

**UNIBRASIL – FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL  
FACULDADE DE DIREITO**

**CRISTIANE SCHWANKA**

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL: A TRANSAÇÃO  
COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE  
CONFLITOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**CURITIBA**

**2009**

**CRISTIANE SCHWANKA**

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL: A TRANSAÇÃO COMO  
MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS  
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil, Área de Concentração em Direitos Fundamentais e Democracia, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

**CURITIBA  
2009**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

CRISTIANE SCHWANKA

### **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL: A TRANSAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève  
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Membros: Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP  
(Largo São Francisco)

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier  
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil

Curitiba, 2 de abril de 2009

*Para Gilmar,  
meu companheiro dessa e de outras vidas.*

*Aos professores Doutores  
Clèmerson Merlin Clève  
e  
Gustavo Justino de Oliveira,  
pela oportunidade e  
pelas valiosas lições que me foram repassadas.*

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	vi
<b>ABSTRACT</b> .....	vii
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
<b>1 APONTAMENTOS SOBRE A DINAMICIDADE HISTÓRICA E EVOLUTIVA DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO</b> .....	<b>7</b>
1.1 A DOGMÁTICA ADMINISTRATIVA CLÁSSICA: DA ORIGEM LIBERAL E GARANTISTA DO DIREITO ADMINISTRATIVO .....	7
1.2 O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO .....	17
1.3 A PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	21
1.4 A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO .....	29
<b>2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO NA ORDEM CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA</b> .....	<b>36</b>
2.1 A AMPLITUDE DA CONCEITUAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO.....	36
2.2 A CLASSIFICAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO SEGUNDO A SUA NATUREZA: O INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E O INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO .....	41
2.3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA: DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR AO DEVER DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES ENVOLVIDOS .....	47
2.4 A PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA COMO FORMA DE DENSIFICAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA .....	57
<b>3 A CONFORMAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL</b> .....	<b>67</b>
3.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	67
3.2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL: CONCEPÇÃO TÉORICA E FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS .....	72
3.3 A CONTRATUALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA: O CONSENSUALISMO E O DECLÍNIO DA ATUAÇÃO UNILATERAL IMPERATIVA .....	79
3.4 O CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO FINALÍSTICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL .....	89
<b>4 A TRANSAÇÃO COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	<b>95</b>
4.1 A TRANSAÇÃO E SUA NATUREZA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO	95
4.2 O DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO E A UTILIZAÇÃO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A QUESTÃO DA DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS PATRIMONIAIS.....	100
4.3 A PERSPECTIVA DE RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS NO CURSO DA TRANSAÇÃO: O IMPERATIVO ÉTICO DA BOA GESTÃO PÚBLICA .....	110
4.4 A TRANSAÇÃO COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA NA ADMINISTRAÇÃO: O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	119

<b>5</b>	<b>A TRANSAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A JURIDICIDADE E A EFICIÊNCIA COMO FUNDAMENTOS DO PODER/DEVER DE TRANSACIONAR.....</b>	<b>127</b>
5.1	O PARADIGMA DA JUDICIALIZAÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS CONTRATUAIS ADMINISTRATIVAS .....	127
5.2	AS CLÁUSULAS AUTORIZATIVAS DE COMPETÊNCIA PARA TRANSACIONAR NA ESFERA CONTRATUAL ADMINISTRATIVA .....	131
5.3	A TRANSAÇÃO CONTRATUAL ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO .....	142
5.4	A TRANSAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SEU REGIME JURÍDICO .....	147
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>157</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>161</b>

## RESUMO

Ao adentrar ao século XXI o Direito Administrativo está sendo obrigado a experimentar as contradições ideológicas presentes no Estado contemporâneo, deparando-se com o enfrentamento de novos temas, dentre os quais ganha relevância a adoção do consensualismo na esfera pública. Assim, o Direito Administrativo constitucionalizado projeta-se de modo a conferir maior flexibilidade às relações contratuais mantidas entre a Administração Pública e os particulares. Modificam-se os papéis, uma vez que o particular contratado é um parceiro efetivo, que se une com o Estado em um negócio econômico-financeiro, por meio de um contrato administrativo. Trata-se da conformação de uma Administração Pública Consensual que opta pela concertação e cooperação do particular na atividade administrativa em prol da realização do bem comum. Nesse sentido, a busca de novas formas de solução de conflitos, em contraposição aos tradicionais antagonismo e autoritarismo do Direito Administrativo, faz-se necessária, inaugurando uma nova era de relacionamento entre a Administração Pública e os cidadãos. As vias tradicionais que obrigam o contratado a recorrer à esfera jurisdição estatal para obter o pagamento de seus créditos legítimos, cuja demanda pode levar anos para chegar à solução final, inúmeras vezes implicam obras inacabadas e interrupção dos contratos e, não raro com interesse público não atendido. Nessa transição de um modelo de gestão pública autoritário para um modelo de gestão pública aberto e democrático, a atividade administrativa necessita utilizar-se da técnica da ponderação dos interesses em conflito, guiada pelo princípio da proporcionalidade, de tal forma a buscar o equilíbrio das relações jurídicas. Nesse novo cenário, a processualidade administrativa se configura meio hábil para a democratização, transparência e controle de legalidade da atividade administrativa. Propugna-se pelas vias consensuais de solução de litígios, com a adoção da transação nos contratos administrativos com vista a obter uma solução consensual mais célere para os litígios de natureza patrimonial disponível, como forma de assegurar, aos colaboradores da Administração Pública, a tranquilidade e segurança de que poderão ver respeitados os seus legítimos direitos. Sem embargo, o atual quadro sociopolítico e econômico brasileiro requer profundas mudanças na atual configuração da Administração Pública. Daí decorre o desafio que se coloca aos estudiosos do Direito Administrativo: torná-lo verdadeiramente moderno, transformado e simétrico com a Constituição.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Administração Pública consensual. Transação.

## ABSTRACT

Entering in the XXI century the Administrative Law is being forced to experience the ideological contradictions in the contemporary state, facing new themes, for example, one with a great relevance, the adoption of consensualism in a public sphere. Thus, the constitutionalized Administrative Law project itself in a way to provide greater flexibility to contractual relations maintained between the government and individuals. Therefore, there is a change in the roles, once that the contracted particular is an effective partner, who joins the state in some economic-financial business, through an administrative contract. This is the conformation of a government agreement that opts for consultation and cooperation from the private in an administrative, whose goal is the achievement of the common good. Accordingly, opposed to traditional authoritarianism and antagonism of Administrative Law, the search for new ways for resolving disputes and conflicts is now necessary, inaugurating a new era for the relationship between government and citizens. The traditional ways that lead the contracted to the state jurisdiction for the payment of his legitimate claims, which may take years to reach the final solution, often lead to unfinished works and to the breach of the contract, and often with the public interest not heeded. In this transition from an authoritarian model of governance to a model of open and democratic governance, the administrative activities need to use the technique of balancing the interests in conflict, guided by the principle of proportionality, so to get the balance of legal relations. Under this view, the administrative processes lead to democratization, transparency and control of legality of administrative activity. So it is acceptable to defend the pursuit of a consensus for the solution of disputes, with the acceptance of transactions of administrative contracts to achieve a consensual solution, as a faster and successful method, ensuring the collaborators from the Public Administration the tranquility and security that their legitimate rights are respected. However, the current Brazilian economic and sociopolitical context requires profound changes in the current configuration of Public Administration. It leads to challenge faced by the scholars of Administrative law: make it really modern, transformed and compatible to the Constitution.

Key words: Administrative Law. Consensus Public Administration. Transaction.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a pretensão de oferecer uma análise acerca da admissibilidade da utilização do instituto da transação como método alternativo de resolução de conflitos nos contratos administrativos.

No modelo de Estado contemporâneo a técnica contratual representa um dos meios utilizados pela Administração para cumprir suas inúmeras atribuições e realizar as tarefas delas decorrentes. Identificado como instrumento de realização de interesses públicos, o contrato administrativo vem se aperfeiçoando e se adaptando ao longo do tempo de tal forma que se traçam os contornos da denominada nova contratualização administrativa.

O Estado quando firma contratos exercita o interesse público derivado, que tem repercussões patrimoniais e disponíveis. É justamente aqui que a transação encontra aplicabilidade, despontando como importante e oportuna no deslinde de conflitos contratuais, podendo representar ganhos econômicos para as partes no contrato firmado e para a sociedade em geral, além de propiciar a estabilidade das relações jurídicas contratuais uma vez que propicia a equiparação das posições jurídicas.

Para os fins deste estudo, parte-se da premissa de que a transação como solução de controvérsias tem origem contratual e, na área estudada, é definida como sendo os contratos administrativos. Para tanto, tais contratos devem preencher dois requisitos: ter como contratado um particular (setor privado) e ter repercussões econômicas.

A discussão da utilização da transação em sede do Direito Público não é apenas jurídica, mas é caracterizada, também, pelo fator político, o que explica os movimentos de resistência que se manifestam sobre a admissibilidade do instituto, tornando-a estigmatizada e considerada inoportuna, apesar de estar na área contratual, em que o Estado realiza os denominados “atos de gestão” e não “atos de império”, de autoridade.

As restrições são impróprias e, conforme será demonstrado, vão em sentido contrário aos ditames constitucionais democráticos que devem nortear a Administração Pública brasileira. A nova ordem constitucional democrática reclama e possibilita a conformação de uma Administração Pública consensual, mais dialógica e aberta ao cidadão ativo e colaborador das atividades estatais.

Cabe notar que a principal tarefa da Administração consensual passa a ser a de compor conflitos envolvendo interesses estatais e interesses privados, definitivamente incluindo os cidadãos no processo de determinação e densificação do interesse público, o qual deixa de ser visto como um monopólio estatal, com participação exclusiva de autoridades, órgãos e entidades públicos.

Note-se que não é objetivo desse trabalho tratar de características específicas, definições e diversas teorias desenvolvidas sobre os contratos no Direito Administrativo, mas tão-somente analisá-los nos limite necessários à abordagem da transação, a fim de demonstrar sua conveniência e oportunidade de utilização como método alternativo à judicialização de resolução de conflitos contratuais.

Convém registrar que, ainda que se esteja em tempo de consensualismo e negociação, com um direito administrativo cada vez mais dialógico e aberto aos cidadãos para a realização de acordos, não se ignora que não é possível abdicar da face autoritária da Administração Pública. Ambas as faces são complementares e não excludentes entre si.

A face consensual da Administração Pública representa uma de suas faces e, na ausência de consenso ou nas situações de vedação legal expressa aos métodos consensuais de resolução de conflito, a Administração deverá pautar-se de forma imperativa e unilateral com vistas à preservação do interesse público.

Por oportuno, não se desconhece que as negociações officiosas e os acordos informais fazem parte do dia-a-dia da Administração, sempre privados de valor jurídico. Administrar consensualmente impõe enormes desafios ao comportamento dos próprios administradores públicos e dos órgãos de tutela da Administração Pública.

Cumprе salientar que a análise e a pesquisa empreendida limitaram-se ao direito brasileiro, sem incursões pelo direito comparado, afastando interpretações que

acarretem ofensa a princípios, regras e valores que compõem o regime jurídico-administrativo pátrio. Este esclarecimento é referencial importante em razão da construção doutrinária e jurisprudencial do Direito Público brasileiro, notadamente o Direito Administrativo, que sofreu fortes influências de conotações históricas, políticas, econômicas e sociais, que se inter-relacionam e influenciam a prática da atividade administrativa, de seus agentes e da própria sociedade. Depara-se com estruturas complexas que subjazem ocultos modo de agir, clientelismos, enfim, peculiaridades intrínsecas da sociedade brasileira que, infelizmente, permeiam os poderes constituídos.

O estudo da transação como método alternativo de solução de controvérsias está fundamentado à luz dos princípios do Direito Administrativo constitucionalizado, mas objetiva a indeclinável eficiência da boa gestão administrativa executada e operacionalizada por meio dos contratos administrativos que a Administração firma com os particulares.

Contudo, é inarredável registrar que o resultado baseado na eficiência administrativa não pode ser adotado como fator exclusivo de legitimidade da atuação administrativa. Muito mais do que isso, devem ser considerados todos os meios adequados para que a Administração possa atingir o seu fim.

Assim que, à luz dos novos paradigmas do Direito Administrativo, alicerçados nos princípios jurídicos da igualdade, legalidade, boa-fé, justiça, lealdade contratual, do respeito aos compromissos recíprocos das partes, da eficiência, da economicidade, entre outros, a Administração é conduzida a eleger formas mais dinâmicas e justas de solução de controvérsias.

Debate-se que os institutos clássicos do regime jurídico administrativo carecem de uma interpretação construtiva que permita o restabelecimento do equilíbrio de forma consensual, conferindo o devido respeito e reconhecimento da importância da colaboração do particular na persecução do interesse público da coletividade. Tal cenário é importante para que o administrador público fique ciente dos riscos de não negociar e buscar uma solução que vise otimizar a realização do interesse público no

caso concreto, situação que pode implicar sua responsabilização pelos eventuais prejuízos causados aos cofres públicos.

A problemática que orientou este trabalho consistiu na análise da contextualização histórica à luz das transformações do Direito Administrativo, apontando os fundamentos da conformação da face da Administração Pública Consensual, colocando em destaque a transação nos contratos administrativos, ressaltando sua importância como linha de evolução e de transformação da Administração Pública no século XXI.

O trabalho possui cinco capítulos, subdivididos em temas específicos que conformam seu desenvolvimento. O primeiro deles aborda a dinamicidade histórica e evolutiva do Direito Administrativo brasileiro. Apresenta-se a dogmática administrativa clássica; discorre-se acerca do regime jurídico administrativo e sua principiologia, contextualizando os temas por meio de posicionamentos doutrinários clássicos e contemporâneos de tal forma a possibilitar a caracterizar a evolução do Direito Administrativo e de seus institutos, em face do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo.

O segundo capítulo intenta posicionar a Administração Pública perante a qualificação e conceituação do interesse público na ordem constitucional democrática. É conferida ênfase à amplitude da conceituação do interesse público e apresentada classificação doutrinária segundo a natureza do interesse público. Apresenta-se o debate da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e o dever de ponderação dos interesses envolvidos em cada caso concreto; por fim aborda-se a temática da processualidade administrativa como forma de densificação da Administração Pública democrática.

O terceiro capítulo pretende apresentar a conformação da Administração Pública consensual, qualificando-a como instrumento de efetivação dos Direitos Fundamentais. Apresenta-se sua concepção teórica e fundamentos dogmáticos. Discorre-se sobre o fenômeno da contratualização da atividade administrativa, o advento do consensualismo com o conseqüente declínio da atuação unilateral imperativa da atividade administrativa.

O quarto capítulo trata da transação como método de resolução de conflitos no direito brasileiro. Apresenta-se a natureza jurídica do instituto de transação com ênfase na sua utilização no Direito Público, notadamente no Direito Tributário e enfrenta-se a questão da disponibilidade dos direitos patrimoniais. Debate-se acerca da perspectiva de responsabilização do agente público no curso da transação e o chamamento ao imperativo ético da boa gestão pública. Apresenta-se a transação como meio de realização de justiça na Administração em face do direito fundamental à boa Administração Pública.

O último capítulo pretende apresentar a transação como método alternativo de resolução de controvérsias contratuais administrativas considerando a juridicidade e a eficiência como fundamentos do poder/dever de transacionar. Aborda-se o paradigma da judicialização das controvérsias contratuais administrativas. Discorre-se acerca das cláusulas autorizativas de competência para transacionar na esfera contratual administrativa. Enfrenta-se a problemática da transação com sua eventual renúncia à jurisdição estatal em face do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Por fim, apresenta-se a transação administrativa e seu regime no direito público brasileiro.

Em suma, propõe-se reconhecimento e admissibilidade da transação como método alternativo de resolução de conflitos nos contratos administrativos, demonstrando sua simetria em relação aos comandos constitucionais que consubstanciam a face consensual da Administração Pública. Hodiernamente, a administração é convidada a traçar novos caminhos que permitam a solução de controvérsias de modo mais rápido e eficaz para as divergências que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, sob pena de ver ausente de seu meio o particular colaborador que atua, de forma concomitante, na persecução dos interesses públicos ao lado do Estado.

A tarefa proposta consiste em demonstrar que, diante da interpretação lógica, sistemática e teleológica do Direito, não existe vedação ao uso da transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos firmado com particulares, notadamente quando o Poder Público estiver praticando “atos de gestão” e quando o objeto da controvérsia versar sobre interesses patrimoniais, portanto,

disponíveis. Trata-se, como consequência, do reconhecimento da importância da ponderação dos interesses em conflitos envolvidos no caso concreto, tendo por finalidade a otimização do interesse público.

# 1 APONTAMENTOS SOBRE A DINAMICIDADE HISTÓRICA E EVOLUTIVA DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

## 1.1 A DOGMÁTICA ADMINISTRATIVA CLÁSSICA: DA ORIGEM LIBERAL E GARANTISTA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O ordenamento jurídico confere à Administração Pública uma série de poderes e deveres destinados a regular, precipuamente, o exercício da autoridade<sup>1</sup> pública e a permitir a organização e funcionamento da máquina estatal e que consubstanciaram a formação do direito administrativo.<sup>2</sup> Nascido e desenvolvido em duas idéias opostas, o direito administrativo busca, simultaneamente, 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.**”<sup>3</sup>

No tocante à conceituação desse ramo do Direito é possível identificar um grupo de conceitos indeterminados tais como, “bem comum”, “interesse público”, “interesse coletivo” sempre procurando caracterizá-lo em função do que seriam considerados “fenômenos administrativos”. Atribui-se essa preocupação em manter aberta a categoria dos fenômenos estudados pelo Direito Administrativo, ao jurista

---

<sup>1</sup> Conferir a análise de Norberto BOBBIO: “Um primeiro modo de entender a Autoridade como espécie de poder seria a de defini-la como uma relação de poder estabilizado e institucionalizado em que os súditos prestam obediência incondicional. (...) A Autoridade, tal como a temos entendido até aqui, como poder estável, continuativo no tempo, a que os subordinados prestam, pelo menos dentro de certos limites, uma obediência incondicional, constitui um dos fenômenos sociais mais difusos e relevantes que pode encontrar o cientista social. Praticamente todas as relações de poder mais duráveis e importantes são, em maior ou menor grau relações de Autoridade (...) Como poder legítimo, a Autoridade pressupõe um juízo de valor positivo em sua relação com o poder. (...) Portanto, a expressão ‘poder legítimo’ deve ser entendida aqui no sentido de poder considerado como legítimo por parte de indivíduos ou grupos que participam da mesma relação de poder...” (BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Trad. Carme Varriale et al. 8. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, v. 1, p. 88-91.)

<sup>2</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 104.

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 65.[grifo do autor]

alemão Otto MAYER<sup>4</sup> que conceituando a disciplina em 1895, por exclusão, partindo de um exame conjunto de todas as atividades do Estado, assim enunciou: “O Direito Administrativo rege todas as atividades do Estado que não forem formalmente legislativas ou jurisdicionais, ou seja, excluídas, apenas, a criação formal da norma legal e sua aplicação judiciária ao caso concreto.”<sup>5</sup>

Na doutrina pátria, Celso Antonio Bandeira de MELLO define o Direito Administrativo como sendo um ramo do Direito Público que, como tal, ocupa-se dos interesses da sociedade, e que se destina a disciplinar o exercício da função administrativa<sup>6</sup> do Estado e os órgãos que a desempenham.<sup>7</sup> Para o autor, a

---

<sup>4</sup> Odete MEDAUAR registra: “Otto MAYER foi professor em Estrasburgo a partir de 1882; em 1886, publicou *Teoria do direito administrativo francês*; em 1895-1896 seu *Deutsches verwaltungsrecht*, em 2 vols. Para Mayer, o Estado é o Estado moderno, no sentido de sujeito político dotado de soberania, com capacidade de ação e normação tendencialmente ilimitada, em relação a outros sujeitos, sobretudo o cidadão-súdito; daí a convicção da especificidade do direito público”. (MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 73).

<sup>5</sup> Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO registra que a fórmula enunciada por Otto Mayer foi tão feliz que ainda se mostra aplicável, mesmo se se considerar a inserção do Direito Administrativo no contexto do Direito Público. (Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 44-46.)

<sup>6</sup> A doutrina assinala que, dentre a clássica trilogia das funções do Estado – legislativa, executiva (ou administrativa) e jurisdicional– a função mais difícil de ser conceituada é a função administrativa pela enorme heterogeneidade das atividades que nela se inserem. (cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 27). De forma diversa, Hans KELSEN defende que as funções estatais são apenas duas: criar – legislar- e executar o Direito, o que tanto pode ser feito pela Administração como pela Jurisdição (Cf. KELSEN, Hans. *Teoria general del derecho y del Estado*. México: Imprenta Universitária, 1950, trad. Eduardo García Maynes, p. 268-269). Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, igualmente defende a existência de apenas duas funções no Estado, porém em posição distinta da de KELSEN: a administrativa e jurisdicional. A primeira seria destinada a integrar a ordem jurídica mediante a execução das atividades de legislar e executar, enquanto que a segunda teria por objeto o próprio Direito, desempenhando, portanto, função eminentemente jurídica. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. 1, p. 30-38). Nessa temática, o importante é a compreensão de que a construção da trilogia foi composta tendo em vista a proposta de MONTESQUIEU que objetivou impedir a concentração de poderes para a preservação da liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes. (cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 29). Sobre a definição de função administrativa, Marçal JUSTEN FILHO conceitua: “**A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação dos interesses essenciais, relacionados com a promoção dos direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional**”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 28). [grifo do autor]

<sup>7</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* p. 27. A conceituação clássica deste ramo do direito na doutrina pátria possui algumas variações, dentre as quais algumas foram selecionadas

conseqüência direta do exercício da função administrativa estatal decorre do dever do Estado em alcançar o interesse público, por meio de poderes instrumentalmente adequados conferidos pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que, “é o Estado que, por definição, juridicamente encarna os interesses públicos.”<sup>8</sup>

A consolidação do Direito Administrativo como sendo um ramo jurídico verdadeiramente autônomo, assim entendido como aquele em que se reconhecem princípios que delimitam em seu todo uma unidade e no qual um conjunto de regras se articula de forma a compor um sistema<sup>9</sup>, foi sendo construída ao longo da história, a partir e concomitantemente com a evolução do próprio Estado de Direito e da conformação do ramo de direito público.<sup>10</sup>

Insta destacar que no período absolutista a vontade do soberano representava a lei suprema, para a qual não existia conteúdo limitativo. Assim, foi somente após a queda desse regime que floresceram condições para a implementação de um ramo de direito destinado a solucionar questões públicas. Somente após a revolução francesa,

---

para elucidação: Para Hely Lopes MEIRELLES “é o conjunto harmônico de princípios que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 34). Nos dizeres de Maria Sylvania Zanella DI PIETRO o Direito Administrativo é “o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.” (DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito administrativo*, p. 52). Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, muito embora apresente uma conceituação mais contemporânea, demanda destaque. Para o autor, “Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que estuda os princípios, preceitos e institutos que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e os instrumentos garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade, e moralidade, ao atuar concreta, direta e indiretamente, na prossecução dos interesses públicos, excluídas as atividades de criação da norma legal e de sua aplicação judiciária contenciosa.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 47).

