridade privilegiada. Na Administração inserida em sociedade, num Estado caracterizado pela complexidade sócio-político-econômica e pela multiplicidade de interesses, o procedimento também é o meio para os diversos interesses aflorem antes da tomada de decisões; permite o confronto objetivo e mesmo a coexistência de interesses. Com isso

propicia, ainda, um controle dos indivíduos e grupos sobre a atividade administrativa, principalmente na formação das decisões (MEDAUAR, 2003, p. 228).

Além do mais, este esquema processual chama a sociedade a cooperar no exercício do poder, deixa-se de ocorrer o rígido confronto entre autoridade e liberdade, em prol de um compartilhamento do poder que se liga ao princípio democrático. Os processos administrativos transparentes, acessíveis aos cidadãos, permitem que, mesmo da presença de incertezas e controvérsias, aferir que a decisão se mostra racional e justa. Essas medidas ou providências tendem a minimizar a insegurança jurídica e os riscos de violação aos direitos e garantias individuais dos cidadãos (SCHWANKA, 2009).

Associado à reivindicação geral de democracia participativa, encontra-se o tema da transparência ou publicidade da atuação administrativa, pois através da visibilidade, da cognoscibilidade, da acessibilidade, possibilita-se, de fato, a controlabilidade dos atos dos detentores do poder.

A processualidade no domínio da Administração Pública traz consigo uma série de princípios a fim de dificultar que fins subjetivos informem a tomada de decisões, tornando o poder mais objetivo. Esses princípios processuais decorrem da própria constituição e da natureza do Estado Democrático de Direito, obrigando a observância do contraditório, ampla defesa, motivação das decisões, oficialidade, verdade material, razoável duração do processo etc (GAROFANO, 2012).

Este conjunto de aspectos induz a ideia de democracia pelo procedimento, ao lado da democracia representativa e da democracia resultante de mecanismos descentralizadores.

Marçal JUSTEN FILHO (2006, p. 65) afirma que a observância de procedimentos democráticos, com a ampla participação da população, é um fator constitutivo da validade da atividade administrativa.

Esse viés horizontal no trato das relações entre Administração e particulares conforma uma nova face da Administração Pública, denominada por Cristiane SCHWANKA (2009) como Administração Pública consensual.

2.3.4 A consensualidade na Administração

Por não ser um fim em si mesmo, o núcleo da Administração Pública não é o poder, mas a realização dos direitos fundamentais. Assim, num Estado

Constitucional, a democracia ultrapassa a simples limitação do poder estatal ou a possibilidade de escolha dos representantes.

Nesse contexto, a ordem jurídica constitucionalizada impõe uma abertura da argumentação racional, transparente, que não quebre a ideia do direito como pacto social e seja voltada a promoção dos valores constitucionais democraticamente escolhidos (SCHWANKA, 2009).

O advento da sociedade participativa e a afirmação do constitucionalismo inserem a sociedade como protagonista de um novo e expandido diálogo democrático (MOREIRA NETO, 2007, p. 237).

A mútua cooperação entre Estado e sociedade passa a ser pressuposto para o atingimento dos fins do Estado, bem como a sua legitimação democrática. Nas palavras de MEDAUAR (2003, p. 229), com a participação forma-se uma “ponte entre o mundo administrativo muito fechado e cidadãos muito esquecidos”.

Do regime jurídico-administrativo passa-se ao regime jurídico constitucional-administrativo, cuja observância dos princípios envoltos aos direitos fundamentais torna-se o cerne do proceder da Administração. Assim, eventuais discrepâncias de qualquer norma, seja administrativa ou não, deverão ser resolvidas por meio de uma interpretação conforme a Constituição (SCHWANKA, 2009).

Busca-se, então, uma interação entre o cidadão e a Administração, aperfeiçoando-se o canal de diálogo e transações múltiplas das partes, de tal forma a propiciar maior estabilidade nas relações entre Estado e sociedade e pôr fim a litígios que se arrastam por anos até decisão final do Poder Judiciário.

Sob argumentos que se fundam na indisponibilidade do interesse público, a Administração, intransigente, resiste a pretensões legítimas do cidadão, recorrendo até última instância, em atuação que vai de encontro ao interesse tanto do administrado, que vê seu direito resistido, quando do Estado, que acaba dependendo recursos, tanto humanos quanto financeiros, em contestações infundadas, sem contar ainda com o próprio Poder Judiciário que, óbvio, é parte do Estado, que se vê abarrotado de processo dessa índole representando, também, custos maiores que o reconhecimento do direito do cidadão.