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 25.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, p. 24-25. No mesmo sentido é o posicionamento de Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO: “Constitui disciplina própria do Estado Moderno, ou melhor, do chamado Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e da sua ação, estabelecendo baliza às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas e, outrossim, nas relações com os governados. Na verdade, o Direito Administrativo só se plasmou como disciplina autônoma quando se prescreveu processo jurídico para a atuação do Estado-poder, através de programas e comportas na realização das suas funções. (...) Realmente, a implantação do Estado de Direito, com a distinção entre Estado-poder e Estado-sociedade, tornando aquele simples meio para realização do bem deste, permitiu a formação do Direito Administrativo.” (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *op. cit.*, p. 76-77).

com o surgimento do Estado de Direito em que a legalidade surge como essência da atividade estatal em que é possível identificar traços do ramo de direito publicista.<sup>11</sup>

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO registra que, como ramo autônomo, o Direito Administrativo nasceu ao final do século XVIII e início do século XIX. Pondera a autora que tal fato não significa que inexistissem normas administrativas anteriores a esse período, mas que tais normas eram enquadradas no *jus civile*. Além disso, naquele período o que havia eram normas esparsas destinadas a regular o funcionamento da Administração Pública, a competência de seus órgãos, os poderes do Fisco, a utilização de bens públicos e a servidão pública. “Não se tinha desse ramo do direito uma elaboração baseada em princípios informativos próprios que lhe imprimissem autonomia”.<sup>12</sup>

Caio TÁCITO destaca essa vinculação do Direito Administrativo com a evolução histórica do próprio Estado: “os direitos do homem geram os deveres do Estado. Nos regimes absolutistas, o administrador – instrumento do poder ilimitado – é, como este, irresponsável. O Estado de Direito, ao contrário, submete o poder ao domínio da lei; a atividade estatal arbitrária se transforma em atividade jurídica.”<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO afirma que foi somente com as três Revoluções Liberais ocorridas na história – Inglesa, Americana e Francesa – que foram abertos os caminhos para a dignificação da pessoa humana, para o reconhecimento de suas liberdades inatas e para o reconhecimento de direitos e outorgas garantidas pelo Estado. Segundo o autor, foi a Revolução Francesa, preocupada em varrer o absolutismo das instituições, que assentou as bases da Administração Pública contemporânea. Todavia, registra que, “estranhamente, porém, o *Poder Executivo*, sede da Administração Pública, a cargo da mais generalizada, intensa e próxima interação entre o Estado e sociedade, não apresentou qualquer destaque significativo nessa mesma linha de efetiva absorção dos princípios liberais. Ao contrário, sua evolução seguiu uma principiologia oposta, dando ênfase a institutos que reforçavam o *poder de império* do Estado, como a sua *atuação discricionária*, a *exclusão do administrado* na formação do processo decisório, a *executoriedade* e a *autotutela*.” (Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 9.) [grifo do autor]

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 23. No mesmo sentido MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *op. cit.*, p. 76 e ss. Esse autor registra que no *Digesto* e no Código era possível encontrar matérias que, posteriormente, vieram a constituir objeto do direito administrativo e leciona: “Assim, verificam-se textos regulamentando a organização administrativa e as competências dos seus órgãos, dispondo sobre o regime municipal e as prerrogativas de polícia, prescrevendo os poderes do Fisco, ordenando o uso pelo povo dos rios e caminhos públicos, a execução de obras públicas e sua utilização, o regime da servidão pública e, afinal, regendo os encargos e as honras dos cidadãos.” (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *op. cit.*, p. 76).

<sup>13</sup> TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. Verbete do dicionário de ciências sociais. RDA 140:35, abr./jun. 1980. p. 35 *apud* ESPÍRITO SANTO, Leonardo Motta. *Direito Administrativo*. In:

Essa característica fundante do Direito Administrativo como ramo autônomo com estreita proximidade com o Direito Constitucional, ambos assentados no princípio da separação dos poderes e com o objetivo de assegurar a proteção dos direitos fundamentais não apenas nas relações entre particulares, mas entre estes e o próprio Estado, levou Celso Antônio Bandeira de MELLO a afirmar que “...consoante já foi dito com razão, os títulos fundamentais do Direito Administrativo se alojam no Direito Constitucional. Assim, o Direito Administrativo de cada país possui a feição que lhe confere o respectivo Direito Constitucional.”<sup>14</sup>

Desse modo, adotando como pressuposto<sup>15</sup> que o Direito Administrativo se conformou e recebeu autenticidade concomitantemente com a formação do Estado de Direito com a função precípua de limitação do poder estatal soberano, sendo notadamente, fruto da sujeição da burocracia à lei e do advento do princípio da separação de poderes, resta investigar a conformação do Direito Administrativo pátrio e suas especificidades.

A compreensão da origem do Direito Administrativo brasileiro requer uma breve incursão da influência do direito estrangeiro no momento de sua formação. O Direito Administrativo brasileiro, seguindo a orientação dos demais países da América Latina, adotou o sistema europeu-continental, com nítida influência em sua origem do direito francês, alemão e italiano. Todavia, de forma diversa não se vinculou à

---

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.1-46

<sup>14</sup> Nessa passagem de sua obra, o autor aponta severas críticas ao que denomina de ingenuidade de pretender aplicar, acriticamente, no Direito Administrativo brasileiro, noções recolhidas em Direito Alienígena. (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 26.).

<sup>15</sup> Adota-se como corte metodológico tal pressuposto, cuja temática seria, por si só, tema de fonte de pesquisa para uma dissertação específica. Todavia, registra-se que em sentido contrário merece destaque no direito pátrio o posicionamento de Gustavo BINENBOJM, que afirma: “O direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador. Antes, pelo contrário, a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas pelo *Conseil d' État*, que tornaram viáveis soluções diversas das que resultariam da aplicação mecanicista, do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública, só foi possível em virtude da postura ativa e *insubmissa* daquele órgão administrativo à vontade do Parlamento. A conhecida origem pretoriana do direito administrativo, como construção jurisprudencial (do Conselho de Estado) derogatória do direito comum, traz em si esta contradição: a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinculante do próprio Executivo.” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 11). [grifo do autor]

instituição de justiça administrativa independente como ocorreu na Itália, França e Alemanha.<sup>16</sup> No doutrina pátria, a unidade de jurisdição adotada neste estudo desde a Constituição de 1891, é atribuída à influência do direito norte-americano, inglês ou belga.<sup>17</sup>

Acerca da influência francesa sob o direito pátrio, Celso Antônio Bandeira de MELLO ressalta que os estudiosos do Direito Administrativo na França<sup>18</sup>, ao buscarem a idéia central para reconhecer quando uma situação deveria ser regida pelo Direito Administrativo – conformação material do novo ramo de direito –

---

<sup>16</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 60. Romeu Felipe BACELLAR FILHO leciona que foi “a insatisfação popular com as decisões do Parlamento que acumulava funções judicantes deu origem à idéia de que a matéria administrativa deveria ficar fora do âmbito da justiça comum. O pensamento nuclear da Revolução, que engendrou a construção da jurisdição administrativa, fundamenta-se, pois, na concepção de que se os processos envolvendo temas administrativos pudessem ser julgados pelos órgãos judiciários, dar-se-ia poder para que estes tumultuassem a atividade administrativa, restando comprometida a independência da Administração. (...) Para os revolucionários, o Poder Judiciário não deveria imiscuir-se na esfera de atuação dos administradores públicos.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3.)

<sup>17</sup> Odete MEDAUAR apresenta as seguintes características como sendo da formulação clássica do direito administrativo pátrio: “submissão da Administração ao direito; supremacia da Administração; preponderância do interesse público sobre o particular; personalidade jurídica do Estado e de outros entes; ato administrativo unilateral, auto-executório e imperativo; hierarquia; poder discricionário; direito subjetivo público; poder de polícia; contrato administrativo.” (MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 63-64) No mesmo sentido, BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*, p. 7-10.

<sup>18</sup> O autor atribui à França o berço do nascimento do ramo do Direito Administrativo. (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 26). Odete MEDAUAR, com lastro em diversos autores franceses, italianos e nacionais, leciona que o ato de nascimento do Direito Administrativo também se deu na França, pela edição da lei do 28 *pluiose* do ano VIII (datada de 17/02/1800) que contém preceitos sobre a organização administrativa e sobre a solução de litígios contra a Administração, atribuindo ao Conselho e Estado a função de órgão consultivo. Registra a autora que tal lei foi denominada de “constituição administrativa napoleônica” e que, muito embora o direito administrativo não tenha se formado de imediato apenas pela edição da lei, a mesma desencadeou o surgimento de manuais e obras impulsionando a evolução da disciplina. Segundo a autora, foi a partir de 1883 que o direito administrativo separou-se do direito do Estado, com a publicação de obras específicas, consolidando-se logo após com OTTO MAYER para quem o Estado é o Estado moderno, no sentido de sujeito político dotado de soberania e com capacidade de ação em relação a outros sujeitos. (Cf. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p-14-34.). Gustavo BINENBOJM ao se referir que a certidão de nascimento do direito administrativo foi a *loi de 28 do pluiose* afirma se tratar de uma fábula mistificadora, pois segundo o autor a história da origem e do desenvolvimento do direito administrativo seria outra, uma vez que o surgimento do direito administrativo e de suas categorias jurídicas representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que sua superação. (Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, p. 10-11).

identificaram a idéia inicial de *puissance publique*<sup>19</sup> como sendo o pólo aglutinador. Posteriormente, uma nova linha de pensamento, também francesa, pretendeu substituir a *puissance publique* pelo conceito de “serviço público”<sup>20</sup>, isto é, de serviços prestados à coletividade pelo Estado. Esta última abordagem, segundo o autor, considerava a idéia de que o Direito Administrativo e seus institutos se organizam em torno do dever de servir a coletividade, atendendo aos seus anseios gerais.<sup>21</sup>

Vale registrar que a atual Constituição francesa – de 4 de outubro de 1958 – em seu artigo 37, menciona o Conselho de Estado realçando as suas funções consultivas. Nesse novo desenho, o contencioso administrativo francês, atuando sob o rótulo de Conselho de Estado, aprecia toda espécie de litígio de caráter administrativo, correspondendo então a uma espécie de justiça administrativa que, de forma apartada da justiça comum, exara decisões que ostentam autoridade de coisa julgada.<sup>22</sup>

Denota-se, contudo, que a evolução histórica da disciplina evidencia uma sucessão de eventos contraditórios, produto de uma constante tensão dialética entre a “lógica da autoridade” e a “lógica da liberdade”, revelando, por vezes, um incremento do que poderia se denominar de “vertente garantística”, ainda que essa não seja uma tendência constante, progressiva e unidirecional, uma vez que podem ser evidenciadas

---

<sup>19</sup> Segundo Odete MEDAUAR a noção de *puissance publique* representa o meio pelo qual o Estado poderia impor soberanamente sua vontade. (Cf. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 72).

<sup>20</sup> A esse respeito, Odete MEDAUAR destaca que DUGUIT, na França, encabeçou a *escola de serviço público*, por meio da qual pretendeu deslocar do poder o foco de atenção dos publicistas, tendo como ponto de partida a idéia da necessidade e explicando a gestão pública como resposta às necessidades da coletividade. Assim, a noção de serviço público passou a se tornar critério do direito administrativo, repelindo a noção de *puissance publique* por meio da qual o Estado poderia impor soberanamente sua vontade. Na obra *L'État, lê droit objectif et la positive*, publicada em 1901, DUGUIT desenvolve a idéia de que o Estado não é *puissance publique* que comanda; se há *puissance publique* ela é dever, função, não um direito. Para o autor, Estado é cooperação de serviços públicos organizados e controlados pelo governo, sendo que a noção de serviço público é essencial em torno do qual gravita todo o direito público moderno. (Cf. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 72). A esse respeito, imprescindível destacar o posicionamento de Marçal JUSTEN FILHO: “Na verdade, a disputa entre os autores franceses nem sequer podia ser transplantada para o direito brasileiro, uma vez que versava sobre o critério para a definição da competência da jurisdição administrativa. O direito brasileiro contempla a jurisdição única, que compõe tanto os litígios de direito comum como os de natureza administrativa. Logo, não há necessidade de um “critério” diferenciador, contrariamente ao que se passa na França.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 18). [grifo do autor]

<sup>21</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 26.

<sup>22</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*, p. 6.

estratégias de fragilidade na estrutura teórica dos seus institutos<sup>23</sup> e que serão expostos ao longo deste trabalho.

DI PIETRO ressalva que 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 e registra que “...quanto menos desenvolvido o Direito Administrativo, maior é a aplicação do direito privado nas relações jurídicas de que participa o Estado. (...) Na realidade, o **conteúdo do Direito Administrativo** varia no tempo e no espaço, conforme o tipo de Estado adotado.”<sup>24</sup>

Romeu Felipe BACELLAR FILHO igualmente aponta que a disciplina experimentou maior avanço nos Estados mais atuantes que não se limitavam apenas à manutenção da ordem pública, desenvolvendo atividades nos mais diversos setores – saúde, educação, cultura, previdência social, entre outros– atuando, até mesmo, no domínio econômico.<sup>25</sup>

No caso brasileiro, embora na época do império já existisse uma Administração Pública organizada, essa era regida praticamente pelo direito privado e o Conselho de Estado criado pela Constituição de 1824, extinto pelo Ato Adicional de 1834, reinstituído por lei em novembro de 1841 e abolido por Decreto em 1889, configurou apenas órgão de assessoramento do Imperador, não tendo firmado tradição de atuação jurisdicional.<sup>26</sup> A Constituição de 1891 adotou o sistema de jurisdição una, confirmando a influência norte-americana ao lado da República e do federalismo para a conformação do Direito Administrativo pátrio.<sup>27</sup>

Representou alta expressão no Direito Administrativo brasileiro o movimento revolucionário de 1930, o qual deu início a uma transformação social e econômica na República, que passou, com a Constituição de 1934 e em decorrência da própria previsão constitucional de extensão da atividade do Estado nos âmbitos social e

---

<sup>23</sup> Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, p. 18.

<sup>24</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 25. [grifo do autor]

<sup>25</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*, p. 2.

<sup>26</sup> Nesse sentido: MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 60. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*, p. 10.

<sup>27</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*, p. 11.

econômico, mediante ao dirigismo econômico-financeiro da Nação, a possuir uma feição socializante.<sup>28</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO registra que naquele período “surgem novas pessoas jurídicas públicas para a execução dos serviços especificados, e como desdobramento das pessoas jurídicas públicas de natureza territorial, que cuidavam, segunda a esfera política, dos interesses gerais dos cidadãos que a integram.”<sup>29</sup>

Essa mudança da postura abstencionista do Estado brasileiro deveu-se ao fato de que o Estado, atuando em conformidade com a lei, no sentido de não interferir nas relações individuais, não mais se mostrava apto a atender as necessidades de uma sociedade que clamava a atuação positiva do Estado. Naquele contexto histórico e com o surgimento do Estado Social de Direito – ou Estado do Bem-Estar Social–, para cumprir seu mister o Estado passou a ser também um prestador de serviços, por meio da criação de órgãos públicos e da descentralização administrativa, o que determinou o início de uma série de novas responsabilidades pertinentes ao Direito Administrativo. “Nesta nova fase de atuação do Estado como prestador de serviços, o princípio dominante passou a ser o da finalidade, por meio da qual procurava aplicar, da melhor forma, os recursos públicos na prestação de serviços à coletividade.”<sup>30</sup>

O intervencionismo estatal trouxe consigo um embate natural: o incremento da responsabilidade do Estado pelos danos causados por seus agentes. Essa bipolaridade - ampliação e autolimitação dos poderes estatais- desencadeou políticas e procedimentos específicos do Direito Administrativo, objetivando o equilíbrio entre autoridade e liberdade.

Há ainda que se registrar que no Brasil, ainda que não esteja concluído<sup>31</sup> o processo que convencionalmente passou a ser denominado de “reforma

---

<sup>28</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *op. cit.*, p. 26-45.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>30</sup> ESPÍRITO SANTO, Leonardo Motta. *op. cit.*, p.1-46.

<sup>31</sup> Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO ressalva que: “Não obstante o grande esforço político que continua a ser envidado para a efetiva realização de uma reforma administrativa, na linha do que se expôs, ou seja, correspondendo à nova visão do Direito Administrativo contemporâneo, é necessário atentar que *não basta promover alterações de estrutura e de funcionamento*, pretendendo seguir parâmetros e modelagens desenvolvidos na administração do setor privado ou na experiência de outros países tidos como modelares. (...) E é essa mudança, em suma, essencial ao que se pretende

administrativa”, por meio do qual se pretendia passar da fase do estatismo caracterizada pela “administração burocrática” na qual, segundo Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, prevalecia o interesse do Estado, para a fase da democracia na qual, segundo o mesmo autor, ascende como prevaemente o interesse da sociedade com vistas a se atingir a etapa da “administração gerencial”, tal processo introduziu com mais vigor a necessidade de uma atuação administrativa mais eficiente e de menor custo para a sociedade.

Embora a postura estatal caracterizada como Administração Burocrática tenha se mostrado eficiente e adequada aos anseios estatais no início da conformação do Estado Social, o “modelo burocrático” entra em crise a partir da década de 1970, em decorrência da postura neoliberal que o Estado passa a assumir, o que demandou, à época, uma reorganização da Administração Pública.<sup>32</sup> “Assim, *organizações e funções* passam a ser *pós-determinadas* com vistas aos *objetivos* que lhes serão confiados e não segundo competências predefinidas (...) invertendo a visão clássica...”<sup>33</sup>

Ainda assim, conceitos como “imperatividade”, da “supremacia do interesse público”, da “insindicabilidade do mérito” e os chamados “poderes administrativos”, dentre o quais encontra relevo o polêmico “poder de polícia”, remanescem com importância estruturante na clássica dogmática do Direito Administrativo.<sup>34</sup>

---

como *modernização do Estado e de seu aparelho prestador de serviços.*” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, p. 33-34). [grifo do autor]

<sup>32</sup> Luiz Carlos Bresser PEREIRA, no auge do processo da reforma do Estado, registrou: “A crise da administração pública burocrática começou ainda no regime militar, não apenas porque não foi capaz de extirpar o patrimonialismo que sempre a vitimou, mas também porque esse regime, em vez de consolidar uma burocracia profissional no país, por meio da redefinição de carreiras e de um processo sistemático de abertura de concursos públicos para a alta administração, preferiu o caminho mais curto do recrutamento de administradores pelas empresas estatais. (...) A crise agravou-se, entretanto, a partir da Constituição de 1988, quando se salta para o extremo oposto: o enrijecimento burocrático extremo. As conseqüências da sobrevivência do patrimonialismo e do enrijecimento burocrático, muitas vezes perversamente misturados, serão o alto custo e a baixa qualidade da administração pública brasileira.”(PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*. São Paulo: Ed. 34, 1996, p. 270).

<sup>33</sup> Explica o autor: “Em suma, cria-se uma entidade ou órgão público para satisfazer interesses públicos (*finalidade*), atribuindo-se-lhe poderes em tese (*competência*) para que sejam exercidos da forma necessária (*flexibilidade*) para efetivamente atendê-los em concreto (*eficiência*).” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, p. 22-23. [grifo do autor]

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 11.

Não se pode perder de vista que a finalidade precípua do Direito Administrativo é a proteção das liberdades e dos direitos dos cidadãos.<sup>35</sup> Todavia, no atual contexto juspolítico a clássica dogmática administrativa necessita ser revistada. A promulgação da Constituição Federal de 1988, ao organizar constitucionalmente o país como um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º) ordena a dupla submissão do Estado: à vontade do povo e à vontade da lei. Nesse contexto, o Estado Democrático é aquele em que a Administração Pública está adstrita à finalidade de realizar o interesse público.<sup>36</sup>

Acresce-se ao contexto o fato de que a nova Carta, 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. O Direito Administrativo deixa de ser, como o foi em sua origem, somente um meio de garantia do administrado, tornando-se um instrumento de melhor atendimento efetivo dos interesses coletivos, com reflexos significativos, inclusive, na dogmática do regime jurídico administrativo.

O regime jurídico administrativo que tipifica o Direito administrativo e que foi desenvolvido com a finalidade de posicionar verticalmente a Administração nas suas relações jurídicas com vistas à “persecução monopolista do interesse público”<sup>37</sup>, igualmente recebeu a confluência das sucessivas etapas históricas pelas quais passou o Direito Administrativo, para incorporar o direito do cidadão em face do Estado, esse agora enquanto colaborador e parceiro na realização do interesse público.

## 1.2 O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Um regime jurídico é constituído pelo conjunto de princípios que lhe conferem especificidades em relação aos demais regimes de outras disciplinas.<sup>38</sup> Hodiernamente, pode-se afirmar que o regime jurídico administrativo é o conjunto de

---

<sup>35</sup> Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 221.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>37</sup> A expressão é de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 47).

<sup>38</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 81.

princípios, de matriz constitucional que orientam a compreensão do Direito Administrativo, bem como lhe conferem autonomia científica.<sup>39</sup>

Nascido sob a égide do Estado Liberal, o Direito Administrativo recebeu traços derivados do individualismo típico da época e, por outro lado, desenvolveu o seu caráter de autoridade, de supremacia sobre o indivíduo, de tal forma a limitar o exercício dos direitos individuais para permitir a consecução de fins de interesse geral.

Assim, reservado apenas para abranger o conjunto de traços característicos que tipificam o Direito Administrativo, o regime administrativo traz em si traços de autoridade, de supremacia sobre o indivíduo, com vistas à consecução de fins de interesse geral, posicionando a Administração Pública verticalmente na relação jurídico-administrativa<sup>40</sup>, “reproduz, no geral, as características do regime de Direito Público, acrescidas àquelas que o especificam dentro dele.”<sup>41</sup>

Desse modo, a construção de um regime jurídico específico para regular as relações entre Administração e administrado realizou-se na idéia de “prerrogativa e restrições”, e tornou-se um critério *per se*, antes que um meio para a realização das finalidades públicas.<sup>42</sup>

No contexto pós-Estado intervencionista, a administração Pública passou a ser o instrumental do Estado para garantir o atendimento às necessidades básicas do indivíduo, que, paulatinamente, passa a ter sua esfera privada alterada pela atuação estatal sob a égide do regime jurídico administrativo. Nesse cenário, “o direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para a consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo.”<sup>43</sup>

Especial relevância se confere à forma de regulação das relações jurídicas pactuadas pela Administração – relações jurídicas administrativas<sup>44</sup> – que, ora podem

---

<sup>39</sup> Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*, p. 37-38.

<sup>40</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 64-65.

<sup>41</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 46.

<sup>42</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, p. 3.

<sup>43</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 69.

<sup>44</sup> A relação jurídica administrativa se trava, basicamente, entre dois sujeitos, um dos quais, pelo menos, é a Administração, ou quem em nome dela atue. (Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 243).

se submeter ao regime jurídico de direito privado, ora devem se submeter ao regime jurídico de direito público, para que a Administração Pública possa cumprir seu mister de realização do bem comum.

Odete MEDAUAR destaca ainda que “(...) a dinâmica intervencionista transcendeu à publicização das medidas, para utilizar igualmente formas do Direito privado. A Administração passou a adotar esquemas privados, com a criação de entes públicos econômicos regidos pelo Direito privado e depois com a extensão de fórmulas privadas a outras áreas.”<sup>45</sup>

Apesar de a determinação do regime a ser aplicável, se público ou privado, em cada caso, ter se tornado uma questão permanente no âmbito do direito da Administração Pública,<sup>46</sup> a adoção de incidência de determinado regime jurídico nas relações jurídicas administrativas não está disponível para opção livre do administrador no desempenho de suas funções.

Nesse sentido, especificamente em se tratando da dualidade de regimes no âmbito da Administração Pública, o problema consiste em saber que tipo de normas aplicar para a solução dos casos concretos relacionadas às atividades estatais contextualizadas no Estado Social, advindas da ampliação das funções administrativas.<sup>47</sup> Todavia, como enfatiza Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, “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 por lei.”<sup>48</sup>

Assim, a escolha por um ou outro regime jurídico é determinada, em regra, pela Constituição ou pela lei, não havendo liberdade para o administrador nem mesmo ao legislador. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO adverte: “O que importa salientar é que, quando a Administração emprega modelo privatísticos, nunca é integral sua

---

<sup>45</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 172.

<sup>46</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 11.

<sup>47</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós moderno*. Belo Horizonte: Mandamento, 2003, p. 127.

<sup>48</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 64. [grifo do autor]

submissão ao direito privado; (...) a norma de direito público sempre impõe desvios ao direito comum.<sup>49</sup>

É inegável que se assiste hoje a uma aproximação entre o regime de direito público e o regime de direito privado; o que se constitui uma das prospecções para a Administração Pública contemporânea. No entanto, não está a se defender a integral submissão das relações negociais administrativas aos ditames do regime jurídico privado. Em igual pensamento, Maria João ESTORNINHO defende ser possível a circunscrição da atividade administrativa a um regime privatístico, desde que se exija da Administração “a par das normas jurídico-privadas, ter em consideração certas normas e princípios gerais do Direito Público.”<sup>50</sup>

Carlos Ari SUNDFELD, ao discorrer sobre a diferenciação desses regimes jurídicos em sede de Administração Pública, destaca que uma das principais características do regime jurídico das relações de direito público é o exercício do poder de autoridade conferido a um dos sujeitos da relação – o Estado, que desfruta de prerrogativas não disponíveis nas relações jurídicas reguladas pelo direito privado. Contudo, enfatiza que a relação jurídica de direito público no Estado Democrático de Direito moderno impõe limites aos poderes de autoridade frente ao indivíduo.<sup>51</sup>

Insta destacar que no tocante às relações Administração-cidadão, sob a qual são constituídos direitos e obrigações recíprocas à égide do regime jurídico administrativo, as garantias atribuídas às pessoas igualmente passam a assumir maior importância que as prerrogativas do Poder Público, pois, parafraseando Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO<sup>52</sup>, enquanto valor a Administração Pública é “instrumental”, enquanto a liberdade é “substancial”.

É assim que o regime jurídico administrativo “filtrado” pelo texto constitucional<sup>53</sup>, ao reger as relações Administração-cidadão, não mais encontra

---

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>50</sup> ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 160-161.

<sup>51</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 111.

<sup>52</sup> Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 47.

<sup>53</sup> Sobre o tema conferir a obra de: SCHIER, Paulo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999.

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”, “interesse coletivo”. Na relação jurídica administrativa concreta, subordinada ao regime jurídico administrativo constitucionalizado é a ponderação de princípios, bens e valores constitucionais que deverá nortear a resolução de eventuais conflitos entre Administração e cidadão.

Nessa perspectiva, na atividade de interpretar o texto normativo, o intérprete deve reconhecer os princípios que conformam determinado regime jurídico, ou seja, as noções que importam ao jurista são aquelas qualificadas pelo sistema normativo, isto é, definidas em função de um regime.<sup>54</sup> Os princípios, no Direito, trazem consigo os pensamentos norteadores do ordenamento jurídico, consistindo em enunciações normativo-valorativas que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico para sua aplicação e interação e ainda, para a elaboração de novas normas.<sup>55</sup>

Ao discorrer sobre a importância dos princípios na conformação do regime jurídico administrativo, Odete MEDAUAR ensina que por ser o Direito Administrativo um direito de elaboração recente, os princípios possibilitam a solução dos casos não previstos e conferem uma certa segurança aos cidadãos quanto à extensão de seus direitos e encargos.<sup>56</sup>

### 1.3 A PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A realização das atividades administrativas com vistas a garantir o suprimento das necessidades da sociedade, ou mesmo, a executar uma atividade ordenadora, rege-

---

<sup>54</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *op. cit.*, p. 83.

<sup>55</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 339 *apud* MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*, p. 147.

<sup>56</sup> Odete MEDAUAR, parafraseando Karl LARENZ, registra: “Os princípios revestem-se de *função positiva* ao se considerar a influência que exercem na elaboração de normas e decisões sucessivas, na atividade de interpretação e integração do direito; atuam, assim, na tarefa de criação, desenvolvimento e execução do direito e de medidas que se realiza justiça e a paz social, sua *função negativa* significa a rejeição de valores e normas que os contraiam.”<sup>56</sup> (LARENZ, Karl. *Derecho justo – fundamentos de ética jurídica*. Trad. Luiz Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985, p. 33. *apud* MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo moderno*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2002, p. 147). [grifo do autor]

se por normas e preceitos gerais que delimitam o campo de atuação estatal: são os princípios do Direito Administrativo que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico-administrativo.<sup>57</sup>

A doutrina pátria não apresenta um rol idêntico dos princípios de Direito Administrativo. Embora a Constituição de 1988 relacione explicitamente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, esse último acrescido por emenda constitucional, alguns autores extraem outros princípios implícitos do texto constitucional, ou da própria legislação infraconstitucional, ou ainda da construção jurisprudencial e doutrinária. Ainda assim, a par dessa diversidade é possível observar a existência de consenso entre os administrativistas brasileiros acerca da permeabilidade dos princípios constitucionais no âmbito do regime jurídico administrativo<sup>58</sup>, conforme se exporá a seguir.

Romeu Felipe BACELLAR FILHO afirma que toda a atividade estatal, exercida por meio da Administração Pública é irradiada pelo que denomina de “princípio geral do Bem Comum”. Segundo o autor, justamente por visar o bem comum e estar sempre delimitada pela legalidade é que a Administração submete-se a um regime jurídico próprio.<sup>59</sup> Aduz que “o regime jurídico administrativo se concretiza sob a égide, principalmente, de dois princípios próprios do direito administrativo, a *supremacia do interesse público sobre o privado*<sup>60</sup> e *indisponibilidade dos interesses públicos*.”<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo moderno*, p. 146.

<sup>58</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo moderno*, p. 148.

<sup>59</sup> Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*, p. 38.

<sup>60</sup> Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO se posiciona contrariamente à aplicação direta deste princípio afirmando que “...no Estado Democrático de Direito não há mais fundamento para sustentar-se o antigo princípio da *supremacia do interesse público*, que partia da existência de uma hierarquia automática entre categorias de interesses públicos e privados.” (Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 87 e ss.). [grifo do autor]

<sup>61</sup> Adverte, todavia, o autor: “o interesse público, como supedâneo motivador de atitude pela Administração Pública, requer a devida demonstração de sua compatibilidade com os anseios do principal destinatário das atitudes do aparelhamento estatal: o povo!” Além dos princípios enumerados, o autor apresenta de forma apartada a classificação dos Princípios Constitucionais Administrativos, alguns explícitos no art. 37, *caput* da Constituição Federal e outros implícitos, elencando os seguintes: Legalidade; Impessoalidade; Publicidade; Moralidade; Eficiência, e Motivação. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*, p. 46-55).[grifo do autor]

Celso Antônio Bandeira de MELLO elege os mesmos dois princípios como sendo determinantes para a caracterização do regime jurídico-administrativo. Enfatiza o autor que uma vez reconhecida na relação jurídica a prevalência de um dos princípios enumerados, configurar-se-á o regime jurídico administrativo. Todavia, o autor registra seu posicionamento de que a doutrina especializada ainda não arrolou e organizou os princípios básicos do regime administrativo.<sup>62</sup>

Marçal JUSTEN FILHO, igualmente, adverte a inviabilidade de se indicar todos os princípios que influenciam o Direito Administrativo, uma vez que cada situação concreta demandará a aplicação de princípios diversos, inclusive, com variação do seu peso específico e enfatiza: “tudo será avaliado e ponderado em face da situação concreta a ser considerada.”<sup>63</sup>

Por seu turno, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, ao discorrer sobre o regime jurídico administrativo, apresenta o que denomina de “Princípios da Administração Pública”<sup>64</sup>, elencando uma composição que integra, além dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular<sup>65</sup>, que considera como sendo os dois princípios fundamentais e que decorrem da bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração-, outros princípios determinantes do regime jurídico administrativo. Entretanto, integram o rol de princípios da Administração Pública proposto por DI PIETRO alguns princípios constitucionais expressos e outros integrantes de legislação infraconstitucional<sup>66</sup> que, segundo a autora, igualmente informam o Direito Administrativo. Assim, seria o

---

<sup>62</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *op. cit.*, p. 60-65.

<sup>63</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 63.

<sup>64</sup> A expressão também é adotada por Odete MEDAUAR, que assim conceitua: “Tendo em vista que as atividades da Administração Pública são disciplinadas preponderantemente pelo Direito Administrativo, tais princípios podem ser considerados também princípios jurídicos da Administração Pública brasileira.” (Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 146.)

<sup>65</sup> A autora apresenta uma ressalva afirmando que os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do direito público, sendo, no entanto, essenciais porque a partir deles se constroem todos os demais. (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 67).

<sup>66</sup> A autora faz referência à Lei do Processo Administrativo Federal (Lei n° 9.784, de 29/01/1999); Lei Federal de Licitações e Contratos (Lei n° 8.666, de 21/06/1993), e a Lei de Concessões (Lei n° 8.987, de 13/02/1995), as quais, segundo entendimento da autora, também informam, principiologicamente, o Direito Administrativo. (Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 67).

seguinte rol de princípios a regular a atuação administrativa: Legalidade; Supremacia do Interesse Público; Impessoalidade; Presunção de Legitimidade ou de Veracidade; Especialidade; Controle ou Tutela; Autotutela; Hierarquia; Continuidade do Serviço Público; Publicidade; Moralidade Administrativa; Razoabilidade e Proporcionalidade; Motivação; Eficiência; e Segurança Jurídica.<sup>67</sup>

Com pequena variação à classificação proposta por DI PIETRO, Odete MEDAUAR considera como rol de princípios da Administração Pública uma combinação a partir dos cinco princípios expressos no art. 37, *caput*, da Constituição – Legalidade; Impessoalidade; Moralidade; Publicidade e Eficiência–, com outros princípios decorrentes da elaboração doutrinária e jurisprudencial ou ainda, com os demais princípios implícitos na Constituição. Dessa forma, a autora classifica como sendo princípios da Administração os seguintes: Princípio da Preponderância do Interesse Público sobre o Interesse Particular; da Indisponibilidade do Interesse Público; da Proporcionalidade; da Continuidade; da Presunção da Legalidade e Veracidade; da Auto-Executoriedade; e da Autotutela Administrativa.<sup>68</sup>

Com efeito, embora a doutrina pátria apresente algumas variações no tocante à classificação da principiologia do Direito Administrativo, é possível observar a existência de quase consenso entre os administrativistas pátrios acerca da permeabilidade dos princípios constitucionais no âmbito do regime jurídico administrativo.

Assim é que o texto constitucional, ao dispor de forma expressa, no *caput* do art. 37, os princípios a serem observados por toda a Administração Pública no exercício da função administrativa, modifica a perspectiva de um Direito Administrativo respaldado na lei e amplia o alcance e o sentido da legalidade, bem como a consciência da inserção do Direito Administrativo no sistema constitucional.<sup>69</sup> A esse respeito, cabe destacar a advertência enunciada por Celso Antônio Bandeira de

---

<sup>67</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 66-86.

<sup>68</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo moderno*, p. 148-159.

<sup>69</sup> Cf. BACELLAR FILHO, *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 29.

MELLO quanto à árdua tarefa de definir um rol taxativo de princípios do Direito Administrativo:

Fácil é ver-se, entretanto, que inúmeros outros mereceram igualmente consagração constitucional: uns, por constarem expressamente da lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, *caput*; outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como consequência irrefragável dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo.<sup>70</sup>

Em vista dessa permeabilidade e com salutar esmero didático, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO apresenta sua principiologia do Direito Administrativo a qual denomina de *Princípios jurídicos relevantes para o Direito Administrativo*. O autor propõe uma classificação mista a partir da disposição constitucional e da abrangência de conteúdo, distinguindo cinco categorias de princípios com incidência sobre o Direito Administrativo, quais sejam: “os princípios fundamentais, os princípios gerais, os princípios de direito público, os princípios gerais do direito administrativo e os princípios setoriais de direito administrativo.”<sup>71</sup>

Dessa forma, de acordo com a proposição do autor, integram o rol dos denominados “princípios fundamentais”, os princípios que estão expressos, de forma explícita ou implícita, no Título I da Constituição Federal de 1988 (arts. 1º a 4º); destaque-se o Direito Administrativo com os seguintes princípios: “o da segurança jurídica, o republicano, o democrático, o da cidadania, o da dignidade da pessoa humana e o da participação.”<sup>72</sup>

O rol denominado pelo autor de “princípios gerais”<sup>73</sup> corresponde àqueles princípios que contêm proposições básicas que podem ser aplicadas à integralidade do sistema jurídico, excetuando-se os de conteúdo político-constitucionais e já elencados por ele como sendo “princípios fundamentais”. Dessa maneira, para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, são classificados como “princípios gerais” do Direito

---

<sup>70</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *op. cit.*, p. 86.

<sup>71</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 78.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 78-81.

<sup>73</sup> Muito embora a “teoria dos princípios jurídicos” represente tema recorrente na doutrina pátria de extrema importância, não é a pretensão deste trabalho o seu enfrentamento. Todavia, nesse sentido, confira-se, dentre outros: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Administrativo os seguintes princípios: “da legalidade, da legitimidade, da igualdade, da publicidade, da realidade, da responsabilidade, da responsividade, da sindicabilidade, da sancionabilidade e da ponderação.”<sup>74</sup>

Quanto ao rol de princípios classificados e tratados pelo autor como sendo dos “princípios de direito público”, registra que se trata daqueles princípios que informam o ramo do Direito Público e que por esse motivo representam “...o regramento jurídico da ação do Estado e de seus delegados<sup>75</sup> no cumprimento dos mandamentos constitucionais a seu cargo e os conseqüentes direitos e deveres que a ordem jurídica assina aos cidadãos.”<sup>76</sup> Assim, em consonância com a proposição do autor, integram o rol denominado de “princípios de direito público”, os seguintes princípios: “da subsidiariedade, da presunção de validade, da indisponibilidade do interesse público, do devido processo da lei, da motivação, do contraditório e da descentralização.”<sup>77</sup>

No que se refere ao rol elencado pelo autor como “princípios gerais do direito administrativo”, mesmo que o autor enfatize serem princípios típicos do Direito Administrativo, ainda que não lhe sejam exclusivos, esses princípios contêm as proposições básicas que se aplicam com preponderância às atividades da Administração Pública. O autor denomina como “princípios gerais do direito administrativo”, os seguintes princípios:

...da finalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da discricionariedade, da consensualidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da executoriedade, da

---

<sup>74</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 81-87.

<sup>75</sup> O autor adverte e esclarece que: “...afirme-se, desde logo, a impossibilidade jurídica de qualquer ação estatal ou de delegados, desvinculada do fundamento constitucional e legal que lhe possa dar suporte. Eis porque, no Estado Democrático de Direito, não há mais fundamento para sustentar-se o antigo princípio da *supremacia do interesse público*, que partia da existência de uma hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados. (...) Mas é a própria ordem jurídica que estabelece uma hierarquia axiológica *fundamental ao reconhecer a precedência natural*, apenas expressada no Texto constitucional, das *liberdades, direitos e garantias fundamentais*, excepcionalmente são temperadas pela *definição legal* de um específico interesse público que justifique limitá-las ou condicioná-las. (...) Revertendo enfaticamente os termos: *os direitos e garantias fundamentais só cedem ante uma expressa preceituação constitucional e, assim mesmo, restritamente, quando, como e onde essa supremacia se impuser.*” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 81-87) [grifo do autor]

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 88-94.

continuidade, da especialidade, o hierárquico, o monocrático, o colegiado, o disciplinar, o da eficiência<sup>78</sup>, o da economicidade e o da autotutela.<sup>79</sup>

No que se refere ao rol denominado pelo autor de “princípios setoriais do Direito Administrativo”, trata-se de princípios que são informativos específicos no Direito Administrativo, como, por exemplo, aqueles relativos aos serviços públicos, à licitação, ao procedimento administrativo, ao fomento, à atividade de polícia, aos servidores públicos e a várias outras áreas da Administração Pública. A esse respeito, o autor apresenta uma ressalva afirmando que essa relação só tende a crescer, na medida em que prossiga a tendência de distribuir-se setorialmente a administração dos interesses públicos.<sup>80</sup>

Marçal JUSTEN FILHO apresenta, para fins de sistematização, um sumário dos princípios que dão identidade ao regime de direito administrativo: “(a) a procedimentalização das competências, (b) os direitos fundamentais, (c) os princípios

---

<sup>78</sup> Acrescido no *caput* do Art. 37 da Constituição por meio da Emenda Constitucional Nº 19/1998, trata-se de um dos princípios de maior contemporaneidade no Direito Administrativo. Nesse sentido, merece registro o posicionamento de Romeu Felipe BACELLAR FILHO: “O princípio constitucional da eficiência deve ser interpretado e aplicado, observando-se o núcleo constitucional integrante das cláusulas pétreas (art. 60, §4º). Daqui emergem duas conseqüências: (i) o princípio constitucional da eficiência deve sofrer um processo contínuo de *interpretação conforme a Constituição*, a fim de evitar rupturas ou fraudes constitucionais que atentem contra a identidade da Lei Fundamental, (ii) respeitado o limite anterior, o princípio constitucional da eficiência ao interagir, principalmente, com os demais princípios constitucionais da Administração Pública – legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade – participará do mecanismo das *deslocações compreensivas* e da *ponderação* ser levada a cabo na aplicação dos princípios ao caso concreto.” [grifo do autor] (Cf. BACELLAR FILHO, *Processo administrativo disciplinar*, p. 217). No mesmo sentido, Emerson GABARDO acrescenta que segundo esta compreensão, o princípio da eficiência, ao ser erigido a status de norma constitucional, adensou sua força normativa. De toda forma, a realidade na qual se aplica o princípio deve ser observada em consonância com as demais proposições normativas do texto constitucional, sob pena de fazer prevalecer uma interpretação não compromissada com a Constituição. Assim, na tarefa de concretização conformadora da Constituição, o princípio da eficiência deve se submeter ao princípio da ótima concretização da norma. (Cf. GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 86). Em sentido contrário, Celso Antônio Bandeira de MELLO registra seu posicionamento divergente, demonstrando claramente sua insatisfação acerca da inclusão expressa no *caput* do art. 37 da Constituição. Afirma o autor que o conceito é de difícil controle jurídico, mais parecendo um “*adorno agregado*” ao artigo da Constituição, uma vez que a busca da eficiência é dever administrativo por excelência. (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 112). [grifo do autor]

<sup>79</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 94-108.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 108.

políticos, (d) os princípios sociais e (e) os princípios econômicos.”<sup>81</sup> Todavia, enfatiza que a supremacia da Constituição deve constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa. Nesse contexto, a interpretação jurídica das instituições do Direito Administrativo passa a ser submetida a uma compreensão concreta e pragmática dos valores constitucionais.<sup>82</sup>

Diante da apertada síntese dos posicionamentos dos doutrinadores pátrios apresentados, fica evidenciado que, embora existam várias classificações para os princípios do Direito Administrativo, é possível denotar que muitos princípios são derivados entre si e respectivamente complementares. O que se tem pacificado é que nenhum deles pode possuir a pretensão de exclusividade sendo que, não raro, colidem entre si e carecem de ponderação por parte do intérprete.<sup>83</sup>

Para os fins deste trabalho, apesar de o posicionamento dos demais juristas colacionados se encontra revestido de valor histórico e hermenêutico inestimável, adota-se a classificação principiológica proposta por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO e Odete MEDAUAR, em razão da pertinência com o tema desenvolvido e sua respectiva contemporaneidade. Não se pode negar a coragem desses autores em sinalizar a necessidade de mudanças de paradigmas clássicos do Direito Administrativo com vistas a torná-lo simétrico com o texto constitucional.

Com efeito, a principilogia do Direito Administrativo representa, modernamente, a opção da expressão de valores materiais irradiados pelo texto constitucional que deve condicionar a atuação de todos os poderes do Estado em busca da melhor satisfação do interesse público.

---

<sup>81</sup> O princípio do exercício procedimentalizado da competência representa a submissão a um devido procedimento por parte da Administração Pública. O princípio dos Direitos Fundamentais se constitui num conjunto insuprimível e irredutível de garantias em favor do indivíduo e oponíveis, inclusive contra o Estado. Para efeitos didáticos, considera: a dignidade, a isonomia e a liberdade. Quanto aos princípios políticos o autor considera os seguintes: a democracia republicana, a legalidade, a federação e a eficiência administrativa. No tocante aos princípios sociais o autor relaciona os seguintes: a solidariedade, a integração das categorias econômicas e das classes sociais e o respeito aos direitos sociais. Para o autor, os princípios da ordem econômica são os seguintes: o capitalismo e a propriedade privada, a livre iniciativa e a livre concorrência. (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 63-89).

<sup>82</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 14.

<sup>83</sup> CF. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 246.

#### 1.4 A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Um ordenamento jurídico constitucionalizado, conforme aduz Ricardo GUASTINI, caracteriza-se por uma constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação, a doutrina, como a jurisprudência, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais.<sup>84</sup>

Nesse cenário, a nova dogmática da interpretação constitucional envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação, associada por sua vez a um efeito expansivo das normas constitucionais permeadas de conteúdo material e axiológico, irradia-se com força normativa para a constitucionalização do direito administrativo.<sup>85</sup>

Luís Roberto BARROSO registra que mais contundente para a constitucionalização do direito administrativo foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais.<sup>86</sup> Segundo o autor, a partir da inserção do conteúdo da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais presentes na Carta Constitucional de 1988, faz-se necessário alterar a qualidade das relações entre a Administração e o cidadão, com vistas à reformulação ou até mesmo à superação dos paradigmas tradicionais, dentre os quais destaca:

(i) a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, (ii) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária e (iii) a possibilidade do controle judicial do mérito do ato administrativo.<sup>87</sup>

Nesse sentido, Luís Roberto BARROSO relaciona três circunstâncias que devem ser consideradas no âmbito da constitucionalização do direito administrativo

---

<sup>84</sup> Cf. GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Madrid: Trotta, 2005, p. 49.

<sup>85</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>86</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006, p. 69-70.

<sup>87</sup> *Id.*

que denotam a incidência do “neoconstitucionalismo”<sup>88</sup> sobre a sua estrutura e a superação de diversos paradigmas tradicionais do direito administrativo:

a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo.<sup>89</sup>

Ana Paula de BARCELLOS afirma que o prefixo *neo* intenta transmitir a idéia de que se está diante de um novo fenômeno, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diferente. Todavia, ainda que assim talvez não o seja, registra que é possível ordenar algumas características específicas do chamado “neoconstitucionalismo” em dois grupos principais: um que diz respeito à questão metodológico-formal e outro que agrupa elementos materiais.<sup>90</sup> Sobre a temática, registra:

Com efeito, a partir do momento em que valores e opções políticas transformaram-se em normas jurídicas, tornou-se indispensável desenvolver uma dogmática específica capaz de

---

<sup>88</sup> Sobre os temas “neoconstitucionalismo” e “constitucionalização do direito” confira-se, dentre outros: SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. pp. 101-135; POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 187-210; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1999; GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico – el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 49-73; FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho em tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 159-186; SANCHÍS, Luís Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Distribuciones Fontamara, 1999; FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001. p. 71-164.

<sup>89</sup> BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 69.