A importância do consensualismo na Administração contemporânea é meio de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. O estabelecimento do interesse público já não repousa somente nas mãos da Administração; atenua-se a discricionariedade e reduz-se a prática unilateral e

autoritária das decisões. Voltada à sociedade, a nova Administração passa a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade, atuando como mediadora a fim de dirimir conflitos entre as várias partes, inclusive a própria Administração. Esse novo modelo de agir não se centra mais no ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta e construída pela colaboração dos indivíduos, passando a ter relevo o momento do consenso e da participação (MEDAUAR, 2003, p. 211).

Anota Selma LEMES (2004) que, com o advento da Lei nº 8.987/95, o legislador erigiu em cláusulas essenciais, portanto obrigatórias, os modos de solucionar amigavelmente controvérsias e que não são outras senão a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Um dos âmbitos em que se destaca a aplicação de técnicas alternativas de resolução de conflitos é no caso de contratos administrativos. Aliás, a própria possibilidade de a Administração celebrar contratos teve forte resistência no início do século XX. Entendia-se que o interesse público impediria todo tipo de vínculo contratual contínuo, pois se entendia o contrato como acordo de vontades destinado a produzir efeitos jurídicos, com igualdade das partes e imutabilidade. A teoria do contrato administrativo, elaborada a partir das decisões do Conselho de Estado francês, afastou os preceitos do contra privado e admitiu certas prerrogativas à Administração para assegurar o interesse público, sem que fossem sacrificados os interesses pecuniários do particular contratante (MEDAUAR, 2011, p. 243).

Com as novas formas de parcerias firmadas entre a Administração e os particulares, notadamente o vulto e envergadura dos empreendimentos aos quais o Estado não pode dispensar a colaboração e o aporte de capital privado, procura-se flexibilizar a relação contratual, priorizando o equilíbrio de interesse das partes. Passa-se a dar maior relevo à igualdade de tratamento contratual, tal como no direito privado. À luz desses novos paradigmas, escudados nos princípios jurídicos da igualdade, legalidade, boa-fé, justiça, lealdade contratual, do respeito aos compromissos recíprocos das partes etc., a Administração é conduzida a perfilhar novos caminhos que busquem a solução de controvérsias de modo mais rápido e eficaz para as divergências que envolvam direitos patrimoniais disponíveis nos contratos administrativos e que gravitam em torno das cláusulas econômicas e financeiras. Busca-se, com isso, preservar e conciliar os interesses do

concessionário e da Administração (e dos usuários dos serviços) relativos à boa, correta e justa governança da concessão outorgada (LEMES, 2004).

O acordo administrativo constitui, em suas mais variadas vertentes, o instrumento de ação da Administração consensual, razão pela qual esta também pode ser denominada como Administração por acordos. Inclusive, cabe notar que a conciliação e a transação administrativa consubstanciam-se por meio de acordos administrativos.

A busca pelo consenso dos administrados significa desenvolvimento da sua ativa e consciente participação, na qual, por sua vez, encontra-se um pressuposto de democracia e, ao mesmo tempo, de eficiência do procedimento administrativo.

2.2 O Uso da Transação pela Administração Pública

2.2.1 Transação e sua definição legal

A transação ou transigibilidade é uma das espécies de conciliação, meio para por fim a controvérsias sobre direitos ou interesses jurídicos. De todas as espécies de conciliação, a transação é uma das que causa mais espanto quando envolve interesse público, embora nesta, por seu conceito, haja recíprocas concessões, apresentando-se como uma forma equilibrada e bilateral, ao contrário da renúncia a direito ou do reconhecimento de direito, formas tipicamente unilaterais de conciliação (GUEDES, 2006).

Com precisão conceitual, Pontes de MIRANDA (1971, p. 117) define transação como o negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo à controvérsia sobre determinada, ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade, ou eficácia.

A natureza jurídica da transação, no entanto, não é unânime, destacando-se um posicionamento que entende ter ela natureza contratual, ao passo que em outra linha de pensamento, entende a transação como uma das modalidades de extinção da obrigação (SCHWANKA, 2009).

A despeito dessa discussão, o Código Civil Brasileiro enquadrava a transação com um contrato em espécie, diferente do Diploma anterior que tratava como causa

de extinção das obrigações. De acordo com o seu artigo 840, “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.”