<sup>90</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/artigos>>. Acesso em: 09 out. 2007. Segundo a autora, no grupo que trata das questões relativas ao ponto de vista **metodológico-formal**, o constitucionalismo se assenta em três pilares fundamentais: (i) a normatividade da Constituição; (ii) a superioridade da Constituição no ordenamento jurídico; e, (iii) a centralidade da Constituição nos sistemas jurídicos que opera sobre os demais ramos do Direito que devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Já sob o ponto de vista **material**, para a autora, dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo: (i) a incorporação expressa de valores e opções políticas nos textos constitucionais que dizem respeito à promoção da dignidade da pessoa humana e dois direitos fundamentais; e, (ii) o agravamento dos conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes no interior do próprio sistema constitucional.

conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos. Esse é, sem dúvida, um dos desafios do neoconstitucionalismo.<sup>91</sup>

Para Luís Roberto BARROSO, o “neoconstitucionalismo” identifica uma ampla gama de transformações ocorridas, de forma simultânea, nas estruturas do Estado e no próprio direito constitucional; que culminou com um processo extenso e profundo da constitucionalização do Direito. Assim, registra o autor as principais mudanças ocorridas:

(i) como **marco histórico**, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como **marco filosófico**, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação do direito e ética; (iii) como **marco teórico**, o conjunto de mudanças incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.<sup>92</sup>

Clèmerson Merlin CLÉVE, por seu turno, enfatiza que para o “neoconstitucionalismo” a Constituição deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais, de tal forma que seria possível falar em direito constitucional principiológico que procura avançar na luta pela concretização dos direitos fundamentais. Segundo o autor, o “neoconstitucionalismo” impõe uma renovada visão dos direitos fundamentais, que implica uma também renovada visão de um direito constitucional que se apóia, especialmente em duas dimensões: a normativa e a metodológica.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *op. cit.*

<sup>92</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo*, p. 57.[grifo nosso]

<sup>93</sup> Cf. CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Estado Constitucional, neoconstitucionalismo e tributação*. Disponível em: <[http://www. Clevedadvogados.com.br/arquivos](http://www.Clevedadvogados.com.br/arquivos)>. Acesso em: 09 out. 2007. Sobre a **dimensão normativa** afirma o autor que essa implica no reconhecimento da abertura do direito positivo exigindo a necessária incorporação do Direito Internacional; a possível emergência de um Direito aberto à supranacionalidade; e, eventualmente, a possibilidade de se falar em um núcleo irreduzível capaz de se apresentar como uma espécie de Constituição Mundial. Na **dimensão metodológica**, a compreensão da Constituição e do Direito como sistema de regras e princípios possibilita certa plasticidade do direito constitucional. Em conferência realizada em 24/06/2008, Clèmerson Merlin CLÉVE enfatizou que o “neoconstitucionalismo” pretende superar discursos constitucionais eminentemente positivistas, propondo uma reconstrução da ciência constitucional. Um modelo de Direito Constitucional em rede, capaz de uma proposta mais adequada do Direito Constitucional por meio de intérpretes, atuação jurisdicional mais eficaz, entre outros. (Conferência Estadual dos Advogados da OAB/PR, 2007, Curitiba) [grifo nosso]

Resumindo, **o neoconstitucionalismo não é uma teoria, é um movimento**. Aliás, melhor do que um movimento: **é um momento** que implica um deslocamento das *démarches* teóricas. E por não se tratar de uma superação do positivismo, mas sim da **adição da técnica da ponderação**, falamos de pós-positivismo não como uma ‘outra coisa’, e sim como ‘algo mais’, na linha daquilo que tem definido, por exemplo, a Suprema Corte dos Estados Unidos, a Corte Constitucional Alemã e, mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal no Brasil.<sup>94</sup>

Já o constitucionalista Alfonso García FIGUEROA, ao discorrer sobre o fenômeno da constitucionalização, assim denominado o resultado de um processo de transformação do direito causado pela constituição, afirma que seria mais adequado denominar o processo de constitucionalização por “neoconstitucionalismo” com o fim de acentuar esse “novo” caráter em termos normalmente não positivistas. Ressalta que o desenvolvimento desse constitucionalismo tem influenciado a constitucionalização em seus aspectos material, estrutural, funcional e político.<sup>95</sup>

Antonio Cavalcanti MAIA aduz que a incorporação de conteúdos substantivos com a rematerialização da Lei Maior implicou uma nova forma de enfrentamento da filosofia do direito, notadamente nas relações entre Direito e Moral, bem como na criação de uma categoria para descrever, compreender e otimizar a aplicação do conteúdo normativo positivado na Constituição Cidadã.<sup>96</sup> Porém, faz questão de apontar:

Importa observar que ao discutir-se esse esforço de categorização do novo patamar do pensamento jurídico ocidental estamos lidando ainda com um debate não consolidado, vale dizer, as posições teóricas estão se rearranjando em torno do esforço de propor uma grade de intengibilidade capaz de dar conta da dinâmica jurídica do Estado constitucional contemporâneo. Não é episódico o fato de ser o título principal da obra apresentada nesse novo quadro: Neoconstitucionalismo(s). O uso do plural denota o fato de que existem duas abordagens conflitantes no esforço de dar conta de algo que já é dado como certo: a

---

<sup>94</sup> *Ibid.* [grifo nosso]

<sup>95</sup> O autor descreve que, no tocante ao aspecto material, a constitucionalização consiste na recepção pelo sistema jurídico de certas exigências da moral crítica na forma de direitos fundamentais. O aspecto estrutural diz respeito à estrutura das normas constitucionais, enquanto que o aspecto funcional se expressa por meio do tipo de argumentação que elas fomentam, salientando uma forma distinta de aplicar o direito. Em termos políticos, destaca que os demais aspectos representam importantes conseqüências na relação de força dos poderes do Estado, consistindo, principalmente, na acentuação do protagonismo desde o legislativo até o judicial. (Cf. FIGUEROA, Alfonso García. *La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2005, p. 164-167).

<sup>96</sup> Cf. MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.com.br>>. Acesso em: 09 out. 2007.

insuficiência dos modelos tradicionais – oriundos do constitucionalismo liberal – à compreensão da dinâmica jurídica hodierna.<sup>97</sup>

Insta destacar o posicionamento de Paulo Ricardo SCHIER que afirma que aquilo que a doutrina tem designado de “neoconstitucionalismo” representa muito mais um momento teórico em que os constitucionalistas tentam a superação dos modelos jurídicos positivistas e formalistas até então presentes no discurso e dogmática constitucionais. Para o autor, reflete um momento de busca de soluções mais adequadas para as questões constitucionais diante das insuficiências do modelo positivista.<sup>98</sup>

Assim, para os fins deste trabalho, alinha-se ao entendimento apresentado por Clèmerson Merlin CLÈVE, e que é seguido por Paulo Ricardo SCHIER, de que o fenômeno denominado de *neoconstitucionalismo* nada mais é do que um “movimento”, um “momento teórico” pelo qual passa o Direito Constitucional, sem que isso tenha a pretensão de se transformar em uma nova dogmática do Direito Constitucional.

Ao discorrer sobre as conseqüências da constitucionalização do direito administrativo, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO aponta que representa o ponto crucial da mudança de uma administração imperial para uma administração cidadã, que procura resgatar as duas antigas aspirações liberais contidas ao longo do tempo: a impessoalidade e a eficiência, que repousam na “constitucionalização da administração pública”.<sup>99</sup> “Essa é a busca contemporânea de uma *Constituição administrativa*, que

---

<sup>97</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos*. Sobre as duas abordagens conflitantes a que se refere o autor, *in verbis*: “Por um lado, temos o neoconstitucionalismo não positivista (em sua versão continental), exemplificado no trabalho de Robert ALEXYY (e também com algumas diferenças em Gustavo ZAGREBELSKI). Nesta vertente aposta-se, em especial no caso de ALEXYY, na reabilitação da razão prática – dimensão não reconhecida entre nossas capacidades cognitivas por parte dos teóricos positivistas – e na centralidade dos princípios constitucionais à inteligência dos sistemas jurídicos contemporâneos avançados. (...) Por outro lado, pode-se indicar uma vertente do neoconstitucionalismo alinhada com o positivismo inclusivo, assim como afirma Luis Prieto SANCHÍS (...) Tal vertente apresenta elementos comuns com importantes teóricos italianos como Paulo COMANDUCCI e Susana POZZOLO.” (Cf. MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos*.)

<sup>98</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.com.br>>. Acesso em: 09 out. 2007.

<sup>99</sup> Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 128.

desfaça seu ranço absolutista e autoritário e seja plenamente liberal e democrática, que assegure o primado do indivíduo e da sociedade...”.<sup>100</sup>

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO enfatiza que a Constituição de 1988, ao refletir uma nova ordem juspolítica, requer que o tratamento dado à Administração Pública persiga no mais elevado nível normativo, a *moralidade* (art. 37), a *participação* (art. 1º, parágrafo único), a *legitimidade* (art. 1º, *caput*) e a *eficiência* (art. 37).<sup>101</sup> E registra:

a esse refluxo do poder estatal corresponde o *pluralismo do poder* na sociedade (art. 1º, V) (...) que vem ser a *reconquista da legitimidade* (...) São essas tendências que vão modificando o *Direito Administrativo tradicional*, não mais que um *direito do Estado*, edificado na imperatividade, na desigualdade, no privilégio e na *desconfiança* entre as partes nas relações administrativas; fundado em suma, na crença quase absoluta na *coerção* como único ou primordial fator civilizatório. E são, portanto, elas que concorrem para reconstruir, neste novo século e milênio, um *renovado Direito Administrativo*, já como *direito do administrado*, inspirado na flexibilidade, na colaboração, na competição e, sobretudo, na *confiança* entre consócios de interesses e parceiros de relações abertas, na nova certeza de que a *consensualidade* desempenha papel mais importante que a coerção no progresso humano.<sup>102</sup>

Ao considerar a nova dogmática administrativa, agora constitucionalizada, é inevitável o enfrentamento dos paradigmas da clássica dogmática administrativa.<sup>103</sup> Com efeito, é indubitável que o ponto de partida da discussão se dê a partir da noção de interesse público. Historicamente, a Administração Pública, a partir da noção de um princípio de supremacia do interesse público sobre o privado, tem adotado esse princípio como balizador do exercício arbitrário da discricionariedade administrativa.<sup>104</sup>

---

<sup>100</sup> *Id.* [grifo nosso]

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 129. O autor enfatiza que a legitimidade está implícita na menção ao Estado de Direito contida no art. 1º, *caput* da Constituição Federal.

<sup>102</sup> *Id.* [grifo do autor]

<sup>103</sup> Segundo Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO: “Ênfase ao poder de império do Estado; os privilégios administrativos; a excoercedade; a atuação discricionária, a autotutela; a exclusão do administrado e outras características imperativas na formação do processo decisório e do acompanhamento das execuções.” (*Ibid.*, p. 127).

<sup>104</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 87. Marçal JUSTEN FILHO afirma que “a disciplina da discricionariedade é um dos temas centrais do direito administrativo, especialmente em vista da evolução das concepções democráticas de Estado. Não haveria necessidade da existência da discricionariedade em um Estado autoritário, em que o governante impusesse sua vontade simplesmente por ser titular do poder de fato. A afirmação de um

Inserido no contexto constitucional, a identificação do interesse que deverá prevalecer deverá ser obtida mediante uma ponderação proporcional dos interesses em conflito, conforme defende Gustavo BINENBOJM.<sup>105</sup> Enfim, percorreu-se um longo caminho para a sedimentação da compreensão finalística de Administração Pública, como instrumento constituído pelo Estado para satisfazer o bem comum.<sup>106</sup>

Propugna-se, não obstante, que o direito administrativo moderno deve perseguir novas formas de legitimação da ação administrativa na persecução do interesse público, inspirado na flexibilidade, na colaboração, na competição e, sobretudo, na confiança e ponderação entre os diversos interesses envolvidos, com o conseqüente afastamento na crença de que a coerção deva preponderar nas relações administrativas.<sup>107</sup>

---

Estado Democrático de Direito e a própria existência do direito administrativo conduzem à adoção de um instituto jurídico que venha a formalizar e adequar a autonomia das escolhas do administrador público pela supremacia do princípio da legalidade. Esse é o instituto da discricionariedade administrativa.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 153).

<sup>105</sup> Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 86.

<sup>106</sup> Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*, p. 37.

<sup>107</sup> Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 129.

## 2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO NA ORDEM CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

### 2.1 A AMPLITUDE DA CONCEITUAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

No Estado Democrático de Direito, a noção de interesse público configura medida e finalidade da função administrativa, apresentando-se como princípio legitimador dos atos no âmbito da Administração Pública.<sup>108</sup> Tal interesse a ser perseguido pela Administração não é simplesmente um somatório de interesses individuais, tampouco é um interesse próprio do Estado, muito menos se identifica com o interesse de eventuais governantes.<sup>109</sup>

O interesse público tem para o Direito um sentido próprio e especial, embora não exista um conteúdo próprio para a expressão.<sup>110</sup> Muitas vezes, a expressão é utilizada como equivalente ao bem comum, interesse geral, interesse social, interesse da lei. Não raro, costuma ser caracterizada em oposição ao interesse individual, sendo considerado como o que pertence à generalidade das pessoas.<sup>111</sup>

Celso Antônio Bandeira de MELLO registra que se trata de conceito amplo de difícil conceituação e que ao se buscar definir interesse público, normalmente se pensa em uma categoria de interesse contraposta à de interesse individual, isto é, ao interesse privado de cada pessoa; entretanto, dizer isso é muito pouco para a compreensão de seu sentido.<sup>112</sup>

Odete MEDAUAR discorre que já se tornou freqüente a utilização de expressões semelhantes, tal como, a expressão interesse geral, muito utilizada no Direito administrativo com a acepção que no direito brasileiro se atribui a interesse público. “Ora se menciona que interesse público consiste na soma dos interesses

---

<sup>108</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 186.

<sup>109</sup> Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 246.

<sup>110</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 41.

<sup>111</sup> Cf. LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 125-126.

<sup>112</sup> Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *op. cit.*, p. 50.

particulares; ora se diz que vai além dessa soma. Significaria ‘interesse específico da sociedade, distinto por sua própria essência dos interesses dos particulares’; ou soma ou elevação ao máximo de bens e serviços.”<sup>113</sup>

Nessa linha, Alice Maria Gonzales BORGES, com propriedade, define:

O interesse público, segundo a melhor doutrina, é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores. Esse interesse passa a ser público, quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, ou, pelo menos, como um querer valorativo predominante na comunidade. (...) Pois há um interesse público contido e delimitado pela Constituição e pela lei, que já corresponde à expressão positiva do bem comum. (...) Mas há também um interesse público possivelmente conflitante, que legitima a atuação da Administração Pública, somente na medida em que corresponda à expressão da vontade geral da sociedade, democraticamente expressa, positiva ou não, relativa a determinado momento.<sup>114</sup>

Sinalizando para a atualidade e pertinência dessa temática, Marçal JUSTEN FILHO aduz que “uma crítica insuperável reside em que a teoria do interesse público pressupõe a existência de um interesse público **único**, o que representa a desnaturalização da realidade social e jurídica.”<sup>115</sup>

Insta assinalar que para o Direito Administrativo a expressão possui importância vital, uma vez que será o interesse público o principal critério balizador da atividade administrativa, já que de sua definição depende a validade e legitimidade dos atos administrativos.<sup>116</sup> Essa característica levou Celso Antônio Bandeira de MELLO a afirmar que o ato administrativo que não se encontre legitimado pelo interesse público, será necessariamente inválido.<sup>117</sup>

E, nessa esteira, ainda com Celso Antônio Bandeira de MELLO:

Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a um dado interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se

---

<sup>113</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. pp. 186-187.

<sup>114</sup> BORGES, Alice Maria Gonzáles. O Interesse Público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, v. 205, p. 106-116 *apud* BORGES, Alice Maria Gonzáles. *Temas de Direito Administrativo atual: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 248.

<sup>115</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 42. [grifo do autor]

<sup>116</sup> Cf. LEMES, Selma. *op. cit.*, p. 126.

<sup>117</sup> Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *op. cit.*, p. 50.

choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção **basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais.** É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também **o depósito intertemporal destes mesmos interesses,** vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.<sup>118</sup>

Nesse aspecto, o administrativista ainda acresce que “...põe-se a nu a circunstância de que **não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado** e demais pessoas de Direito Público.”<sup>119</sup>

Contextualmente, o Estado, independentemente de ser encarregado dos interesses públicos, somente poderá defender seus próprios interesses privados quando não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, ou quando coincidam com a realização desses, que também podem ser denominados de interesses primários.<sup>120</sup>

Com efeito, foi a partir da necessidade de satisfação do interesse público, pelo Poder Público, que a doutrina administrativista construiu, dentre outros, o denominado Princípio da Supremacia do Interesse sobre o interesse privado, que, ao longo do tempo, serviu de fator e fundamento de legitimidade para o conjunto de privilégios de natureza material e processual que permeia o regime jurídico-administrativo,<sup>121</sup> bem como irradiou todas as conseqüências de sua incidência suprema no regime jurídico administrativo<sup>122</sup> Ora, a par dessa leitura, seria possível extrair que interesse privado e interesse público são de naturezas distintas e antagônicas, de forma perene retratando uma concepção dogmática que reconhece a existência de um só juízo sobre o interesse

---

<sup>118</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *op.cit.*, p. 51-52. [grifo do autor]

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 56. [grifo do autor]

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>121</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (org.) *Interesses públicos ‘versus’ interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005. p. 117-170.

<sup>122</sup> *Id.*

público e, conseqüentemente, a posição do administrado como súdito, servil e submisso, à preponderância absoluta da autotutela.<sup>123</sup>

Veja-se a clássica conceituação de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO a respeito:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a Superioridade do interesse da coletividade firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que cada um possa sentir-se garantidos e resguardados.<sup>124</sup>

O autor defende o entendimento de que o interesse público seria o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos têm enquanto membros da sociedade, adotando, portanto, uma concepção unitária de interesse público que, ao abarcar tanto uma dimensão individual quanto coletiva, em muito se aproxima da própria noção de bem comum.<sup>125</sup>

Independentemente da teoria adotada acerca do interesse público, não é possível afirmar a configuração de situações simples e homogêneas, haja vista a existência da fragmentação dos interesses, de posições subjetivas contrapostas e a variação dos arranjos entre os diferentes grupos no interior do Estado contemporâneo.<sup>126</sup>

Notadamente, em face das transformações por que passa o Estado, diante da emergência do Estado Democrático de Direito, torna-se necessário investigar 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.

Selma LEMES registra que no Direito Administrativo Contemporâneo se alterou o modo de enfocar o tema, especialmente na relação com os administrados. “O princípio da supremacia do interesse público não é disposto de cima para baixo, mas

---

<sup>123</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 103.

<sup>124</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *op. cit.*, p. 60.

<sup>125</sup> Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *op. cit.*, p. 60-61.

<sup>126</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 43.

em mão inversa, objetivando proteger os interesses dos administrados, conforme estabelecem os novos paradigmas do Direito Administrativo Contemporâneo.”<sup>127</sup>

Colocando em evidência tal aspecto, Belmiro Valverde Jobim CASTOR registra que “alegações vagas de ‘interesse público’, ‘justiça social’, ‘repartição de sacrifícios’ são insuficientes para se exigir, de algumas camadas mais desprotegidas, sacrifícios desproporcionais ou a abdicação de direitos fundamentais.”<sup>128</sup>

A Administração Pública, no cumprimento de suas atribuições, deve perseguir a proteção dos interesses dos cidadãos e ao melhor cumprimento dos fins da Administração significa afirmar que o interesse público é melhor atendido quando também se consideram os interesses dos particulares.

Eis as razões pelas quais Sabino CASSESE afirma que a natureza pública de uma Administração reside no que denomina de “elemento interno” da Administração, referindo-se à forma em que aparece regulada a sua função e no tipo de disciplina em que se encontram submetidos os seus fins. Para o autor, “os interesses públicos representam um fim, indicado pela norma, que deve ser necessariamente perseguido.”<sup>129</sup>

Nesse sentido, em vista da amplitude das conceituações possíveis para a expressão interesse público, seria possível concluir que elas representam a exigência da satisfação das necessidades coletivas e que determinam que a Administração na prossecução do interesse público, dos fins de interesses gerais, adote em cada caso concreto a melhor solução possível do ponto de vista administrativo em consonância com o princípio constitucional da eficiência.

Conforme aduz Gustavo Justino de OLIVEIRA, o dever de conter os conflitos retrata, por isso mesmo, o dever do Estado de repensar o seu papel e seus objetivos em relação à sociedade, assim como no dever de repensar a sua presença e a sua ação,

---

<sup>127</sup> LEMES, Selma. *op. cit.*, p. 126.

<sup>128</sup> CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. *O Brasil não é para amadores: Estado, governo e democracia na terra do jeitinho*. 2. ed. Curitiba: Travessa Editores, 2004, p. 181.

<sup>129</sup> CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994, p. 44.

buscando a salvaguarda dos direitos dos cidadãos e da sociedade na persecução das necessidades coletivas.<sup>130</sup>

Desponta nítido, pois, o dever da boa Administração Pública, nos moldes preconizados por Juarez FREITAS,<sup>131</sup> cuja temática, à luz dos ditames constitucionais, desafia reflexões e está a propor significativas alterações na tratativa costumeira entre Administração e cidadão.

Em se tratando ainda da delimitação da expressão interesse público, faz-se necessária uma aproximação acerca da clássica classificação doutrinária do interesse público para o fim de demonstrar que no modelo de Estado em que a Constituição alcança primazia qualificadora, no caráter prevalente dos genéricos e clássicos fins estatais há a necessidade de conciliar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais<sup>132</sup> com o caráter objetivo dos fins do Estado.

## 2.2 A CLASSIFICAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO SEGUNDO A SUA NATUREZA: O INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E O INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO

A doutrina administrativista brasileira costuma classificar os interesses públicos em “primários” (originários) e “secundários” (instrumentais ou derivados). De acordo com essa classificação, os interesses públicos primários são indisponíveis e os interesses públicos secundários possuem natureza instrumental, existindo para

---

<sup>130</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Cotinho. (coords.) *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 307-330.

<sup>131</sup> Cf. FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>132</sup> Sobre a temática da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, muito embora não seja objeto deste trabalho, recomenda-se, dentre outros: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002, p. 173-266.; BOCKENFORD, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 95-138; OTTO Y PARDO, Ignacio de. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Civitas, 1998, p. 95-170; CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 215-287; SANCHÍS, Luís Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 217-260; ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodriguez. *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Granada: Comares, 1996, p. 121-236.

operacionalizar aqueles, com características patrimoniais e que, por esse motivo são disponíveis.<sup>133</sup>

Selma LEMES afirma que na proteção e prossecução do interesse público, o Estado atua de duas formas distintas: ou age como Poder Público como órgão governativo do Estado no desempenho de funções, quando então, nesta órbita, o interesse público é classificado como primário ou originário; ou quando o Estado age como Administração, no desempenho da função administrativa adota e operacionaliza as diretrizes dos órgãos governativos na prossecução do interesse público derivado.<sup>134</sup>

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, por seu turno, prefere classificar a Administração Pública sob o que denomina de “natureza dos interesses”, em administração “extroversa”<sup>135</sup> e “introversa”<sup>136</sup>. Segundo o autor, para que o Estado possa servir de forma adequada à sociedade é necessário identificar quais “interesses” deverão ser por ele satisfeitos. Tais interesses são qualificados como interesses públicos que passam a ser denominados de interesses públicos primários ou interesses públicos secundários e que podem ser diferenciados por meio da função desempenhada pelo Estado. Nesse sentido, de acordo com o entendimento do autor, as funções desempenhadas pelo Estado podem ser classificadas de “atividades-fim” e “atividades-meio”, sendo que as primeiras se referem às funções desempenhadas pelo Estado com vistas à satisfação dos interesses públicos primários e que dizem respeito às próprias necessidades da sociedade. Consoante o autor, pelo fato de estarem relacionadas aos administrados, referem-se ao que denomina de Administração Pública externa. Já as “atividades-meio”, para o autor, servem para operacionalizar os

---

<sup>133</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito administrativo*, p. 225-226.

<sup>134</sup> LEMES, Selma. *op. cit.*, p. 130.

<sup>135</sup> Segundo Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, a Administração Pública extroversa caracteriza as funções desempenhadas pelo Estado e seus delegados para a satisfação dos interesses públicos primários, que se referem às necessidades da própria sociedade que, por se referirem diretamente aos administrados, conformam a administração pública externa, ou extroversa. (Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 116).

<sup>136</sup> Segundo Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, a Administração Pública introversa compreende a gestão de pessoal, de bens e de serviços internos dos entes públicos, que possui uma classe de interesses próprios institucionais denominada de interesses públicos secundários, ou interesses instrumentais, que por se referirem à gestão interna de seu pessoal, de seus atos e de seus serviços, conformam a administração pública interna, ou introversa. (Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 116).

interesses institucionais do Estado, referentes aos seus atos, pessoas, serviços, entre outros, destinando-se, portanto, à satisfação dos interesses públicos secundários ou instrumentais e conformam-se ao que denomina de Administração Pública Interna.<sup>137</sup>

De acordo com esse entendimento, denota-se que o Estado para atingir as suas atividades-fim, tutela interesses extremamente relevantes para a sociedade, uma vez que estão relacionados ao bem-estar, saúde, segurança e que o ordenamento jurídico os classifica de integrantes ao interesse público e, por esse motivo, são considerados supremos e indisponíveis. A indisponibilidade pressupõe a inegociabilidade, todavia, apesar de ser regra, comporta relativização que somente pode ocorrer por vias políticas e na forma legal.<sup>138</sup>

Por outro lado, de acordo com Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, para executar as atividades-meio, a indisponibilidade, em regra, é relativa, admitindo negociação e recaindo sobre os “interesses públicos derivados”. Para atuar nessa esfera, de acordo com o entendimento do autor, a Administração demanda autorização constitucional genérica, inserida no artigo 18 e artigo. 37, *caput* da Constituição Federal e, às vezes, autorização legal como é o caso, por exemplo, do art. 49, incisos I, XVI e XVII da CF.<sup>139</sup>

Romeu Felipe BACELLAR FILHO apresenta a lição de Renato ALESSI, segundo o qual o interesse público secundário é acessório em relação ao interesse público primário, que é o principal. Confira-se:

Com efeito, Renato Alessi não ignora a existência de um interesse secundário, próprio do aparato administrativo. Todavia, o interesse secundário somente pode ser o norte do exercício da função administrativa quando coincidente, e na fronteira desta coincidência, com o interesse coletivo ou interesse público primário. Fixa, portanto, com a noção de interesse secundário a acessoriedade e, mais ainda, a subordinação do interesse da Administração *enquanto tal* ao interesse da Administração *enquanto representante da coletividade*. Renato Alessi defende também que o interesse secundário do aparato pode facilmente chocar-se com o interesse primário (da coletividade). Daí a necessidade de instrumentos que garantam o vínculo entre ação administrativa e realização do interesse público primário.<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 115-116.

<sup>138</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito administrativo*, p. 226.

<sup>139</sup> *Id.*

<sup>140</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 43. O autor, para fundamentar seu posicionamento, faz referência à

Colocando em evidência seu posicionamento, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, define:

..são disponíveis, nesta linha, todos os interesses e direitos deles derivados que tenham expressão **patrimonial**, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise dotar a Administração ou os seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.<sup>141</sup>

Sobre a temática pode-se ainda invocar a distinção entre atos de império, que são indisponíveis e os atos de gestão, em que se encontra ampla margem para negociação. Nesse sentido, inclusive se posicionou o Supremo Tribunal Federal ao decidir sobre a constitucionalidade da arbitragem na área contratual administrativa, em cujo aresto restou evidente que a vedação apenas se dá quando o Estado age como Poder Público.<sup>142</sup>

Nessa linha, distingue-se o “Estado-ordenamento” do “Estado-aparato”, no qual a Administração atua vinculada pelo mesmo regramento que vincula o particular, sendo que ambos – Estado e Particular– estão submetidos ao Estado-ordenamento.<sup>143</sup>

Sob o tema, conferir a análise de Selma LEMES:

Após essas considerações, pode-se aferir que disponibilidade de direitos patrimoniais não se confunde com indisponibilidade de interesse público. Destarte, como verificado, indisponível é o interesse público primário, não o interesse da Administração. (...) A disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais não encontra correlação com a disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público...

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO enfatiza que “a única justificação do poder do Estado e do seu exercício não pode ser outra que a sua destinação social no

seguinte obra: ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo: i soggetti attivi e l' esplicazione della funzione amministrativa*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978. t. 1. p. 226-227.

<sup>141</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 218, jul./set. 1997. [grifo do autor]

<sup>142</sup> LEMES, Selma. *op. cit.*, p. 133. A autora se refere ao Agravo de Instrumento n. 52.181 – GB, RTJ 68/382, referente ao precedente jurisprudencial do Espólio de Henrique e Renaud Lage.

<sup>143</sup> GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. *RDBA* 18:395/405, out./dez/ 2002. *apud* LEMES, Selma. *op. cit.*, p. 133.

prosseguimento do interesse público. O exercício em contrário ou mesmo estranho a essa destinação será abuso ou desvio do poder a ele confinado.”<sup>144</sup>

Marçal JUSTEN FILHO, sob a questão, assim se posiciona:

É necessário investigar a natureza dos valores e das necessidades envolvidas. A distinção entre público e privado se assenta não numa questão puramente econômica ou técnica. O núcleo da distinção apresenta natureza ética. Há demandas diretamente relacionadas à realização de princípios e valores fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana. (...) 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.<sup>145</sup>

A Constituição brasileira dispõe de forma expressa acerca da indisponibilidade absoluta de alguns bens. É o caso, por exemplo, da disposição contida no art. 225 do texto constitucional que estabelece que o meio ambiente, bem de uso comum do povo, é absolutamente indisponível. Qualificadas como de interesse difuso, as questões afeitas ao meio ambiente tendem a ser absolutamente indisponíveis, e que, por isso mesmo, afastariam a possibilidade de transações administrativas. Entretanto, mesmo diante da restrição inconstitucional, podem existir situações em que a possibilidade de transação é autorizada por lei, relativizando-se, por consequência, a indisponibilidade do bem.

Consoante Onofre Alves BATISTA JÚNIOR:

...quanto ao meio ambiente, por exemplo, a experiência provou que a disposição do responsável pelo dano de se adequar às exigências da lei ou de satisfazer integralmente o dano acaba por atender, finalisticamente, aquilo que seria de se buscar ou já se está postulando na via judicial. Poucos valores metaindividuais têm caráter tão indisponível quanto ao meio ambiente, a ponto da Constituição Federal prever que as condutas lesivas acarretam sanções civis, penais e administrativas (§ 3º do art. 225). No entanto, nas ações envolvendo danos ao ecossistema na zona costeira, permitem-se os acordos judiciais, nos exatos termos do parágrafo único do art. 7º da Lei nº 7.661/88, **na evidência de que os termos ‘indisponível’ e ‘transação’ não são incompatíveis.**<sup>146</sup>

---

<sup>144</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4. ed. ver. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 19.

<sup>145</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 43. [grifo do autor]

<sup>146</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígio e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 518-519. [grifo nosso]

Diga-se ainda, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça vem sedimentando jurisprudência de suma importância para a distinção quanto aos interesses públicos primários e indisponíveis e os interesses públicos secundários, patrimoniais e, portanto, disponíveis.<sup>147</sup>

A princípio, interesses indisponíveis não comportam transação. Todavia, mesmo interesses absolutamente indisponíveis por determinação constitucional admitam a possibilidade de transação parcial, desde que o objeto do acordo diga respeito a aspectos adjacentes da questão central, como no caso do meio ambiente em que o Termo de Ajustamento de Conduta confere a possibilidade de celebração de transação, no caso de questões familiares referentes a alimentos – inicialmente indisponíveis porque irrenunciáveis– que admite transação entre as partes, nas questões do direito à honra ou à própria imagem – direito fundamental reconhecido pelo art. 5º, inciso X da Constituição– em que as consequências patrimoniais da violação podem ser objeto de transação.<sup>148</sup>

De todo o exposto, demonstra-se que, hodiernamente, tanto a definição do interesse público, sua respectiva indisponibilidade, ou quanto a eventual supremacia sobre quaisquer outros interesses, igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico constitucionalizado, tais como as liberdades, os direitos e garantias fundamentais, passam a depender de análise fundamentada e ponderada em cada caso concreto, afirmando-se, desde logo, a impossibilidade jurídica de qualquer ação estatal desvinculada do fundamento constitucional e legal que possa lhe dar sustentação.

---

<sup>147</sup> A título de exemplo confira-se: REsp 303.806-RO, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 22/03/2005. REsp 490.726-SC, 1ª Turma, Ministro Relator Teori Albino Zavascki, julgado em 21/03/2005. Resp 28.110-MS, 1ª Turma, Ministro Relator Garcia Vieira. Resp 327.285-DF, Ministro Relator Ruy Rodado de Aguiar, julgado em 18/03/2002.

<sup>148</sup> Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 519-520.

### 2.3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA: DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR AO DEVER DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES ENVOLVIDOS

A compreensão da Constituição como sistema leva ao entendimento de que os interesses públicos e privados equiparam-se, sendo ambos reconhecidos em condição de igualdade. Ou seja, no mesmo patamar de hierarquia. Todavia, em determinadas situações, como resultado de ponderação de princípios e direitos em abstrato, a Constituição reconhece a prevalência (jamais supremacia) de alguns interesses públicos, sem, contudo, autorizar a extração de um princípio geral de supremacia do interesse público sobre o privado. Ora, tal entendimento não poderia justificar a prevalência de direitos, liberdades e garantias individuais perante o Estado, como parece ser a regra. *“Desse modo, a ponderação constitucional prévia em favor dos interesses públicos é antes uma exceção a um princípio geral implícito de Direito Público.”*<sup>149</sup>

Paulo Ricardo SCHIER afirma que na produção teórica do Direito Administrativo nacional tem ocorrido a prevalência de certas idéias fundantes do regime jurídico-administrativo tendenciosas a justificar a emergência de manipulações discursivas negadoras dos direitos fundamentais e do seu regime jurídico-constitucional. Refere-se, em concreto, à supremacia do interesse público sobre o privado, questionando se tal princípio representa um verdadeiro princípio geral de Direito Público.<sup>150</sup>

Com efeito, a *práxis* administrativa tem erigido o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular a uma espécie de cláusula geral de restrição dos

---

<sup>149</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. (org.) *Interesses públicos ‘versus’ interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora. 2005, pp. 217-246. [grifo do autor]

<sup>150</sup> Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais*, p. 217-218.

direitos fundamentais, possibilitando a emergência de uma política autoritária na qual os direitos e garantias individuais devem sempre ceder aos interesses estatais.<sup>151</sup>

Entretanto, a atual concepção de Constituição possui um fundamento humanista, razão pela qual qualquer forma de regulação estatal não comprometida com a proteção de um núcleo de direitos fundamentais, em que se inclui o ser humano e o cidadão, não pode ser reconhecida como Constituição. Ora, é a partir dos direitos fundamentais que se deve compreender uma Constituição, pois são esses direitos que justificam a criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder.<sup>152</sup>

Nesse contexto, SCHIER afirma que para a análise da restrição de direitos fundamentais imposta pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o particular importa compreender o *topos* da inexistência de uma cláusula geral de restrição de direitos, liberdades e garantias fundamentais. Para tanto, apresenta uma abordagem do princípio da separação dos poderes, destacando que o legislador possui um campo de liberdade conformadora que, todavia, não pode negar a Constituição, razão pela qual também não existe uma cláusula geral de restrição de direitos fundamentais, pois do contrário eles substanciariam benesses políticas do parlamento e se condicionariam às suas oscilações. “Assim, os direitos, liberdades e garantias fundamentais não são compreendidos como ‘*concessões*’ estatais e nem tampouco podem ser vistos como um ‘*resto*’ de direitos que só podem ser afirmados quando não estejam presentes outros interesses mais ‘*nobres*’, quais sejam, os públicos.”<sup>153</sup>

Em consonância com os valores irradiados pela Carta, é indubitável que os direitos fundamentais privados devem integrar a própria noção de interesse público, na exata lição proposta por SCHIER. Dessa maneira, é correta a afirmação do autor de que a função da unificação política possui o sentido de pluralidade, de coexistência de diferenças, de interesses diversos como o público e o privado, ora em harmonia, ora em conflito, quando então o sentido democrático da Constituição não deve optar pela

---

<sup>151</sup> *Id.*

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 221-222.

<sup>153</sup> SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitución*, p. 16. *apud. Ibid.*, p. 228. [grifo do autor]

prevalência de um ou de outro, mas deve solucionar os eventuais conflitos de interesses na dimensão concreta.<sup>154</sup>

Quando a Lei Fundamental opta pela predominância do público sobre o privado – art. 5º, XXV–, ou do privado sobre o público –art. 5º, XI ou XII–, toma essa atitude como técnica de solução prévia de colisão de direitos fundamentais. Por outro lado, quando a solução não é dada previamente pelo texto constitucional, a concepção de unidade impede que exista uma resposta pronta em favor desse ou daquele, repudiando a solução dada por alguns por uma absoluta hierarquia do interesse público sobre o privado.<sup>155</sup>

No universo de relações sociais em que atua o Direito constitucionalizado a regra deve ser sempre da unidade de interesses públicos e privados, sem contradição, negação ou exclusão. Porém, antes de tudo, de harmonização. Desse modo, quando a Constituição não fornece resposta de qual interesse deva prevalecer no caso concreto, deverá ser feita uma análise dos programas e âmbitos normativos de cada preceito em conflito, reportando-se à ponderação, sem qualquer prevalência prévia ou critério predeterminado<sup>156</sup>. Nesse cenário, o que deve se reconhecer previamente é a prevalência, jamais supremacia, de alguns interesses públicos sobre o privado.

Admitir-se a plena supremacia, segundo SCHIER, significa erigir o comando a uma espécie de cláusula geral de restrição de direitos fundamentais. Assim, assevera o autor que “*o que se questiona, logo, não é o conteúdo mas, sim, a forma: a*

---

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 231.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 232.

<sup>156</sup> Sobre o modelo constitucional da ponderação, conferir dentre outros: SILVA, Luís Vergílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo: Tese para cátedra/USP, 2005; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997; HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991; MÜELLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; MALISKA, Marcos Augusto. A concretização dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Reflexões sobre a complexidade do tema e o papel da jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (coords.) *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 547-558.

*entronização do interesse público num pretense patamar hierárquico superior àquele ocupado pelos direitos e liberdades individuais.”*<sup>157</sup>

Cuida-se, em suma, da aplicação da técnica da ponderação como forma de controle da discricionariedade administrativa visando à aferição do interesse público prevalente no caso concreto, bem como as conseqüências que ele produzirá sobre os interesses dos membros da sociedade.

Humberto ÁVILA, igualmente, reconhece que há severa tendência para o entendimento da forma presumida da supremacia do princípio do interesse público sobre o particular de forma abstrata em nosso ordenamento jurídico.<sup>158</sup> Aduz que o próprio conteúdo normativo do princípio já pressupõe a possibilidade de conflito entre o interesse público e o particular e que o dito ‘princípio da supremacia’ apenas deveria representar uma ‘regra de preferência’ a ser valorada no caso concreto, tendo em vista que tanto o interesse privado quanto o interesse público estão instituídos na Constituição brasileira e que os “elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado”.<sup>159</sup>

Humberto ÁVILA registra importante posicionamento de Robert ALEXYY, *in verbis*:

Essa relação de tensão não poderia ser resolvida no sentido de uma absoluta prevalência de uma dessas obrigações do Estado, nenhuma dessas obrigações ganha diretamente a prevalência. O conflito deve ser resolvido, muito mais, por meio de uma ponderação entre interesses conflitantes.<sup>160</sup>

Não obstante, pela insistência com que protege a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal a Constituição

---

<sup>157</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Cadernos da escola de direito e relações internacionais das faculdades do Brasil*, Curitiba, v. 2, p. 55-72, jan./jun. 2003, p. 56. [grifo do autor]

<sup>158</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel. (org.) *Interesses públicos ‘versus’ interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 171-216.

<sup>159</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>160</sup> ALEXYY, Robert. *Theorie des Grundrecht*. 2.ed. Frankfurt am Main, 1994, p. 80. *apud. Ibid.*, p. 185.

brasileira retrata claramente que, muito mais do que qualquer outra, é uma Constituição cidadã.

Nesse sentido, Humberto ÁVILA coloca que sob iguais condições ou no caso de dúvida, deve ser dada prioridade aos interesses privados, tendo em vista o caráter fundamental que eles assumem no Direito Constitucional, criando um *ônus de argumentação* em favor dos interesses privados e em prejuízo dos bens coletivos,<sup>161</sup> e registra: “Uma norma de preferência só pode ser uma norma individual e concreta, algo bem diverso de uma tendência abstrata. Trata-se, em verdade, de um dogma sem qualquer referibilidade à Constituição vigente.”<sup>162</sup>

Eis porque Humberto ÁVILA assevera que o interesse público deve ser determinável do ponto de vista normativo e objetivo, mesmo no caso concreto, sob pena de ser insustentável uma supremacia intersubjetivamente controlável.<sup>163</sup> Alerta o autor que, inclusive, os interesses públicos devem ainda ser ponderados entre si, pois podem se apresentar em condições de conflito interno.<sup>164</sup>

Por outro lado, registra que não se está a negar a importância jurídica do interesse público, sendo que o que deve estar esclarecido é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva no caso concreto, deve existir uma ponderação que justifique a medida de restrição dos interesses privados. Essa ponderação será destinada a atribuir a máxima realização aos interesses envolvidos e será o critério decisivo para a atuação do Poder Público. Segundo o autor, sem a delimitação desse critério não há que se referir acerca da supremacia do interesse público sobre o particular.<sup>165</sup>

Sobre a temática, imperioso observar a advertência de Alexandre Santos de ARAGÃO:

Não que o Poder Judiciário ou a Administração Pública devam desconsiderar em seu mister o “interesse público”. Mas uma coisa é “considerar” para efeito de ponderação os interesses públicos, estatais e/ou sociais, outra é partir para o pressuposto de que sempre deva

---

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 202.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 207.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 208.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 215.

prevalecer sobre quaisquer interesses privados, mesmo quando já haja regra constitucional específica dirimindo o conflito entre eles.<sup>166</sup>

Marçal JUSTEN FILHO registra que, freqüentemente, os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público são utilizados, para justificar atos incompatíveis com a ordem constitucional democrática, o que dá margem a arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais.”<sup>167</sup> Destaca que a desvinculação do interesse público de qualquer interesse individual concreto revela o germe do autoritarismo, que decorre da dificuldade de se identificar o que denomina de “*interesse da sociedade*”.<sup>168</sup> Aduz o ilustre administrativista que:

Uma das características do Estado contemporâneo é a fragmentação dos interesses, a afirmação conjunta de posições subjetivas contrapostas e a variação de arranjos entre diferentes grupos. Nesse contexto, a utilização do conceito de interesse público tem de fazer-se com cautela, diante da pluralidade e contrariedade entre os interesses dos diferentes integrantes da sociedade. (...) Na sociedade moderna, há uma pluralidade de sujeitos, com interesses contrapostos e distintos.<sup>169</sup>

Ao se posicionar acerca da necessidade de se investigar a natureza dos valores e das necessidades envolvidas no caso concreto, uma vez que o núcleo da distinção entre público e privado apresenta natureza ética, Marçal JUSTEN FILHO leciona: “há demandas diretamente relacionadas à realização de princípios e valores fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana.”<sup>170</sup> Para o autor, o ponto fundamental é a questão ética, a configuração de um direito fundamental, para que a atuação do Poder Público passa a ser subordinada a um critério que é anterior à própria supremacia do interesse público, mormente de conteúdo obscuro. “Trata-se da *supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais*.”<sup>171</sup>

---

<sup>166</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel. (org.) *Interesses públicos ‘versus’ interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007, p. 5.

<sup>167</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 35-36.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>170</sup> *Id.*

<sup>171</sup> *Ibid.*, p.45. [grifo do autor]

Luís Roberto BARROSO acrescenta que em um ambiente que possibilite o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética.<sup>172</sup> Todavia, ainda que de forma coerente com os posicionamentos de SCHIER e ÁVILA, o autor chama a atenção para a observância da necessária distinção entre o interesse público primário e secundário<sup>173</sup>.

Ressalva que o interesse público primário consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, haverá de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional democrático porque não é passível de ponderação, uma vez que, segundo seu entendimento, é o próprio parâmetro da ponderação.<sup>174</sup> Aduz o constitucionalista: “Em suma: 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.”<sup>175</sup>

Nesse aspecto, Gustavo BINENBOJM afirma que a definição do que seja interesse público e de sua pretensa supremacia sobre os interesses privados passa, na ordem constitucionalizada, a depender de juízos de ponderação proporcional entre direitos fundamentais e demais valores e interesses “metaindividuais” constitucionalmente consagrados.<sup>176</sup>

Em igual pensamento, Gustavo BINENBOJM enfatiza que a propalada supremacia do interesse público sobre o particular, do ponto de vista teórico, é inconsistente com a sistemática constitucional cidadã, comprometida precipuamente com a promoção dos direitos individuais e orientada sob o influxo da dignidade da

---

<sup>172</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. 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.

<sup>173</sup> Sobre a classificação doutrinária de interesse público primário e interesse público secundário citam-se, entre outros: MELLO, Celso Antonio Bandeira. *op. cit.*, p. 57.; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 429 e ss.

<sup>174</sup> BARROSO, Luís Roberto. O estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel. (org.) *Interesses públicos ‘versus’ interesses privados*, prefácio.

<sup>175</sup> *Id.*

<sup>176</sup> Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, p. 128.

pessoa humana. Assim, defende a tese de que há a necessidade de se estabelecer efetiva proteção aos interesses dos indivíduos quando ameaçados pelos interesses gerais promovidos pelo Estado.<sup>177</sup>

Com efeito, observa Gustavo BINENBOJM que a partir de parâmetros substantivos erigidos pela Constituição, a identificação do interesse que haverá de prevalecer deverá ser feita mediante uma “ponderação proporcional” dos interesses em conflito, elegíveis no caso concreto.<sup>178</sup> E enfatiza:

Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um **Estado de ponderação**, que se legitima pelo reconhecimento da necessidade de proteger e promover, **ponderada e razoavelmente**, tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade. O que se chamará interesse público é o resultado final desse jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial de interesses individuais.<sup>179</sup>

Adotada a premissa, tem-se que a atuação do Poder Público não pode ser explicada a partir de um postulado de supremacia, mas de proporcionalidade que exige, em primeiro lugar, que a medida adotada se constitua em meio adequado ou idôneo à finalidade almejada.<sup>180</sup> Em outras palavras, significa dizer que o administrador público deverá interpretar o “sistema de ponderações” estabelecido na Constituição e na lei, realizando juízo ponderativo e guiando-se pelo dever de proporcionalidade.