Por pressuposto, a transação exige um conflito de interesses, não importando seja discordância assente na existência, no conteúdo, na extensão, na validade ou na eficácia da relação jurídica. Qualquer que seja a razão da controvérsia em juízo ou fora dele, para que se diga que houve transação, o que importa é ter havido prestação e contraprestação, ainda que, devido mesmo à incerteza, se pense em prestação e em contraprestação, partindo-se da posição assumida na própria controvérsia por um e outro dos contraentes (MIRANDA, 1971, p. 118).

Destaca-se que a transação pode ocorrer tanto no curso de uma ação judicial como fora dela. O artigo 842 do Código Civil dispõe que, em determinadas situações em que a lei dispuser, a transação deverá ser feita por escritura pública, nas demais, bastará o escrito particular o qual deverá ser submetido ao juiz da causa para homologação com a conseqüente extinção do processo.

Por sua natureza contratual, a transação submete-se aos efeitos decorrentes dos princípios que regem a força vinculante dos contratos, inclusive a exceção do contrato não cumprido, previsto no artigo 496 do Código Civil (VENOSA, 2004).

A transação não aproveita nem prejudica senão aos que nela intervieram, obrigando exclusivamente as partes envolvidas. A sua anulação só é autorizada nas hipóteses de dolo, coação ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.

Mesmo em relação às partes, as cláusulas pactuadas interpretam-se restritivamente, em virtude da transação implicar sempre renúncia de algum direito em razão das concessões recíprocas dos transatores.

2.2.2 Os direitos patrimoniais e sua disponibilidade pela Administração

O Código Civil restringiu apenas aos direitos patrimoniais de caráter privado a transação. Isso, porque a transação necessita de concessões mútuas, de modo que o primeiro aspecto ser analisado para a sua utilização é a disponibilidade do bem ou direito, ou seja, só se pode transacionar do que se pode dispor, independente da vontade eventual do titular dos direitos relevantes (BARBOSA, 2003)

A disponibilidade envolve direitos patrimoniais – bens suscetíveis de apreciação econômica ou monetária. Em se tratando de direitos não-patrimoniais,

como os direitos pessoais ou, ainda, os personalíssimos, não há esta liberdade de expressão da vontade.

Os bens públicos têm importância, pois podem se apresentar como apatrimoniais indisponíveis, patrimoniais disponíveis e indisponíveis.

De modo bem didático, o Código Civil de 1916 classificava os bens públicos da seguinte maneira: i) os bens de uso comum do povo, tais como mares, rios, praças; ii) os bens de uso especial, tais como terrenos e edifícios aplicados a serviço ou estabelecimento estatal; e iii) os bens dominicais, fazendo parte aqueles que constituem o patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades.

O atual Código Civil manteve a mesma classificação, deixando, porém, claro que os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público incluem-se entre os públicos.

DI PIETRO (2003, p. 635) aponta para o detalhe da destinação pública nas duas primeiras modalidades de bens (de uso comum e de uso especial), e que as diferencia da terceira (bens dominicais), sem destinação pública. Portanto, haveria duas espécies de bens: aqueles de domínio público do Estado e aqueles do seu domínio privado.

Explica a autora que essa classificação segue a do direito italiano e baseia-se no critério da natureza, patrimonial ou não, do bem. Aqueles de uso comum não são suscetíveis de valoração patrimonial, de avaliação econômica; os demais têm um valor patrimonial; só que uns (os de uso especial ou do patrimônio indisponível), são inalienáveis, por terem afetação pública; os demais (dominicais ou do patrimônio disponível) são alienáveis, por não terem igual afetação.

Não se limitando a questão aos bens públicos, BARBOSA (2011) lembra que são indisponíveis (ou irrenunciáveis e intransferíveis) os direitos e poderes cometidos aos entes públicos. Assim como nos casos dos bens de uso comum, o ente público não pode dispor do que não é seu; os poderes que lhe são conferidos – por lei – não são renunciáveis por serem deveres impostos em defesa de interesses de terceiros, no caso, da sociedade administrada. Logo, de maneira geral, pode-se dizer que não se pode transigir naquilo que o bem, direito ou poder não pertença à esfera de autodeterminação do transigente.

A transação também tem sido aplicada no âmbito do Direito Tributário, sendo expressamente prevista no artigo 156 do Código Tributário Nacional¹² como uma das formas de extinção as obrigações tributárias. No mesmo diploma legal, o artigo 171¹³ estabelece que a celebração da transação poderá ser facultada em legislação específica a qual indicará a autoridade competente para autorizá-la em cada caso (SCHWANKA, 2009).