Cabe aqui mencionar que ainda quando a Constituição ou a lei não houverem exauridos os juízos possíveis de ponderação, deverá a Administração ponderar entre os interesses públicos e privados envolvidos no caso concreto, buscando alcançar a solução ótima para a máxima realização dos interesses envolvidos.<sup>181</sup> Conforme aduz Gustavo BINENBOJM, “Como resultado de tal raciocínio de ponderação, tem-se

---

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 141.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>179</sup> *Id.* [grifo do autor]

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 129.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 105.

aquilo que se poderia chamar de **melhor interesse público**, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública.”<sup>182</sup>

Em uma ordem constitucionalizada e orientada à promoção dos direitos fundamentais, a solução constitucionalmente mais correta não é necessariamente que dê sempre prevalência a determinado interesse pontual quando em colisão com outros bens constitucionais. Qualquer valor constitucional aspira à sua maior realização possível e, se invocável no caso concreto, deve ser tido em conta pelo intérprete, não havendo espaço para qualquer presunção seletiva.

Por sua vez, sobre a temática, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, com propriedade define:

...o conceito de **direitos fundamentais** foi o fator determinante na promoção do reequilíbrio das relações entre sociedade e Estado no direito contemporâneo (...) que desfrutamos neste século XXI, o **primado dos direitos fundamentais**, sem espaço para o arbítrio ou imposições políticas, por mais justificadas que se apresentem..<sup>183</sup>

Para o autor, foi a reintrodução de uma ordem de valores como alicerce constitucional que exigiu a redefinição radical da estrutura jurídica das novas relações entre sociedade e Estado, de tal forma a constitucionalizar muitos dos institutos do Direito Administrativo, “...tudo com imensas vantagens para o *cidadão* e para o conjunto da *sociedade*...”.<sup>184</sup> Ratifica, portanto, os posicionamentos dos doutrinadores colacionados, de que a nova concepção estatal não se coaduna com a arbitrariedade e imposições unilaterais de interesses ditos como públicos. A Constituição de 1988 dispõe ainda que a execução da administração dos interesses públicos não é mais monopólio do Estado, embora permaneça sob sua competência a definição e regulação de seu regime.<sup>185</sup>

---

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 106. [grifo do autor]

<sup>183</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito público*. Renovar: 2006, p. 64-65.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 67. [grifo do autor]

<sup>185</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 125.

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO apresenta uma distinção ímpar entre o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade, ambos importantes para a técnica de ponderação. Segundo festejado jurista:

na perquirição da *razoabilidade* não se trata de compatibilizar *causa* e *efeito*, estabelecendo uma relação *racional*, mas de compatibilizar *interesses e razões*, o que vem a ser o estabelecimento de uma relação *razoável*. (...) Assim que a aplicação do *princípio da razoabilidade* visa afastar o arbítrio que decorrerá da *desadequação* entre meios e fins, da *desnecessidade* de meios para atingir afins e da *desproporcionalidade* entre meios empregados e os fins a serem alcançados. (...) Compreendida na razoabilidade está a *proporcionalidade*, exigente do equilíbrio *justo* entre os meios empregados, ainda que legais, e os fins públicos a serem alcançados, e que tanto pode ser tomada como um princípio autônomo, como considerada como um requisito de razoabilidade. (...) O *princípio da proporcionalidade* (...) prescreve, especificamente, *o justo equilíbrio entre os sacrifícios e os benefícios resultantes da ação do Estado*.<sup>186</sup>

Nesse diapasão, em sua concepção contemporânea, o Estado passa a ser instrumento para a realização do indivíduo e da sociedade. Nesse aspecto, é digna de registro a ênfase conferida por Clèmerson Mérlin CLEVE, ao afirmar que a pessoa é o fim, e que o Estado nada mais é do que um meio para a garantia e promoção de seus direitos fundamentais, *in verbis*:

... o Estado é uma realidade instrumental (...). Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando.<sup>187</sup>

A par das considerações expostas, é indubitável que qualquer juízo de prevalência que envolva o conceito de interesse público deva ser reconduzido ao sistema constitucional, uma vez que os interesses não podem mais ser justificados à luz de uma regra absoluta de prevalência *a priori* dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais, sob a luz da Carta.

Para estimular a reflexão e dirimir posicionamentos contrários Gustavo BINENBOJM indaga: “Como enquadrar um princípio de supremacia do interesse

---

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 101. [grifo do autor]

<sup>187</sup> CLEVE, Clèmerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388.

público sobre os interesses particulares em um ambiente reconstitucionalizado, no qual se proclama a centralidade, não do Estado ou da sociedade, mas do sistema de direitos fundamentais?”<sup>188</sup>

Conforme assevera Juarez FREITAS, “o princípio do interesse público exige a simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais.”<sup>189</sup>

Por derradeiro, impõe-se fazer menção que uma das características do Estado contemporâneo é a fragmentação dos interesses, devendo-se, portanto, diante da pluralidade e contrariedade entre os interesses dos diferentes integrantes da sociedade, utilizar o conceito de interesse público com cautela. Não sem razão, tal situação levou Sabino CASSESE a afirmar que “**não existe interesse público, mas os interesses públicos, no plural.**”<sup>190</sup>

Assim, alude-se que é necessário alavancar a revisão de pressupostos e formas de abordagem do Direito Administrativo a reivindicar o respeito às fronteiras de atuação do Estado e seus órgãos que não podem invocar em vão o interesse público, sob pena de violação expressa ao texto constitucional.

Nesse cenário, são necessários novos programas e propostas para a atividade administrativa que deve ser norteadas para a efetivação dos direitos fundamentais e a salvaguarda dos procedimentos democráticos.

#### 2.4 A PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA COMO FORMA DE DENSIFICAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA

Ao longo do texto constitucional, avanços foram consagrados com o intuito de democratizar a atuação administrativa estatal. Alguns de forma expressa, outros de

---

<sup>188</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, p. 2.

<sup>189</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36.

<sup>190</sup> CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. Torino: Einaudi, 1991, p. 238. *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 43. [grifo nosso]

maneira implícita, o importante é que diante da nova Carta “...já não se admite a administração pública descumpridora de seus deveres.”<sup>191</sup>

Como anteriormente ressaltado, dentre os mais importantes - senão o maior deles- destaca-se o reconhecimento do administrado erigido à condição de cidadão, termo esse adotado em sentido amplo, conforme destaca Clémerson Mérlin CLÈVE, para além das pessoas detentoras de direitos políticos, identificando a partir de então, o sujeito como responsável pela história que o envolve: “...sujeito ativo na política, reivindicante ou provocador da mutação do direito.”<sup>192</sup>

Nesse sentido, Vanice Regina Lírio do VALLE leciona que “...não há como se reconhecer a democracia sem a possibilidade real de intervenção dos cidadãos no processo de definição de seu destino.”<sup>193</sup>

A necessidade de modificação da forma de relacionamento do Estado com o cidadão, com vistas a retirar a arrogância e onipotência predominante da figura estatal é pressuposto para permitir uma evolução necessária e justa, temperada pelo atendimento dos direitos e garantias individuais consolidados no texto constitucional.

Com efeito, deseja-se uma nova interação entre o cidadão e Administração, pelo aperfeiçoamento do canal de diálogo, notadamente daquele voltado à tomada de decisão, de tal forma a tornar informações mais acessíveis e transparentes. Não há dúvidas de que ao propiciar maior estabilidade nas relações entre Estado e Sociedade conferir-se-á maior legitimidade à ação estatal.

Para tanto, se faz imprescindível revisar categorias à luz das transformações paradigmáticas que conduzem ao controle mais dialógico, democrático e conciliatório, menos unilateral e preso à legalidade estrita<sup>194</sup>, visto que o efeito da moderna concepção do Estado-Sociedade se traduz não mais na rigorosa separação do Estado e

---

<sup>191</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 76.

<sup>192</sup> CLÈVE. Clémerson Merlin. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição. *Revista de informação legislativa*. Brasília, a. 27, n. 106, p. 81-98, abr./jun. 1990, p. 82.

<sup>193</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle Social: promovendo a aproximação entre a administração pública e a cidadania. In: Brasil. *Tribunal de Contas da União. Premio Serzedello Corrêa 2001: monografias vencedoras: perspectivas para o controle social e a transparência da Administração Pública*. Brasília: TCU, 2002, p. 90.

<sup>194</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 17.

do Cidadão, mas em recíproca coordenação, como incentivo ao espírito de colaboração e de pacífica coexistência e participação. Basicamente, à luz dos ditames constitucionais é necessário “redemocratizar a democracia”<sup>195</sup> estabelecendo relação de cooperação entre Estado, Administração Pública e sociedade civil.<sup>196</sup>

Conforme registra Marie Angèle HERMITTE, hodiernamente, “quaisquer que sejam as limitações do exercício democrático, só se pode constatar a multiplicação das formas associativas entre os governantes e governados.”<sup>197</sup>

Em verdade, o momento histórico requer a busca da redemarcação do espaço público como a inserção das alterações no modo como são desenvolvidas as relações entre Estado e a Sociedade Civil. Busca-se o estreitamento dos laços entre Estado e Sociedade Civil, por meio de uma acentuada interseção entre o poder político (estatal) e os centros de poder social (sociedade).<sup>198</sup> Tal cenário é resultado da combinação do exercício da cidadania com a efetiva participação direta dos cidadãos nos assuntos de interesse da sociedade, fundamentado na busca pela solidariedade entre os indivíduos e nos ditames do texto constitucional.

Com efeito, a forma de participação popular que mais interesse desperta é aquela em que o cidadão se insere nos planos decisórios da Administração Pública, seja porque foi consultado ou porque a ele foi outorgado o poder de decisão.<sup>199</sup> Assim, possível é colocar em evidência que o aumento da participação popular vem conferir maior legitimidade aos atos da administração e ampliar o controle sobre o governante,

---

<sup>195</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Participação administrativa. In: OSÓRIO, Fábio Medina. SOUTO, Marcos Jurena Villela. (coord.) *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 406.

<sup>196</sup> Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Administração Pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (coords.) *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 309. Sobre a necessária base de cooperação Estado-Sociedade, o autor destaca que: “... a consolidação de uma Administração Pública Democrática representa um inestimável reforço para que o Estado contemporâneo possa desincumbir-se daquela que é a maior de todas as suas atribuições: a de responsável primário pela efetivação dos direitos fundamentais.” (*Ibid.*, p. 310)

<sup>197</sup> HERMITTE, Marie Angèle. Os fundamentos jurídicos da sociedade de riscos. In: Rede Latino Americana-Européia sobre Governo dos Riscos. *Governo dos riscos*. Brasil: Centro Universitário de Brasília, 2005. p. 29.

<sup>198</sup> Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito do Terceiro Setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor*, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p. 11-36, jan./jun. 2007, p. 12.

<sup>199</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O cidadão, a administração pública e a nova Constituição*. p. 90.

resultando em maior confiabilidade na gestão administrativa. A legitimidade passará então a estar focada no cidadão, retratando o que Paulo BONAVIDES denomina de “neocidadania governante”.<sup>200</sup>

Insta reiterar que ao aproximar o governo de seus cidadãos o Estado está, simultaneamente, reforçando a participação popular e dividindo a responsabilização que lhe cabe na condução dos assuntos públicos. A nova constituição, ao completar duas décadas de existência, compromissada com a busca de equilíbrio entre as forças políticas e sociais, abriu e pavimentou caminhos para esse fim, no qual Estado, Governo e Administração Pública constituem-se em intermediadores e promotores constitucionalmente vocacionados.

Nesse aspecto, à nova Administração Pública cabe o papel de desconstruir dogmas administrativos clássicos para permitir o avanço dessa nova forma de gestão estatal, em que a tutela do interesse público passe a ser compartilhada com a sociedade, sua real titular.

Tal cenário foi percebido por Christian Guy CAUBET ao afirmar que “estamos num contexto político e social de desconstrução, para não dizer de destruição, de estruturas relacionais que revigoraram por mais de um século e meio a partir da adoção dos códigos de jurídicos que revelavam a religião positivista, no início do século XIX.”<sup>201</sup>

Colocando em evidência essa necessária mutabilidade, aduz Gustavo Justino de OLIVEIRA que “cumpre colocar em relevo ser primordial ao Estado permanentemente capacitar-se para evoluir em um processo de auto-renovação, por meio de ajustes e transformações, a serem concretizados de modo gradual.”<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 19.

<sup>201</sup> CAUBET, Christian Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico. In: Rede Latino Americana-Européia sobre Governo dos Riscos. *Governo dos riscos*. Brasil: Centro Universitário de Brasília, 2005, p. 43.

<sup>202</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito ao desenvolvimento na constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 145-162, jul./set. 2005, p. 148.

Sem dúvida, os grandes desafios dessa nova perspectiva da gestão pública estão centrados na necessidade de uma adequada processualidade administrativa<sup>203</sup> que permita à sociedade atuar de forma direta e efetiva, capaz de afastar e minimizar os eventuais perigos de neutralização da participação popular na esfera estatal.. Afinal, nos dizeres de Juarez FREITAS, “...o novo somente se impõe se absorver elementos do paradigma anterior.”<sup>204</sup>

Processos administrativos transparentes, acessíveis aos cidadãos, que permitam acompanhar a tomada de decisão administrativa, e que mesmo na presença de incertezas e controvérsias permitam aferir que a decisão se mostra racional e justa. Tais medidas ou providências estatais tendem a minimizar a insegurança jurídica e os riscos de violação aos direitos e garantias individuais dos cidadãos.<sup>205</sup>

Nesse sentido, o processo administrativo se afigura uma vertente da garantia associada a direitos fundamentais uma vez que as informações coletadas, os argumentos utilizados, propiciam ampla base objetiva para a decisão e sua maior aceitabilidade. Nos dizeres de Odete MEDAUAR, “daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concerto, pois os dados do

---

<sup>203</sup> Embora de extrema importância, a problemática envolvendo as definições acerca da qualificação da processualidade administrativa como processo ou procedimento não será aqui enfrentada. Adota-se, para tanto, o posicionamento de Odete MEDAUAR para quem o processo pressupõe a colaboração dos interessados em contraditório, traduzindo uma malha de vínculos mais rica do que o procedimento e com vertente da garantia associada aos direitos fundamentais. Leciona a autora: “Além do mais, no ordenamento pátrio, a Constituição Federal de 1988 adotou o termo *processo*, o que significa não só a escolha terminológica, mas o sobretudo reconhecimento do processo nas atividades da Administração Pública...” (MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no direito administrativo*, p. 445)

<sup>204</sup> FREITAS, Juarez. *Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 19.

<sup>205</sup> Sobre o tema, destaca-se: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Administração Pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais*, p. 310. O autor, ao discorrer acerca dos efeitos positivos da participação administrativa, registra: “...possibilita aos cidadãos maior e melhor informação e conhecimento sobre as diretrizes dos órgãos administrativos, harmonizando-se com o preconizado no inc. XXXIII do art. 5º da Constituição da República. Este caráter informativo integra ainda as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, previstas no inc. LV do art. 5º da Carta Magna. Contudo, possível é afirmar que os mecanismos participativos exercem um duplo papel informativo. De um lado, propiciam a obtenção de dados por parte dos cidadãos; de outro, habilitam o órgão administrativo decisor, tornando-o apto a emitir um provimento mais acertado e mais justo, pois estabelece um maior conhecimento acerca da situação subjacente à decisão administrativa.” (*Id.*).

problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído.”<sup>206</sup>

Nesse aspecto, coloca-se em evidência o que Joaquim José Gomes CANOTILHO denomina de “democratização da administração” e que implica, dentre outros fatores, na transparência ou publicidade do processo administrativo, bem como na gestão participativa dos cidadãos por meio de organizações populares ou outras formas de representação na gestão da Administração Pública.<sup>207</sup>

Insta registrar que no período de formação e sistematização inicial do Direito Administrativo inexistia interesse pela matéria do processo administrativo na doutrina e na legislação.<sup>208</sup> Trata-se de uma das linhas de evolução da Administração Pública contemporânea, que de forma transparente deve propiciar a abertura dos canais de interação com a sociedade de modo a possibilitar um confronto dialético dos interesses públicos e privados envolvidos no próprio ato, como instrumento para a objetivação do próprio poder administrativo. A via da participação dos cidadãos nas organizações e nos procedimentos representa a legitimação do poder e controle de seu abuso.

Com propriedade, enfatiza Odete MEDAUAR;

Atribui-se ao processo administrativo a condição de *primeiro círculo de garantia* das posições jurídicas do administrado, enquanto supõe que a atividade administrativa tem de canalizar-se obrigatoriamente por parâmetros determinados, como requisito mínimo para ser qualificada de legítima. No esquema processual o cidadão não encontra ante si uma Administração livre, e sim uma Administração disciplinada na sua atuação.<sup>209</sup>

Colocando em evidência o emprego de mecanismos participativos na conformação das decisões administrativas, Sabino CASSESE aponta para a necessidade de criação de espaços de efetiva negociação sob a ótica da reciprocidade

---

<sup>206</sup> MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no direito administrativo*, p. 70.

<sup>207</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. 2. reimp., 1992, p. 421.

<sup>208</sup> MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no direito administrativo*, p. 58.

<sup>209</sup> *Ibid*, p. 66. [grifo do autor]

de concessões, de forma a favorecer a obtenção de um equilíbrio de interesses originalmente contrapostos.<sup>210</sup>

Nesse aspecto, Gustavo Justino de OLIVEIRA pondera que:

...o fim do Estado contemporâneo parece ser o de constituir-se em canal e instrumento indispensável para a promoção do desenvolvimento dos indivíduos e da própria sociedade. Eis uma leitura atualizada da consagrada expressão bem comum, entendida pela doutrina clássica como a finalidade a ser perseguida pelo Estado.<sup>211</sup>

É incontroverso que os direitos fundamentais abarcam, de modo expresso ou às vezes de modo implícito, as garantias processuais. Todavia, há ainda algo mais a acrescentar: as novas bases dogmáticas e exegéticas do Direito Administrativo, tais como a interpretação do Direito Administrativo deverá ser feita sempre a favor dos direitos fundamentais.<sup>212</sup>

Sinalizando para a atualidade e pertinência dessa temática, emerge o “direito fundamental a uma boa administração”; previsto no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice, 2000), em que os cidadãos europeus têm direito de exigir dos órgãos e entidades da União um conjunto de posturas, tais como a garantia do contraditório em processos que digam respeito a seus interesses e a efetiva reparação de danos eventualmente causados a si.<sup>213</sup>

Marçal JUSTEN FILHO aduz que “a observância de procedimentos democráticos, com a ampla participação da população, é um fator constitutivo da validade da atividade administrativa.”<sup>214</sup>

Referido autor defende a procedimentalização como forma de garantia democrática; a propósito, vale conferir as colocações do autor:

---

<sup>210</sup> CASSESE, Sabino. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. In: CASSESE, Sabino. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003, p. 101-160.

<sup>211</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito ao desenvolvimento na constituição brasileira de 1988*, p. 162.

<sup>212</sup> Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Administração pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais*, p. 310.

<sup>213</sup> Sobre o tema conferir a obra de: FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>214</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p.64.

A procedimentalização significa a necessidade de que as decisões administrativas surjam como conclusão de uma série ordenada de atos, estruturados entre si de modo a propiciar a participação de todos os interessados, a ampla realidade dos fatos, a exposição dos motivos determinantes para as escolhas adotadas e a submissão à revisão de entendimentos.<sup>215</sup>

Por outro lado, a busca pelo equilíbrio entre a autoridade do sujeito público e os direitos dos particulares por meio da processualidade administrativa traz a lume a constatação de que há direitos e deveres tanto para a Administração como para os demais sujeitos. Todos relevantes e merecedores de respeito.

Em verdade, atribui-se também à Administração uma “tarefa de justiça”<sup>216</sup> não somente pela observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa estendidos ao cidadão, mas porque, senão principalmente, a função administrativa não mais pode permanecer alheia aos direitos dos indivíduos. “Hoje o esquema processual representa um dos meios para que a vontade do administrador e a vontade dos administrados se encontrem na fase de decisão.”<sup>217</sup>

A perspectiva evolucionista da Administração Pública com a efetiva participação do particular na conformação de atos estatais a partir do processo possibilita o acompanhamento e conhecimento da dinâmica da atuação estatal ao mesmo tempo em que atende, substancialmente, ao disposto no art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal no que se refere ao respeito ao contraditório e ampla defesa dos cidadãos, legítimos interessados no processo.<sup>218</sup>

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um núcleo comum de processualidade que representa um verdadeiro “direito garantia” que repudia a opacidade e a omissão estatal aos reclames dos cidadãos.

Sob tal perspectiva, Juarez FREITAS, destaca:

---

<sup>215</sup> *Id.*

<sup>216</sup> A expressão adotada é de autoria de Odete MEDAUAR. (MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no direito administrativo*, p. 71).

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>218</sup> Adriana da Costa Ricardo SCHIER afirma que o direito de participação no âmbito administrativo representa um meio de democratização da esfera do Poder Público, determinando uma maior contribuição dos cidadãos na tomada das decisões estatais. (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.74)

Faz-se necessário apagar o regalismo, de ordem a *cuidar dos interesses existenciais legítimos dos cidadãos*, na marcha para uma *performance* administrativa tendente a honrar poderes-deveres. (...) No exercício das competências administrativas (discricionárias e vinculadas), o agente público, em última análise, precisa zelar pela eficácia direta e imediata do direito fundamental à boa administração pública, sob pena de responsabilização do Estado. Apresenta-se condenável toda e qualquer ação ou omissão despida de motivos plausíveis. (...) entendido como o direito fundamental 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. Nessa releitura o direito administrativo assume uma pertinente postura adaptativa, de sorte a retificar o que tiver resultado de equívocos, fábulas e defasagem conceitual.<sup>219</sup>

O processo administrativo no Direito Administrativo e na Administração representa uma garantia para a sociedade de que a competência administrativa estatal será exercida de modo responsável e coerente. Trata-se de um instrumento vocacionado para atenuar a face arbitrária e autoritária da Administração que se refuta por incompatível com a nova ordem constitucional.

Dito de outro modo, a imposição constitucional de atuação administrativa processualizada possui dupla potencialidade: por um lado, torna possível o controle, pelo interessado ou por qualquer cidadão, da discricionariedade estatal nos devidos termos, permitindo a verificação de limites e medidas; e, por outro lado, demanda uma atuação mais dialógica da função administrativa, conferindo-lhe maior legitimidade.

Nos dizeres de Juarez FREITAS, o Estado Constitucional prescreve uma espécie de controle efetivo da constitucionalidade dos atos administrativos, cuja tarefa deve ser cumprida de ofício pela Administração Pública, como meio de aprofundamento do controle e oposição à discricionariedade sem freios. O direito administrativo é dominado pela finalidade e somente uma exegese guiada por princípios constitucionais tende a impedir que prejuízos e danos juridicamente injustos afetem direitos de terceiros.<sup>220</sup>

Colocando em evidência a mudança de forma de atuação do Estado, Joan PRATIS I CATALÁ registra que “estamos assistindo mais a uma mudança por reequilíbrio do que a uma alteração por abandono das funções estatais tradicionais. Há

---

<sup>219</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 77-79. [grifo do autor]

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 24-59.

um incremento do viés do governo como sócio facilitador e cooperador. Porém, isso não determina a obsolescência das funções tradicionais.”<sup>221</sup>

Nessa linha, a preocupação com a melhoria das relações entre Administração e os particulares inclui a necessária horizontalidade no trato das relações entre ambos os sujeitos, conformando uma nova face da Administração Pública, a Administração Pública consensual.