Hugo de Brito MACHADO (2011, p. 219) esclarece que, em âmbito tributário, só pode haver transação em havendo litígio, não sendo permitido o seu uso para o objetivo de evitar o litígio; e, ainda, depende sempre de previsão legal. O autor explica que se o agente do Estado pudesse transigir sem autorização legal, estaria destruída a própria estrutura jurídica estatal. Por outro lado, não sendo a transação a forma comum de extinção de crédito tributário, nada justificaria a sua permissão a não ser nos casos em que efetivamente exista litígio.

A transação administrativa representa contrato de Direito Público. Por isso, os princípios que disciplinam o procedimento de celebração de transações tributárias são normas do Direito Administrativo. Conforme lição de Geraldo ATALIBA (1994, p. 38), cientificamente, não há distinção possível entre matéria tributária e administrativa, pois ontologicamente obedecem ao mesmo regime e são informados pelos mesmos princípios. Reconhece-se, assim, um subsistema Direito Tributário dentro do sistema positivo do Direito Administrativo.

No que diz respeito à transação em juízo, há inúmeras leis e atos normativos que permitem a União acordar, transigir e desistir em causas judiciais. Assim, a Lei nº 9.469/1997 estabelece ao Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e, também, aos dirigentes máximos das empresas públicas federais, a competência para autorizar a realização de acordos e transações, em juízo, nas causas de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)¹⁴.

¹² Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

III - a transação;

¹³ Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.

¹⁴ Lei nº 9.469/1997. Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Da análise da lei citada, BARBOSA (2006) salienta não existir na lei restrição à matéria a ser transacionada, já que há apenas critério de alçada para autorização, e, ainda, o escrutínio judicial. Logo, pode-se concluir que a autorização abrange todos os direitos com expressão monetária, disponíveis, e que estejam dentro do limite estabelecido na lei.

Em vista disso, não concordamos com a conclusão chegada pelo autor que vai no sentido de que, pelo dispositivo legal citado, admitir-se-ia a transação sobre elementos apatrimoniais e sobre poderes. Ora, a Lei nº 9.469/1997 é clara em estabelecer como critério a aferir a transigibilidade o quantum monetário do objeto em litígio. Desse modo, não se pode concluir daí haver uma autorização para transação em causas que envolvam elementos apatrimoniais ou mesmo poderes, pois estes não possuem natureza monetária e não podem ser monetariamente quantificados.

Segundo o ensinamento de LEMES (2003), há matérias que são direitos indisponíveis, em que o ente público age com poder de império, e outras, no campo do direito privado (poder de gestão), em que lhe é autorizada margem de negociação, contanto que não agrida, ou conflite com o interesse público. Ainda que se referindo à arbitragem, mas em lição que aqui cabe, a autora afirma que a sentença arbitral nunca poderia versar sobre a matéria de poder de autoridade e vigilância, pois não se pode confiar a árbitros matérias ou atribuições que importem no exercício de um poder de autoridade ou de império dos quais não se pode transigir.

Nesse sentido, referimos a explanação já despendida anteriormente neste trabalho, quando apresentamos a classificação doutrinária relativa ao interesse público primário e secundário. Sob-respaldo da lição de MOREIRA NETO (1997), podemos afirmar que se admite negociação quando recaindo sobre os interesses derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que estão no comércio e que

§ 1º Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado neste artigo, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização de seu dirigente máximo.

§ 3º As competências previstas neste artigo podem ser delegadas.

possam ser quantificados monetariamente, assim, são objeto de contratação visando dotar a Administração ou seus delegados dos meios instrumentais para estarem em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.

Selma LEMES (2003) observa que a disponibilidade de direitos patrimoniais não se confunde com a indisponibilidade de interesse público, pois indisponível é o interesse público primário, não o interesse da Administração. Assim, não há correlação da disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais com a disponibilidade do interesse público.

Nesta linha, dentro de um movimento de aproximação da Administração aos seus administrados, os métodos alternativos para a solução de conflitos no Direito Público vêm gradativamente ganhando mais espaço e defensores. A Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) consagrou esse instituto no âmbito dos contratos de concessão de serviços públicos.

A Lei dos Consórcios Públicos (Lei nº 11.196/2005), que alterou a redação dada ao artigo 23-A da Lei das Concessões (Lei 8.987/1995), também trouxe a possibilidade de utilização de métodos alternativos para resolução de conflito, estabelecendo de forma expressa:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

No mesmo sentido, o Decreto nº 6.017/2007, regulamentando a Lei dos Consórcios Públicos, dispôs o seguinte:

Art. 33. Os contratos de programa deverão, no que couber, atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e conter cláusulas que estabeleçam:

I – (...)

(...)

XVI - o foro e o modo amigável de solução das controvérsias contratuais.

Assim, nos contratos de concessão de serviço público, tudo que diga respeito, tenha reflexo patrimonial e esteja relacionado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, será suscetível de ser dirimido por arbitragem ou outro mecanismo consensual. Por outro lado, as disposições classificadas regulamentares e atinentes

à Administração previstas no contrato, estariam fora da zona de direito disponível e, portanto, sujeitas à dirimência da jurisdição estatal (LEMES, 2003).

Dessa forma, abraçamos o posicionamento do Caio TÁCITO (1997), que defende o cabimento da transação nos casos em que a lei previu a possibilidade de transação, *in verbis*:

Se, indubitavelmente, em certos casos, o princípio da indisponibilidade do interesse público repele o compromisso arbitral, não há por que obstar o benefício da transação quando a natureza da obrigação de conteúdo mercantil, a ser cumprida pelo órgão público, possibilita que ao acordo de vontade, fruto do vínculo bilateral, possa igualmente suceder o procedimento amigável como dirimente de eventual discrepância no entendimento da latitude da obrigação do administrador.

Nesse sentido foi a redação da lei, já que não limitou à arbitragem os meios alternativos de resolução de conflito, referindo-se de modo genérico a “mecanismos privados para resolução de disputas” (artigo 23-A da Lei nº Lei 8.987/1995) ou “modo amigável de solução de controvérsias, inclusive a arbitragem” (artigo 33, XVI, do Decreto nº 6.017/2007).

Outra hipótese de cabimento de transação pela Administração, trazida por GUEDES (2006), é nos casos de jurisprudência maciçamente dominante adversa, ou quando o Supremo Tribunal Federal tivesse se pronunciado conclusiva e inequivocadamente sobre a questão, momento em que a Administração estaria fadada a ser condenada. Assim, aduz o autor, ainda necessitaria de lei autorizativa, podendo, contudo, se valer de autorização das pessoas competentes previstas na Lei nº 9.469/1997.

Não se quer dizer com isso que a transação, ou, de um modo geral, os mecanismos consensuais de resolução de conflitos, fiquem restritos a causas que envolvam elementos patrimoniais; o que se contestou antes foi a interpretação negativa da Lei nº 9.469/1997, feita por BARBOSA (2006), quando concluiu que, por a lei não ter restringido os mecanismos consensuais a critérios patrimoniais, estaria os permitindo para bens apatrimoniais e poderes estatais. Como se desenvolverá a seguir, há previsão legal para transação em áreas como Direito Penal e em matéria ambiental; logo, a transigibilidade não é limitada a critérios patrimoniais. No entanto, é por previsão legal expressa que a autorização se dá, e não por interpretação a *contrario sensu* da lei, como a que se valeu o autor.

Jefferson Caraús GUEDES (2006) traz o exemplo da transação no âmbito do sistema dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/1995) e dos Juizados Especiais

Federais (Lei nº 10.259/2001), onde, nos primeiros, é permitida a transação na ação penal, até então tida por absolutamente indisponível, e, no segundo, permitindo a transação em matéria administrativa, inclusive tributária.

GUEDES (2006), ainda, lembra os ajustamentos de comportamento, de condutas ou de ações no plano administrativo, previsto no art. 68 da Lei nº 9.784/1999, possibilitando a alternatividade entre sanções de natureza pecuniária e o estabelecimento de obrigações de fazer ou não fazer em áreas como Direito do Trabalho, Direito Ambiental, Direito do Consumidor, Direito da Criança e do Adolescente, Direito Econômico, entre outros¹⁵, permitindo o ajustamento comportamental do administrado, em um vasto campo de ações que se aproxima muito de uma transação.

Verifica-se, então, que a autorização para resolução consensual de conflitos já não se assenta mais unicamente à advocacia pública, que, por sua natureza, tem a função de defender os interesses diretos da Administração - chamados de interesses secundários, geralmente podendo ser expressos pecuniariamente. O que se pode constatar é que a consensualidade é agora estendida ao Ministério Público, flexibilizando-se-lhe os meios até então tidos para o desempenho de seu mister, ou seja, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Logo, a possibilidade do uso de mecanismos consensuais pela Administração Pública encontra-se expressamente prevista em inúmeros diplomas legais e nos mais variados ramos do Direito Público, não se limitando a âmbitos que tenham natureza patrimonial. Isso demonstra uma busca por aproximar o Estado da sociedade, a fim de se construir soluções de modo consensualizado, juntamente com o administrado, desconstruindo os velhos paradigmas administrativistas, descendo a Administração de seu pedestal de imperatividade e vindo a ter com o cidadão, consolidando, de fato, uma administração democrática.