---

<sup>221</sup> PRATIS I CATALÁ, Joan. La construcción social de la gobernanza. In: PRATIS I CATALÁ, Joan; VIDAL BELTRÀN, José Maria. (cords.). *Gobernanza: Diálogo Euro-Iberoamericano sobre o buen gobierno*. Madrid: INAP, 2005, p. 66.

### 3 A CONFORMAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

#### 3.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A administração pública não é um valor em si mesmo e o núcleo do Direito Administrativo não é o poder, mas a realização dos direitos fundamentais. Esse entendimento de autoria de Marçal JUSTEN FILHO sedimenta a diretriz constitucional da atividade administrativa que deve ser pautada pelo respeito à democracia e aos direitos fundamentais. Trata-se da “personalização do Direito Administrativo”<sup>222</sup> que pretende buscar sua legitimação como via de realização dos interesses de todos os indivíduos.<sup>223</sup>

Celso Antônio Bandeira de MELLO, com precisão, sedimenta a necessidade de mudança de paradigma no Direito Administrativo:

Existe uma impressão, quando menos difusa, fluida, mas nem por isto menos efetiva, de que o Direito Administrativo é um Direito concebido em favor do Poder, a fim de que ele possa vergar os cidadãos. Conquanto profundamente equivocada e antiética à razão de existir do Direito Administrativo, esta é a suposição de que de algum modo repousa na mente das pessoas.<sup>224</sup>

O exercício da atividade administrativa envolve a necessidade de selecionar e compor diferentes interesses públicos e privados, não raro com grau de complexidade elevado e diante de centro de interesses contrapostos. “Tem-se que buscar, sempre, a

---

<sup>222</sup> O termo “personalização do Direito administrativo” adotado por Marçal JUSTEN FILHO retrata a rejeição à supremacia da burocracia à sociedade civil. Representa a assunção, pelo Estado, da dignidade humana e os direitos fundamentais na execução da atividade administrativa. Segundo o autor, deriva da proposta de superação de concepções meramente técnicas para assumir a prevalência de enfoque ético, por meio do qual se reconhece a supremacia dos direitos fundamentais e a consagração dos procedimentos democráticos de formação e manifestação da vontade estatal (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 47).

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>224</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 36.

solução que realize mais intensamente todos os interesses, inclusive na acepção de não produzir a destruição de valores de menor hierarquia.”<sup>225</sup>

Assim registra Juarez FREITAS:

O sistema apresenta-se, por assim dizer, dotado de conformação plástica, derivada de imbricação dos princípios, ainda naquelas hipóteses em que a rigidez aparenta sugerir solução cabalmente vinculada. Só aparenta. *A vinculação do administrador se dá em face da totalidade das diretrizes supremas enfeixadas no direito fundamental à boa administração pública.*<sup>226</sup>

E complementa o autor:

o agente público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais. Esta máxima é rigorosamente indescartável em sede de responsabilidade do Poder Público se se quiser que o Estado assegure a proteção efetiva do núcleo indisponível dos direitos fundamentais de todas as dimensões e a eficácia dos princípios constitucionais.<sup>227</sup>

À Administração Pública cumpre, por intermédio de seus órgãos, a realização dos direitos fundamentais, seja por meio de abstenções, restrições ou prestações positivas, bem como a consecução de objetivos de interesses difusos ou coletivos. Nesse novo contexto, os administradores públicos e juizes devem ponderar e interpretar os ditames constitucionais irradiando os conteúdos e valores neles contidos para a legislação infraconstitucional. Em poucas palavras, o direito administrativo moderno apresenta-se sob novas formas de legitimação da ação administrativa.<sup>228</sup>

Gustavo BINENBOJM considera que o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais erigidos na Carta Magna, aliado ao reconhecimento da estrutura “maleável” dos princípios constitucionais, obriga a existir em seu lugar o dever de ponderação proporcional como fator de legitimação do Estado democrático de direito e como princípio reitor da atividade administrativa.<sup>229</sup> Por demais

---

<sup>225</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 61.

<sup>226</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 52.[grifo do autor]

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>228</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, p. 76-77.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 103-104.

provocadora, é inevitável a transcrição, ainda que extensa, da idéia central do autor para a melhor compreensão de sua proposta:

De modo análogo às Cortes Constitucionais, a Administração Pública deve buscar utilizar-se da ponderação, guiada pelo princípio da proporcionalidade, para superar as regras estáticas de preferência atuando circunstancial e estrategicamente com vistas à formulação de *standards* de decisão. Tais *standards* permitem a flexibilização das decisões administrativas de acordo com as peculiaridades do caso concreto, mas evitam o mal reverso, que é a acentuada incerteza jurídica provocada por juízos de ponderação produzidos sempre caso a caso. Veja-se que tal raciocínio ponderativo funciona como verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública, traduzindo postura mais objetivamente comprometida com a realização dos princípios, valores e aspirações sociais expressos no documento constitucional. (...) o agente público não é livre para decidir por um ou outro caminho. Chamado a realizar um interesse de índole difusa, para cuja implementação se depare, frontalmente, com um interesse particular juridicamente protegido, deve o administrador, à luz das circunstâncias peculiares ao caso concreto, bem como dos valores constitucionais concorrentes, alcançar a solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses públicos em jogo. Como resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que se poderia chamar de *melhor interesse público*, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública.<sup>230</sup>

Nesse contexto, a ponderação é elevada a verdadeiro princípio formal do direito e de legitimação dos demais princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito que, segundo entendimento de BINENBOJM é um “Estado de ponderação”.<sup>231</sup>

Ademais, no atual cenário jurídico constitucional os direitos fundamentais são regras de ônus de argumentação que jogam em desfavor das intervenções restritivas da liberdade que os poderes estatais pretendam levar a cabo para a consecução de suas atividades. Assim analisado, eventual imposição estatal sobre o interesse privado, poderá implicar restrições aos direitos fundamentais<sup>232</sup> dos cidadãos, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Conforme leciona Romeu Felipe BACELLAR FILHO, a intervenção estatal necessária na esfera privada não torna o interesse privado em interesse sem proteção

---

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 105-106.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>232</sup> Sobre a temática de controle material nas relações restritivas entre lei e direitos fundamentais, muito embora não seja objeto deste trabalho, confira-se, dentre outros: NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 639-820; CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madrid: CEPC, 1994, p. 125-207.

jurídica.<sup>233</sup> Segundo o autor, uma vez que a cidadania e a dignidade da pessoa humana constituem fundamentos republicanos, “...*não é possível que o interesse perseguido com o exercício da função administrativa não encontre seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual, quanto coletiva.*”<sup>234</sup>

A esse respeito, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, com propriedade, registra:

...o conceito de **direitos fundamentais** foi o fator determinante na promoção do reequilíbrio das relações entre sociedade e Estado no direito contemporâneo (...) que desfrutamos neste século XXI, o **primado dos direitos fundamentais**, sem espaço para o arbítrio ou imposições políticas, por mais justificadas que se apresentem.<sup>235</sup>

Em consonância com tal posicionamento, Daniel SARMENTO aduz que na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares da ordem jurídica democrática, seus efeitos ultrapassam a limitação jurídica do poder estatal. Em outras palavras, seus valores convertem-se em diretrizes da atuação estatal e deixam de ser apenas limites para o Estado.<sup>236</sup> A Administração Pública no século XXI é instrumento de realização dos direitos fundamentais dos administrados, agora erigidos ao *status* de cidadão.

Nesse novo contexto, a ordem jurídica constitucionalizada impõe uma abertura da argumentação racional, transparente, que gere estabilidade e previsibilidade, que não quebre a idéia do direito como pacto social de uma determinada comunidade e seja voltada para a promoção dos valores constitucionais democraticamente escolhidos.

Confira-se a adequada assertiva de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO:

Dois fatores, entre outros, merecem ser destacados como importantes concausas do resgate da Administração Pública e do Direito Administrativo da situação descrita. Um *fator sócio-*

---

<sup>233</sup> Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 46.

<sup>234</sup> *Id.*

<sup>235</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito público*, p. 64-65. [grifo nosso]

<sup>236</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006, p. 106.

*político: o surgimento da sociedade, como indispensável protagonista de um novo e expandido diálogo democrático, e um fator juspolítico, a afirmação do constitucionalismo, como indispensável instrumento de um novo e expandido diálogo liberal. São esses os subtemas essenciais à compreensão do resgate liberal da Administração Pública tardiamente ocorrido no final de século e de milênio: o advento da sociedade participativa e da afirmação do constitucionalismo.*<sup>237</sup>

Ademais disso, a configuração do sistema constitucional brasileiro, resultante da abertura democrática conferida pelo constituinte de 1988, consagrou, em vários momentos do texto constitucional, mecanismos que instrumentalizam a participação popular na condução dos assuntos de interesse geral.

Assim, a natureza democrática do Direito Administrativo contemporâneo induz que esse direito especializado deverá estar apto a possibilitar a garantia da existência de um efetivo Estado Democrático, assegurando, adequadamente, a participação dos interessados na produção da vontade estatal.<sup>238</sup>

Como bem observou Joaquim José Gomes CANOTILHO, “a exigência de um procedimento juridicamente adequado para o desenvolvimento da atividade administrativa considera-se como dimensão insubstituível da administração do Estado de direito democrático.”<sup>239</sup>

Insta enfatizar que o dever de motivar as decisões representa a exteriorização do processo de concretização do Direito; nesse ínterim, o procedimento passa a ser o instrumento do controle da discricionariedade do Estado. “Não se admite uma discricionariedade inteiramente livre da carta.”<sup>240</sup>

Embora a Administração Pública goze de prerrogativas por mera legitimidade funcional<sup>241</sup>, com o crescimento substancial do Estado Democrático, gradativamente precisam ser revistos vários conceitos com vista ao controle principiológico do bom desempenho da função administrativa que deve ser marcada pela preponderância da boa-fé e confiança em suas relações com o particular.

---

<sup>237</sup> Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, p. 12.

<sup>238</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 237.

<sup>239</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 318.

<sup>240</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 24.

<sup>241</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e princípios fundamentais*, p. 37.

### 3.2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL: CONCEPÇÃO TEÓRICA E FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS<sup>242</sup>

A presença dos cidadãos no interior da Administração Pública sob o nome de participação administrativa se apresenta como efeito da moderna concepção da relação Estado-sociedade, em que se vislumbra não rigorosa separação, nem fusão, mas recíproca coordenação entre os atores.<sup>243</sup>

Essa nova perspectiva de relação Estado-Sociedade demanda a mudança paradigmática do direito público de forma a permitir uma nova forma de gestão pública, propiciando uma gestão horizontalizada, flexibilizada e concertada, na qual as decisões passam a ser tomadas de acordo com o resultado das negociações entre Estado e Sociedade Civil.

A cooperação mútua entre Estado e sociedade passa a ser pressuposto para o atingimento dos fins do Estado, bem como para a sua legitimação democrática. Daí a razão da necessidade do estabelecimento do diálogo do Estado com a sociedade, que é, hodiernamente, complexa, plural e democrática, por meio de mecanismos ordenadores da participação democrática que devem ser levado a sério.<sup>244</sup>

Eis as razões pelas quais Odete MEDAUAR leciona que “elabora-se novo paradigma em lugar do antigo, no qual dominava a centralização, o monolitismo de centros de poder. Com a participação forma-se ‘ponte entre um mundo administrativo muito fechado e cidadãos muito esquecidos’.”<sup>245</sup>

Trata-se, sem dúvida, de uma moderna tendência posta ao exercício do poder estatal, qual seja, a atuação por cooperação, com grande ênfase à consensualidade que

---

<sup>242</sup> Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: *Revista de direito do estado*. Rio de Janeiro, ano 3, n. 10, p. 271-288, abr/jun 2008. A temática foi profundamente enfrentada por Gustavo Justino de Oliveira na obra: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008.

<sup>243</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 229.

<sup>244</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39.

<sup>245</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 229.

se torna, sobretudo, legítima. Todavia, é cediço que ao longo da história na Administração Pública brasileira, o administrador exerceu suas prerrogativas, por longo período, de modo hegemônico e verticalizado, em seu relacionamento com os particulares, acobertado pelo manto incontestável da supremacia do interesse público sobre o particular, arrogando-se o privilégio de surpreender a boa-fé daqueles que confiam em suas palavras ou nas suas promessas.

Tal posicionamento refletia uma perspectiva unidimensional Estado-súdito, no qual o indivíduo não era possuidor de direitos em frente ao Estado, mas unicamente de Direitos para com o Estado. Concepção que pretende a superação a partir do novo texto constitucional pela perspectiva bidimensional Estado-cidadão que proclama direitos e deveres tanto para o Estado quanto para o cidadão.<sup>246</sup>

Ao possuir como escopo central a pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 tem o homem, em todas as suas dimensões, como principal destinatário.<sup>247</sup> O desenvolvimento sustentável, centrado na pessoa humana, envolve como elementos essenciais o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, incluindo, dentre outros, o sistema de governo transparente e responsável, bem como a observância dos princípios democráticos que presidem a organização do Estado e se destinam a assegurar a legitimidade da sua autoridade e a legalidade das suas ações.<sup>248</sup>

Marca, sobretudo, o que Norberto BOBBIO denomina de “era dos direitos”, no sentido de um “Estado dos cidadãos” que privilegia o indivíduo “sujeito de direitos” e não mais “objeto de poder”.<sup>249</sup>

Ora, se um dos pilares do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico administrativo, é possível afirmar que com a Constituição de 1988 restou identificada a presença de um regime jurídico constitucional-administrativo fundado em princípios

---

<sup>246</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Participação administrativa*, p. 401-427.

<sup>247</sup> Ao discorrer acerca das dimensões do homem, CANOTILHO alude ao que denomina de “tríade mágica” na Constituição Portuguesa de 1976: homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 347). Entende-se que tal perspectiva pode ser perfeitamente aplicada no direito brasileiro a partir da Carta de 1988.

<sup>248</sup> Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constitucionalismo e good governance*. In: \_\_\_\_\_, *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 329.

<sup>249</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 57-59.

constitucionais expressos<sup>250</sup>, outros de modo explícito<sup>251</sup> e muitos outros que se extraem implicitamente, tais como da prescritibilidade, da lealdade e da boa-fé, da segurança das relações jurídicas, da razoabilidade e da proporcionalidade, entre outros.

Conforme leciona CANOTILHO, tais princípios não são mais do que “expressões do eterno combate contra a opacidade e *arcana praxis* das organizações de poder e estímulos para uma nova interrogação sobre as formatações organizativas do Estado (e outras constelações políticas).”<sup>252</sup>

Afirme-se, desde logo, que eventuais discrepâncias de qualquer norma, com os princípios explícitos e implícitos do texto constitucional poderão ser resolvidas por meio de uma interpretação conforme com a Constituição.

Desse modo, para a resolução de controvérsias, a Administração Pública democrática é conduzida a adotar formas mais dinâmicas em sua relação com o cidadão, com vistas a conciliar e equilibrar os interesses do particular e da Administração, relativos à boa, correta e justa governança dos contratos submetidos à égide do direito administrativo, verdadeiras ferramentas institucionais nos dizeres de Selma LEMES<sup>253</sup>, para a consecução das atividades fins do Estado.

Almeja-se uma nova interação entre o cidadão e a Administração, por meio do aperfeiçoamento do 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, em regra, arrastam-se por anos até o pronunciamento do Poder Judiciário. Ao longo desse tempo, não raro o atendimento ao interesse público é postergado e a Administração é condenada a indenizar os danos causados ao particular por violação ao compromisso negocial assumido.

Baptista MACHADO elucida que o consenso entre os representantes do Estado – Administração–, e seus parceiros sociais – cidadãos–, vem a representar uma segunda via de legitimação para a atuação estatal, traduzindo-se numa espécie de

---

<sup>250</sup> Cuida-se dos princípios elencados no art. 37, *caput* da Constituição.

<sup>251</sup> Tais como o da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII), do juiz natural (art. 5º, inciso LIII), do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

<sup>252</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constitucionalismo e good governance*, p. 332.

<sup>253</sup> LEMES, Selma. *op. cit.*, p. 54.

interpenetração do Estado com a sociedade. Assim, o fenômeno da concertação retrata a participação dos poderes privados no exercício das funções públicas. Nesse contexto, o Estado passa a ser, ao mesmo tempo, representante e instrumento da sociedade para o atingimento do bem comum.<sup>254</sup>

Odete MEDAUAR destaca a importância do consensualismo no âmbito da Administração contemporânea:

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.<sup>255</sup>

No mesmo sentido, Almiro do COUTO E SILVA:

Fenômeno relativamente recente nas relações entre o Estado e os indivíduos na realização de fins de interesse público tem sido a busca de decisões administrativas por meios consensuais. Administração concertada, administração consensual, *soft administration* são expressões que refletem formas de democracia participativa, em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo. Por vezes esse acordo é estabelecido informalmente, antes de o Poder Público exarar ato administrativo. Então, o que aparece, juridicamente, é apenas o ato administrativo e não a solução consensual que ficou atrás dele e escondida por ele.<sup>256</sup>

Em monografia dedicada ao tema, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO assevera:

Pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse

---

<sup>254</sup> MACHADO, João Baptista. *Participação e descentralização*. Democratização e neutralidade na Constituição de 76. Coimbra: Almedina, 1982, p. 46-108.

<sup>255</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 211.

<sup>256</sup> COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 43-70, jul./set. 1997, p. 64-65.

público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento. É como acrescentar às potencialidades da máquina burocrática as infinitas potencialidades da sociedade e de suas miríades de organizações sociais, que deixa de ser mera súdita para ser sócia e parceira da atuação estatal, passando a ter no consenso e não na coerção a primeira das opções relacionais. Em conclusão, um Estado de juridicidade plena - de legalidade, de legitimidade e de licitude - um Estado de Justiça, não pode prescindir dessa interação horizontal e sadia com a sociedade, o que deverá refletir-se em sua atuação, de modo que ações suasórias sempre precedam ações dissuasórias e estas, as sancionatórias: a face imperativa do Poder só deve aparecer quando absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável.<sup>257</sup>

Por isso, consoante Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, “a consensualidade é um enriquecimento do Direito Administrativo que a ele incorpora-se permanentemente”.<sup>258</sup>

Odete MEDAUAR apresenta uma síntese dos principais fatores que provocaram a abertura da Administração pública para as variações consensuais como forma de exercício de suas atividades:

Um conjunto de fatores propiciou esse modo de atuar, dentre os quais: a afirmação pluralista, a heterogeneidade de interesses detectados numa sociedade complexa; a maior proximidade entre Estado e sociedade, portanto, entre Administração e sociedade. Aponta-se o desenvolvimento, ao lado dos mecanismos democráticos clássicos, de “formas mais autênticas de direção jurídica autônoma das condutas”, que abrangem, de um lado, a conduta do Poder Público no sentido de debater e negociar periodicamente com interessados as medidas ou reformas que pretende adotar, e de outro, o interesse dos indivíduos, isolados ou em grupos, na tomada de decisões da autoridade administrativa, seja sob a forma de atuação em conselhos, comissões, grupos de trabalho no interior dos órgãos públicos, seja sob a forma de múltiplos acordos celebrados. Associa-se o florescimento de módulos contratuais também à crise da lei formal como ordenadora de interesses, em virtude de que esta passa a enunciar os objetivos da ação administrativa e os interesses protegidos. E, ainda: ao processo de *deregulation*; à emersão de interesses metaindividuais; à exigência de racionalidade, modernização e simplificação da atividade administrativa, assim como de maior eficiência e produtividade, alcançados de modo mais fácil quando há consenso sobre o teor das decisões.<sup>259</sup>

A busca pelo consenso representa um novo método de governar ou administrar que fomenta uma maior integração das forças sociais com vistas à

---

<sup>257</sup> No Brasil, o autor vem dedicando grande atenção ao tema do consensualismo no direito administrativo. Em trabalho diverso, sustenta que a consensualidade é uma alternativa preferível se comparada à imperatividade, “sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo ...” (MOREIRA NETO, *Mutações do direito administrativo*, p. 37-48).

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>259</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 210.

estabilidade social e política, eliminando a má vontade e resistência que costumam acompanhar as intervenções agressivas da Administração. Com efeito, demonstra ser uma via hábil a impedir que as “funções sociais” do Estado se convertam em “funções de dominação”, representando uma verdadeira reestruturação da democracia com o despertar das comunidades naturais dos cidadãos que surgem como limite ao poder da administração centralizada.<sup>260</sup>

Nos dizeres de Nuria CUNILL GRAU, tornar a Administração Pública efetivamente “publicizada” significa fazer convergir para ela “o reforço de uma institucionalidade de representação e participação social, que torna patente o propósito de uma esfera pública, cujo assento e destino últimos são a própria sociedade.”<sup>261</sup>

A participação suscita o tema da legitimidade pelo procedimento, que consiste na legitimidade da decisão emitida pelo órgão ou autoridade decididora ter considerado, previamente à emissão do procedimento administrativo, o resultado do emprego de instrumentos participativos. A decisão administrativa que possua o respaldo da participação popular terá maior eficácia e efetividade, obtendo-se, por conseqüência, maior eficiência na gestão administrativa e maior justiça na decisão. O fenômeno da administração participativa ou concertada é uma técnica essencial de eficiência que visa substituir a tradicional Administração autoritária.<sup>262</sup>

Merece destaque a assertiva de CUNILL GRAU:

A participação dos cidadãos, orientada pelos princípios da legitimidade democrática, expressa a possibilidade de que processos horizontais de articulação política possam influir nas decisões do aparelho administrativo estatal, de modo a refletir a aglutinação da vontade pública. Neste contexto, a *accountability* da administração revela seu caráter multidimensional, com uma expressão tanto vertical como horizontal, em tensão, mas complementares; mais que isso, quase em relação recíproca.<sup>263</sup>

---

<sup>260</sup> MACHADO, João Baptista. *op. cit.*, p. 46-108. [grifo do autor]

<sup>261</sup> CUNILL GRAU, Nuria. *Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social*. Brasília: ENAP, 1998, p. 272.

<sup>262</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino e. Participação administrativa. In: OSÓRIO, Fábio Medina. SOUTO, Marcos Jurena Villela. (coord.) *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 401-427.

<sup>263</sup> CUNILL GRAU, Nuria. *Repensando o público através da sociedade*, p. 272.

Gustavo Justino de OLIVEIRA afirma que a conformação da Administração Pública consensual não resulta na superação da administração imperativa, mas seguramente diminui seu campo de incidência. Segundo o autor, a expansão do consensualismo para considerável parcela das atividades perpetradas pela Administração provoca uma mudança de eixo do direito administrativo, que passa a ser orientado pela lógica da autoridade continuamente permeada e temperada pela lógica do consenso.<sup>264</sup>

Exurge nítido, portanto, que o dever do Estado é evitar qualquer tipo de exagero no sacrifício nos direitos do cidadão, notadamente que as medidas estatais que, sob o discurso de serem simplesmente adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais para além daquilo que a realização do objeto perseguido seja capaz de justificar. Significa perseguir a busca do “ponto ótimo” de equilíbrio e harmonia institucional dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, por meio da persecução da realização e proteção dos direitos fundamentais esculpidos na Carta Magna.

Diga-se ainda, por derradeiro, que com o advento da administração prestacional do Estado Social, a Administração Pública prestadora tende, cada vez mais, a flexibilizar e diversificar seus modos de atuação, afastando-se dos meios autoritários em prol de outras formas de atuar mais consensuais, uma vez que necessita buscar a colaboração do particular para a consecução do interesse público.