¹⁵ Jefferson Caraús Guedes apresenta inúmeras áreas onde há previsão legal para uso de transação e desenvolve cada uma delas. In GUEDES, Jefferson Caraús. Transigibilidade de interesses públicos e abreviação de demandas da Fazenda. Congresso Brasileiro das Carreiras Jurídicas de Estado. 2006. Disponível em: <http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia07oficina12texto1.pdf>. Acesso em: 25 de novembro de 2012.

2.2.3 A transação como meio eficaz ao atingimento do interesse geral

A ideia de um novo meio da Administrar, de modo multilateral, vem causando certa estranheza ao universo juspublicista.

Tradicionalmente o Estado foi um ente fechado ao cidadão, estabelecendo-se uma relação unidirecional, na qual o atuar da Administração era broquelado sob uma pretensa defesa de um pretense interesse público captado pelas mentes superiores dos administradores.

A inserção de formas consensuais de resolução de conflitos no regime jurídico-publicista traz à discussão, inevitavelmente, questões acerca do campo e amplitude da discricionariedade, da legalidade *versus* a juridicidade, da supremacia e indisponibilidade do interesse público, dentre outros institutos que merecem releitura sob o sistema de direitos fundamentais e princípios constitucionais, e não apenas à legalidade estrita (SCHWANKA, 2009).

Erige-se, então, a importância do administrador público em angariar os interesses envolvidos e buscar a solução que cause menos prejuízos a estes interesses e esteja na conformidade com a lei. É neste processo que surge ao administrador a tarefa de buscar a justificação de enunciados jurídicos, que vai além da simples subsunção de descrições de fatos e enunciados normativos obtidos por processo de dedução, exigindo uma valoração dos interesses envolvidos por parte do aplicador da norma, no intuito de imprimir crescente concretização a vetores constitucionais (FREITAS, 2008).

É preciso não perder de vista que, na imensa maioria dos casos, a Administração atua de modo consensual, reconhecendo direitos, atendendo a pedidos dos administrados, alcançando os anseios sociais; é assim no caso de concessões de benefícios previdenciários e sociais, de atendimento à saúde, serviços públicos etc. O litígio é a exceção. Nesses casos, nada obsta o advogado público, quando verificar que o ato administrativo contestado em juízo foi equivocado, reconhecer o direito postulado pelo administrado. Essa atuação pode ser vista até como obrigatória, vinculada à lei, já que, nos termos do artigo 53 da Lei nº 9.784/1999, a Administração tem o dever de anular seus próprios atos quando evidados de vício de legalidade, podendo, ainda, revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Nesse aspecto Gustavo BINENBOJM (2008) ressalta:

A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

Cada vez mais, também, a linha que separa o público do privado, e o ramo do direito que tutela cada um, vai se sublimando, havendo um forte influxo de normas de ordem pública na órbita do Direito Privado, enquanto que, no Direito Público, verifica-se adoção de institutos tidos por privatísticos.

Não se concebe mais uma Administração preocupada apenas com seus próprios interesses, nem mesmo se admite a concepção de interesses públicos necessariamente opostos a interesses individuais ou uma Administração Pública superior aos particulares. É nessa visão que sintetiza Adilson Abreu DALLARI (1996):

O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização concreta da justiça. Inúmeras vezes, para defender o interesse público, é preciso decidir contra a Administração Pública.

A participação dos administrados nas superações dos conflitos garante maior estabilidade nas relações administrativas, aumentando o grau de segurança das partes envolvidas (MOREIRA NETO, 2007, p. 266-267), já que uma solução acordada possui maior disposição de ser cumprida do que aquela imperativamente imposta.

Gustavo Justino de OLIVEIRA (2008) vislumbra uma nova forma de administrar surgida com a ascensão de fenômenos como o Estado em rede, assim entendido por caracterizar um compartilhamento de autoridade em uma rede, e a Governança Pública, entendida como modelo alternativo a estruturas hierarquizadas de governo, em que se fomenta a participação e o pluralismo de dimensões múltiplas. As novas referências dessa Administração são o diálogo e a colaboração. Desenvolve-se, por conseguinte, a busca pelo interesse geral a partir de uma perspectiva consensual e dialógica.

O direito à boa Administração Pública foi elevado à categoria de direito fundamental na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 41), cujo conceito-síntese é proposto pelo professor Juarez FREITAS (2008), *in verbis*:

... direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à

moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.

Em vista disso, o autor defende que o direito à boa administração, por ser direito fundamental, ostenta caráter vinculante, direta e imediatamente aplicável, e engloba princípios e regras. Assim, a discricionariedade administrativa, no Estado Democrático de Direito, encontra-se vinculada, direta e imediatamente, à observância dos direitos fundamentais, notadamente à boa administração; ao passo que os juízos de valor emitidos pelo administrador na prática de atos vinculados devem se ater ao estritamente necessário à afinação com o sistema constitucional.

De qualquer modo, a atividade administrativa está vinculada aos valores que informam todo o ordenamento jurídico, abrangendo não só a lei formal, mas também os preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, associando-se, de modo mais estreito, às disposições constitucionais (MEDAUAR, 2003, p. 149).

Com isso, busca-se garantir os direitos fundamentais acima de qualquer interesse, já que este é, por fim, o interesse da sociedade e a função pela qual existe o próprio aparelho estatal.

CONCLUSÃO

A transação como meio a ser utilizado pela Administração Pública para a resolução de conflitos, ainda hoje, encontra sérios entraves nos tradicionais preceitos dogmáticos administrativistas.

Assim, após uma abordagem histórica da formação do Direito Administrativo, verificamos que a pecha de autoritarismo e centralização da Administração tem origem na conturbada fase pós Revolução Francesa, que exigia pulso firme do administrador do incipiente Estado Liberal. Nessa linha, também vimos explicações que apontaram a Napoleão o gosto pela centralização do poder e a reserva de autoridade, que culminou na sua adoção pelo sistema administrativo francês e nos outros sistemas que dele se influenciaram. A noção de interesse público aportou-se, então, como meio a legitimar os atos autoritários da Administração, a despeito da imprecisão do termo.

Verificamos que a ideia de interesse, bem como a noção de público e privado são conceitos que carecem de definição precisa. Ademais, vimos que não há como se determinar um interesse, um anseio, um desejo a toda a coletividade, já que a sociedade atual é multipolar, com expressão dos mais variados pontos de vista e interesses, afastando qualquer tentativa de síntese de sua expressão em apenas um interesse.

Discorremos sobre a clássica qualificação dos interesses públicos em primário e secundário, e verificamos que o interesse secundário, na verdade, não é um interesse público na sua essência, mas, sim, instrumental ao atendimento do interesse primário, aquele que a Administração é depositária, o interesse da sociedade. Assim, não pode a Administração violar direitos do cidadão sob a desculpa de o fazer em prol do interesse público, pois os interesses secundários submetem-se ao interesse primário, não podendo se opor a eles.

Por outro lado, o movimento emergente da democracia participativa leva o cidadão a exigir espaço para sua participação no Estado, notadamente na Administração. O aparelhamento estatal mostra-se obsoleto para lidar com os novos meios de administrar exigidos por este novo conceito.

Vimos que as decisões tomadas em consenso pela Administração com o seu administrado possuem a legitimidade de fato, sendo muito mais propensas a serem cumpridas do que as decisões impostas unilateralmente pela Administração.

A valorização do indivíduo ditou o ritmo das alterações no seio da estrutura estatal, quando várias Administrações nacionais implantaram suas reformas administrativas, com o objetivo de se dotarem de aparelhamentos mais eficazes ao desempenho de seu mister, sem descuidar do interesse do cidadão.

Essa guinada também se deve ao suporte teórico do Neoconstitucionalismo, que pregou a atividade estatal pautada na garantia dos direitos fundamentais. A participação popular no gerir da coisa pública reflete a própria expressão da cidadania. A nova leitura dos preceitos administrativos pelo viés constitucional passa a conformar uma nova face da Administração Pública, a Administração Pública consensual. Já não se vê o privado como contraposto ao público, a Administração passa a governar em parcerias com empresas privadas, com a sociedade.

Esse novo paradigma se expande para outros âmbitos, não necessariamente envoltos em interesses de caráter patrimonial. O Estado passa a transacionar na esfera penal, ambiental, tributária, entre outros.

Conclui-se que as soluções em consenso possuem maiores chances de alcance do que se queira chamar de interesse público. Nessa linha, a transação desponta como o método para ponderar os diversos interesses envolvidos e construção de soluções não arbitrárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATALIBA, G. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BACELLAR FILHO, R. F. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARBOSA, Denis Borges. **Nota sobre o uso da transação pela Administração Pública**. Direito da Inovação. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 298-318. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/transigir.doc>>. Acesso em: 12 de novembro de 2012.
- BARROSO, L. R. O estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel. (org.) **Interesses públicos 'versus' interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, prefácio.
- BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BINENBOJM, G. A Constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em: <<HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em: 29 de outubro de 2012.
- BOBBIO, N. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BONAVIDES, P. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONAVIDES, P. **Teoria do estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, A. G. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Diálogo Jurídico**, Bahia, nº 15, jan./fev./mar., 2007.

CLÈVE, C. M. O cidadão, a administração pública e a Nova Constituição. **Revista de informação legislativa**, v.27, n. 106, p. 81-98 de abr./jun. 1990. Disponível na Internet <HTTP://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175764>. Acesso em: 15 de novembro de 2012.

COMPARATO, F. K. **A nova cidadania**. Lua Nova, São Paulo, n. 28-29, Abril, 1993. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 de dezembro de 2012.

DALLARI, A. A. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de informação legislativa**, v. 32, nº 128, p. 63-67, out./dez. de 1995. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176408>. Acesso em : 20 de novembro de 2012.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JR., T. S. Interesse público In: **Revista do Ministério Público do Trabalho em São Paulo, IMESP – 1995 – São Paulo**. Disponível em <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/31>>. Acesso em: 05 de novembro de 2012.

FERRAZ JR., T. S. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, J. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.17.

FREITAS, J. Direito Fundamental à Boa Administração Pública e o Direito Administrativo Brasileiro do século XXI. **Direito Administrativo em Debate**. Rio de Janeiro, setembro, 2008. Disponível na em:

<<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com>> Acesso em : 20 de novembro de 2012.

GAROFANO, R. R. Democracia administrativa no limiar do século XXI: a extensão da processualidade rumo à democratização da Administração Pública. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11208&revista_caderno=4>. Acesso em: nov 2012.

GUEDES, J. C. Transigibilidade de interesses públicos e abreviação de demandas da Fazenda. **Congresso Brasileiro das Carreiras Jurídicas de Estado**. 2006. Disponível em: <<http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia07oficina12texto1.pdf>>. Acesso em: 25 de novembro de 2012.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, M. O direito administrativo reescrito: problemas do passado e temas atuais. In **Revista Negócios Públicos**, ano II, nº 6: 39-41, 2005.

LEMES, S. **Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?** Palestra proferida na reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAR realizada em São Paulo, em 06.05.2003. Publicado na RDM 134:148/163, abr./jun., 2004. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri15.pdf>. Acesso em: 30 de novembro de 2012.

MACHADO, H. D. B. **Curso de Direito Tributário**. 32. ed. São Paulo : Malheiros, 2011.

MEDAUAR, O. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo moderno**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

- MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, C. A. B. D. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, O. A. B. D. **Princípios Gerais do Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MIRANDA, P. D. **Tratado de direito privado**: tomo XXV. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- MOREIRA NETO, D. D. F. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MOREIRA NETO, D. D. F. Arbitragem nos Contratos Administrativos, **Revista de Direito Administrativo**, 218/84, jul./set. 1997.
- OLIVEIRA, G. H. J. A Administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, n. 32, abr./jun. de 2008 , p. 31-50.
- OLIVEIRA, G. H. J. Participação Administrativa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, setembro/outubro/novembro, 2005. Disponível em [HTTP://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em: 15 de novembro de 2012.
- PEREIRA, L. C. B. Os primeiros passos da reforma gerencial do estado de 1995. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 16, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009. Disponível na Internet: [HTTP://www.direitoeestado.com.br/rere.asp](http://www.direitoeestado.com.br/rere.asp). acesso em: 29 de outubro de 2012.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SCHWANKA, C. **Administração Pública Consensual: a transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos**. 2009
Dissertação (Mestrado na Área de Concentração de Direitos Fundamentais),
Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Curitiba, 2009.

TÁCITO, C. Arbitragem nos Litígios Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, 210/ 114, out./dez. 1997. Interpretação e estudos da Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990.

VENOSA, S. D. S. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, v. 2, 2004.