Uma das conseqüências nítidas desse processo de alargamento das tarefas da Administração Pública no Estado pós-moderno se reflete na larga utilização de um dos principais instrumentos do Direito Privado: o contrato.

Nesse contexto, no âmbito da “administração pública consensual” avança a tendência de contratualização da Administração Pública, que favorece a celebração de contratos com os particulares, como igualmente possibilita que as próprias autoridades administrativas contratem entre si, como no caso dos “contratos de gestão”, previstos na Constituição Federal.

---

<sup>264</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 569.

### 3.3 A CONTRATUALIZAÇÃO<sup>265</sup> DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA: O CONSENSUALISMO E O DECLÍNIO DA ATUAÇÃO UNILATERAL IMPERATIVA

No modelo de Estado contemporâneo, a técnica contratual representa um dos meios utilizados pela Administração para cumprir suas inúmeras atribuições e realizar as tarefas delas decorrentes.

Com esteio na tendência ora revelada, Gustavo Justino de OLIVEIRA coloca em evidência a questão:

A negociação não constitui novidade no Estado contemporâneo. Há tempos o Estado reconhece e utiliza métodos consensuais, consagrando *os contratos* como formas adequadas à instrumentalização de compromissos no território das *relações patrimoniais*. Isso acontece, sobretudo, quando o objetivo visado é (i) adquirir bens e serviços junto à iniciativa privada ou (ii) a ela transferir a execução de atividades estatais qualificadas como serviços públicos.<sup>266</sup>

Porém, durante longo período a inadequação do contrato para a Administração Pública era tema central entre os doutrinadores. Alegava-se que a figura contratual comprometeria a função da Administração Pública no Estado de Direito porque, enquanto tutora dos interesses gerais, o vínculo contratual a colocaria em subordinação a interesses particulares.<sup>267</sup>

A magnitude dos interesses perseguidos e geridos pela Administração Pública à procura do critério do contrato administrativo provocou debates e divergências na doutrina e jurisprudência, notadamente aqueles ocorridos na escola francesa e alemã, sendo que alguns dos mais relevantes foram retratados por doutrinadores brasileiros conforme a seguir apresentado.

---

<sup>265</sup> O sentido da expressão elencada, e adotada neste trabalho, significa a substituição das relações baseadas na imposição e na autoridade por relações fundadas sobre o diálogo e na busca do consenso, notadamente por meio da figura contratual no âmbito da atividade administrativa do Estado. Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008. p. 46.

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>267</sup> Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*, p. 168.

Odete MEDAUAR leciona que, no século XIX, foi o Conselho de Estado francês, que ao elaborar os elementos fundamentais da “teoria do contrato administrativo”, afastou-a dos preceitos basilares da teoria vigente para o contrato de direito privado, como igualdade entre as partes e a intangibilidade da vontade inicial.

Aduz Odete MEDAUAR que no início do século XX houve fortes resistências quanto ao poder público ser parte em contratos, com a alegação de que a Administração não poderia celebrar contratos em razão de sua posição de supremacia em relação ao particular, de que o atendimento do interesse público impediria qualquer tipo de vínculo contratual contínuo, bem como que as relações entre Administração e particulares somente nasceriam mediante atos administrativos. Tais resistências à elaboração da “teoria do contrato administrativo” eram explicadas pelas concepções que predominavam, no século XIX, sobre a figura contratual, elaboradas para o contrato entre particulares, regido pelo direito privado e, notadamente, fundamentado no acordo de vontades com base na igualdade entre as partes e na imutabilidade.<sup>268</sup> Assim, segundo a administrativista “Formou-se a teoria de um contrato diferenciado do modelo privado, de um contrato em que a Administração dispõe de certas prerrogativas para assegurar o interesse público, sem que sejam sacrificados os interesses pecuniários do particular contratado.”<sup>269</sup>

No que diz respeito à doutrina alemã, Romeu Felipe BACELLAR FILHO sustenta que, embora a prática administrativa alemã, na primeira metade do século XIX, já reconhecesse inúmeras hipóteses de relações bilaterais, fundadas no consenso entre entes públicos e privados, na doutrina e na jurisprudência germânicas, predominava o entendimento de que as declarações de vontade das partes estariam regidas exclusivamente pelo Direito Civil, uma vez que o modelo contratual pertencia exclusivamente ao Direito Privado.<sup>270</sup>

Ainda no que tange à temática da contribuição da escola alemã, Romeu Felipe BACELLAR FILHO registra a tese de Otto MAYER, segundo a qual, mesmo nas

---

<sup>268</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 254. No mesmo sentido: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*, p. 166-168.

<sup>269</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 254.

<sup>270</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*, p. 166.

relações jurídicas firmadas entre Administração e particulares, o consentimento deste para a formação do vínculo representava apenas um pressuposto de validade, sem qualquer relevância para a relação, não passando, de acordo com esse entendimento, de um ato necessário para remover o limite externo que o Estado encontrava para interferir na esfera de liberdade garantida pela lei. Assim, a relação jurídica tomava a forma de um ato administrativo.<sup>271</sup>

Assim é que, colocando em evidência a colaboração da escola alemã para a admissão do contrato de Direito Público, Romeu Felipe BACELLAR FILHO destaca:

A teoria de Ipsen, versada em obra de 1956, deu origem à figura da *Zweistufentheorie* para explicar as relações jurídicas travadas entre Administração e particulares que comportavam uma série de obrigações recíprocas entre as partes. O autor opta por uma solução de consenso no intuito de compatibilizar o dogma da unilateralidade do exercício dos poderes públicos com a excepcionalidade da definição consensual.<sup>272</sup>

Todavia, consoante o entendimento de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, foi a “teoria das modulações”<sup>273</sup> de Eduardo García de Enterría que contribuiu para a construção teórica do contrato administrativo, cuja premissa básica é a de que as instituições do Direito Administrativo não precisam ser substancialmente equivalentes às do Direito Civil, firmando ainda um postulado básico de que a presença da Administração Pública implica modulação geral em toda classe de contratos no tocante ao seu procedimento de formação.<sup>274</sup> Dessa maneira, destaca o autor:

No direito argentino, as contratações administrativas submetem-se aos requisitos gerais do Direito Privado, com modulações. Assim, por exemplo, o particular contratante tem de atender aos requisitos gerais da Lei civil no tocante à capacidade de contratar e os requisitos especiais previstos nas leis administrativas.<sup>275</sup>

---

<sup>271</sup> *Id.*

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 171.

<sup>273</sup> Sobre a teoria, importante são as considerações expostas por Romeu Felipe BACELLAR FILHO: “Tratando das modulações, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA distingue: (i) as derrogações das normas contratuais comuns; (ii) a diferente função que cumpre a noção de ordem pública como limite à licitude dos pactos; e, (iii) as prerrogativas do Poder Público, usualmente chamadas pela doutrina francesa de cláusulas exorbitantes, consecutórias do formidável privilégio da decisão unilateral e execução prévia anterior ao conhecimento judicial impondo ao particular contratado o ônus da impugnação judicial.” (*Ibid.*, p. 173).

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 173.

Sobre a incidência de normas do direito privado no contrato administrativo, Romeu Felipe BACELLAR FILHO adverte que, apesar de no Direito pátrio a incidência do Direito Civil nas contratações da Administração Pública estar albergada em dispositivo legal – art. 54 da Lei 8.666/93- em atenção à repartição de competências legislativas, a aplicação subsidiária do Direito Civil aos contratos firmados pela Administração Pública se restringe aos princípios contratuais; isso porque a União dispõe de competência privativa para disciplinar apenas as “normas gerais” de contratação da Administração Pública; assim a incidência do Código Civil – legislação elaborada pela União- será restringir-se-á às normas de caráter principiológico, enquanto normas gerais.<sup>276</sup>

Alice Gonzáles BORGES, por seu turno, em publicação recente na qual enfrentou o tema acerca dos reflexos do novo código civil brasileiro nos contratos administrativos, denota postura mais arrojada, a conferir:

O Código nada mais faz do que refletir as tendências contraditórias de nosso tempo, com a crescente interpenetração do público e do privado: - fuga do direito administrativo para o direito privado, com a adoção de novas tipologias contratuais. – “contaminação” do direito privado com novos institutos, típicos do público. E é interessante constatar como as novas regras aproximam, cada vez mais, a concepção contratual prevista no Código de 2002 com as peculiaridades do contrato administrativo, e como essas regras vão facilitar, doravante, aos administrativistas, seu trabalho de intérpretes. (...) Em face das novas tendências do Código Civil de 2002, cabe-nos indagar até que ponto poderemos continuar repetindo que certas cláusulas típicas do contrato administrativo são tão exorbitantes ou derogatórias do direito privado. Bem ao contrário, as disposições civis as reforçam e contribuem para sua melhor interpretação.<sup>277</sup>

No direito comparado, esse fenômeno foi denominado por Maria João ESTORNINHO como “fuga para o direito privado”. Segundo a autora, insere-se em um processo complexo, no qual o Estado passa a adotar novos e complicados modelos organizatórios, por meio da difusão de um modelo contratual por meio do qual a Administração, em vez de impor uma orientação ou ditar um ato, “acorda” com os próprios destinatários da ação a solução para o problema administrativo ou até mesmo

---

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>277</sup> BORGES, Alice Gonzáles. *Reflexos do código civil nos contratos administrativos*. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 04 dez. 2008.

político. Nessa evolução, destaca a autora que o ato administrativo tende a perder sua posição de protagonista nas relações entre o Estado e os cidadãos.<sup>278</sup>

O contrato administrativo, nas palavras de Maria João ESTORNINHO, é regido por três princípios fundamentais, quais sejam: o consensualismo, prossecução do interesse público e equilíbrio económico-financeiro, sendo que é do princípio da prossecução do interesse público que decorrem (i) a mutabilidade do contrato administrativo -que o torna maleável de tal forma a permitir adaptá-lo a tal interesse-, (ii) a posição do contratado como colaborador na gestão do interesse público – não mais como antagonista- e, (iii) o exercício pela entidade pública de prerrogativas de autoridade.<sup>279</sup>

Entre nós, conforme registra Odete MEDAUAR, foi, sobretudo, a partir da década de 70 que houve o florescimento e atuações administrativas instrumentalizadas por módulos contratuais, “decorrentes de consenso, acordo, cooperação, parceria entre Administração e particulares ou entre órgãos e entidades públicas.”<sup>280</sup>

Hodiernamente, as formas contratuais de atuação da Administração Pública, cada vez mais, generalizam-se, sejam por meio dos denominados “contratos administrativos”<sup>281</sup>, sejam por meio dos “contratos de direito privado”. Nesse aspecto, ao substituir progressivamente os tradicionais meios de atuação unilateral da Administração, o contrato assume novo papel qualitativo, colocando-se como símbolo e suporte de um novo modelo de relação entre autoridade e liberdade.<sup>282</sup>

Odete MEDAUAR coloca em evidência que em face dos novos modelos de ajustes que estão surgindo, decorrentes desse novo modo de atuar da Administração,

---

<sup>278</sup> Cf. ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 64.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 118-120.

<sup>280</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 255.

<sup>281</sup> Necessário trazer a lume uma das idéias principais defendidas por Maria João Estorninho acerca da figura do contrato administrativo. Assim registra a autora: “...não é verdade que a criação da figura do contrato administrativo de inspiração francesa tenha representado um sinal de modernidade e que, nessa medida, tenha constituído um modelo avançado em relação à matriz alemã de contratualização administrativa; pelo contrário, a ‘invenção’ do contrato administrativo não passou de um expediente da doutrina francesa para permitir à Administração manter as suas prerrogativas de autoridade, mesmo na sua actividade contratual...” (ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*, p. 183).

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 63-64.

discute-se se esses novos ajustes enquadram-se ou não na figura contratual construída a partir da teoria do contrato administrativo. Segundo a autora, todos esses novos tipos contratuais – acordo, cooperação, parcerias, convênios, contratos de gestão, entre outros- incluem-se no que denomina de “módulo contratual”, formado por diversos tipos de contratos, com regimes jurídicos diversos, ora regidos pelo direito público, ora regidos parcialmente pelo direito privado.<sup>283</sup> Leciona ainda a ilustre professora: “o regime jurídico dessas novas figuras é essencialmente público, mas diferente, em muitos pontos, do regime aplicado aos contratos administrativos tradicionais.”<sup>284</sup>

Sobre essa nova fase de contratualização na Administração Pública, registra Gustavo Justino de OLIVEIRA:

A nova contratualização administrativa afina-se com uma construção de grande repercussão mundial na atualidade, a formulação do Estado do Investimento Social, de autoria de Anthony GIDDENS, um dos idealizadores da versão contemporânea da terceira via. Partindo da crise do Estado do Bem-estar Social, o autor propõe uma nova forma de organização da economia, denominada de economia mista. Por meio dela, buscar-se-ia uma sinergia entre os setores público e privado, com a utilização do dinamismo dos mercados sem perder de vista o interesse público. Afirma que esse modelo econômico ‘envolve um equilíbrio entre regulação e desregulação num nível transnacional bem como em níveis nacional e local; e um equilíbrio entre o econômico e o não-econômico na vida da sociedade.’<sup>285</sup>

E prossegue o renomado autor:

...nova fase da contratualização administrativa ou simplesmente nova contratualização administrativa (ainda em evolução), em que (i) privilegia-se sobremaneira a cultura do diálogo entre o parceiro público e privado, (ii) confere-se maior atenção às negociações preliminares ao ajuste (que devem ser transparentes), (iii) abrem-se espaços para trocas de concessões mútuas entre os parceiros, visando a um balanceamento dos interesses envolvidos, (iv) diminui-se a imposição unilateral de cláusulas por parte da Administração, com o proporcional aumento da interação entre os parceiros para o delineamento e fixação das cláusulas que integrarão o contrato e (v) institui-se uma maior interdependência entre as prestações correspondentes ao parceiro público e o parceiro privado, inclusive para a garantia a esse último, tidas como não usuais nos contratos tradicionais firmados pela Administração. Todas essas diferentes perspectivas da atuação negocial levada a cabo em sede administrativa abalam o dogma da verticalização das relações contratuais entre a Administração e o particular, sinalizando um maior equilíbrio nas posições assumidas por ambas as partes. (...) parece claro que essa nova forma do agir administrativo resulta na

---

<sup>283</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 255-256.

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 280.

<sup>285</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*, p. 569.

ampliação das bases consensuais naquele campo em que o consenso e bilateralidade são elementos indispensáveis: a atividade administrativa negocial.<sup>286</sup>

Sinalizando para a atualidade e pertinência dessa temática, Romeu Felipe BACELLAR FILHO assevera:

Pensamos que o contrato é uma categoria jurídica que não pertence nem ao Direito Privado nem ao Direito Público, com caráter de exclusividade. Insere-se no Direito e como tal deve ser estudado. (...) O contrato administrativo não se liberta, porém, de algumas características próprias a qualquer avença (...) O instrumento do contrato há de sujeitar-se aos ditames da lei, companheira inseparável do administrador contratante, sempre em perspectiva coletiva e as obrigações contratadas também haverão de postar-se submissas ao conjunto normativo. Afinal, ao Administrador não se confere nenhuma liberdade, antes, um espaço de atuação dentro da lei.<sup>287</sup>

Impende explicitar que a compreensão de uma Administração Pública inserida num contexto de consenso e bilateralidade foi, durante muito tempo, dificultada pela imperatividade do ato administrativo que representava a “sacralização do poder estatal”. Daí a compreensão da recusa da doutrina administrativa em aceitar a figura contratual no âmbito do poder público, conforme anteriormente assinalado.

A Administração Pública, diante do notório alargamento de suas funções para a promoção do bem comum, necessita da colaboração do particular, para o que as formas contratuais clássicas do contrato administrativo têm sido revisitadas e legislações específicas têm sido criadas, com a finalidade de atrair o investidor privado para a realização de obras e serviços que visam beneficiar toda a coletividade.<sup>288</sup>

---

<sup>286</sup> *Ibid.*, p. 570.

<sup>287</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*, p. 183.

<sup>288</sup> Como exemplo, destaca-se a expressão previsão constitucional da modalidade de contrato de gestão, inserido no art. 37, § 8º do texto constitucional por meio da Emenda Constitucional 19/98. “...embora sem utilizar o termo *contrato de gestão*, diz no art. 37, § 8º, que a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre o prazo de duração do contrato, os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades, a remuneração do pessoal.” (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 284). Nesse grupo de novas figuras contratuais é possível ainda destacar os Contratos de Programa, os Termos de Parcerias – que é o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público-, os Contratos de gerência – pelo qual uma empresa privada passa a administrar um ente estatal, por conta e risco do Poder Público, entre outros. (Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 284).

A utilização do contrato como emprego e extensão das técnicas consensuais no âmbito estatal, para a obtenção de resultados, sejam eles meramente econômicos e patrimoniais ou não, tem gerado locuções como Administrar por contrato e, mais recentemente, Administração consensual, sinalizando um novo caminho, no qual a Administração Pública passa a valorizar um modo de administrar não mais por via impositiva ou autoritária.<sup>289</sup>

Dessarte, razão assiste a José Manuel Sérvulo CORREIA ao afirmar que:

“...tem-se podido presenciar o incremento do recurso pela Administração à via contratual de prossecução das suas atribuições. (...) o alargamento do intervencionismo económico do Estado à procura de um novo estilo de administração, mais marcado pela participação dos particulares e por uma maior procura de consenso, flexibilização e particularização das decisões.”<sup>290</sup>

A propósito, vale conferir as ponderações de Maria João ESTORNINHO:

Um direito Administrativo concebido para administrados ‘défendeurs’ revela-se inadequado para proteger administrados ‘demandeurs’ (Debbasch). Por outro lado, se a via autoritária era adaptada a uma sociedade onde o nível cultural era baixo, nos dias de hoje a Administração não pode, frequentemente, ‘agir’, se não conseguir ‘convencer’ (Debbasch). Torna-se, de facto, mais fácil administrar com a adesão do administrado, do que contra a sua vontade. (...) Finalmente, devido à enorme expansão da intervenção do Estado, a via autoritária não é susceptível de ser utilizada, a não ser que se transforme a Administração numa ‘gigantesca máquina repressiva’ (Debbasch).<sup>291</sup>

Nessa linha, há de ser compreendida a necessidade de melhoria nas relações jurídicas contratuais costumeiras no âmbito da Administração Pública, Gustavo Justino de OLIVEIRA, a respeito, destaca:

Assim, ajustes que pretendam formalizar parcerias entre os setores público e privado, visando promover o desenvolvimento dos indivíduos, da sociedade e do país, notadamente

---

<sup>289</sup> Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: *Revista de direito do estado*. Rio de Janeiro, ano 3, n. 10, p. 271-288, abr/jun 2008; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008.

<sup>290</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 353.

<sup>291</sup> ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*, p. 60

por meio da melhoria dos serviços públicos de infra-estrutura, devem ser permeados por novos parâmetros e instrumentalizados por meio de novas formas jurídicas.<sup>292</sup>

É cediço que, em um Estado Democrático de Direito constitucionalizado, é imprescindível que o relacionamento envolvendo a Administração Pública e os particulares contratados seja marcado pela coerência, lealdade, boa-fé e transparência nas atitudes, anteriormente e ao longo da execução do contrato, objetivando preponderantemente a realização do interesse público, que como já debatido neste trabalho, não pertence ao Estado, mas a toda a sociedade.

Nesse sentido, insta frisar posição firmada por Alice Gonzales BORGES, para quem o cumprimento do princípio da boa fé<sup>293</sup> se impõe a ambas as partes contratadas, mas com maior relevo para a Administração Pública:

Ora, em frontal violação a tão salutar princípios, freqüentemente entendem Administrações mal orientadas – impregnadas da filosofia da busca de resultados tão em voga atualmente – que é bom, é salutar, é válido, tirar o máximo de vantagem nas contratações, à custa dos contratados, embora com prejuízo destes, embora violando-se o anteriormente pactuado com os mesmos. Num equivocado entendimento do que seja o atendimento ao interesse público, confundindo com o simples interesse fazendário de carrear mais recursos para os cofres públicos com o mínimo de gastos possível, freqüentemente é espezinhado, violado, em ações diuturnas, constantes, aquele superior princípio da boa fé, que agora norteia o código civil.(...) A jurisprudência de nossos tribunais encontrará respaldo cada vez maior, dentro do próprio direito privado, para conter os desvios éticos e verdadeiros abusos do comportamento dos poderes públicos nas relações com seus contratados, com apoio nos amplos desdobramentos dos princípios da boa fé, do abuso do direito e do enriquecimento sem causa, que agora enriquecem nosso Código Civil.<sup>294</sup>

---

<sup>292</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*, p. 570.

<sup>293</sup> A definição do Princípio da Boa Fé adotada neste trabalho está lastreada nos ensinamentos do civilista SILVIO VENOSA, que se refere ao dever das partes de agir de forma correta antes, durante e até depois do contrato. (Cf. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2004.) Sobre o tema da boa fé em sede contratual administrativa, Alice Gonzáles BORGES transcreve passagem esclarecedora da obra de Jesus Gonzales PEREZ: “A Administração, precisamente por ser possuidora de potestades e prerrogativas, vê-se obrigada, mais que ninguém, a seguir uma conduta de exemplariedade e de boa fé (...)nem pode quebrantar-se os pactos que tenha convencionado, nem atuar à margem da legalidade e da boa-fé a que lhe obrigam pactos que haja concertado.” (PEREZ, Jesus Gonzáles. *El principio general de la buena fé em el derecho administrativo*. 2 ed. Madrid: Civitas, 1989. pp. 54-55. *apud* BORGES, Alice Gonzáles. *Reflexos do código civil nos contratos administrativos*).

<sup>294</sup> BORGES, Alice Gonzáles. *Reflexos do código civil nos contratos administrativos*.

Emerge nítido, pois, o dever do Estado de velar pelo tratamento isonômico das posições jurídicas. Nesse aspecto, conferir a análise de Gustavo Justino de OLIVEIRA:

... o vetor de paridade das relações contratuais em ajustes que visem atingir tais desideratos parece ser a tônica da nova contratualização administrativa. Essa paridade é manifestada notadamente na fase pré-negocial (negociações preliminares) e na fase de formação de contratos que correspondam a esse novo perfil, como é o caso da PP. Também nas fases de execução e extinção desses contratos a tendência – em razão da própria parceria- caminha para novas bases consensuais e paritárias, com a possibilidade de redução do feixe de poderes unilaterais pela Administração, até hoje largamente utilizados no transcurso das relações contratuais. Entretanto, mister é enfatizar que tais considerações não transmudam a PPP em contrato de direito privado. Longe disso, por ser uma espécie de contrato administrativo, dele farão parte cláusulas que assegurem à Administração exercer sua potestade na proporção necessária ao resguardo dos interesses públicos envolvidos. Mas é justamente a medida, a intensidade e a extensão do exercício dos poderes unilaterais da Administração, no curso da relação contratual, que podem e devem passar por uma filtragem, a partir dos ressaltados aspectos e fundamentos da nova contratualização administrativa.<sup>295</sup>

O que vale sublinhar é que é a vinculação direta e imediata ao interesse público que representa o elemento qualificador do contrato administrativo.<sup>296</sup>

Por oportuno, é inegável que, pela submissão ao regime jurídico administrativo, qualquer atividade, seja essa de caráter público ou privado, submete-se ao poder regulador e fiscalizador do Estado, por meio da Administração Pública, cuja existência se justifica pelo atendimento aos superiores fins.<sup>297</sup>

Denota Romeu Felipe BACELLAR FILHO que “é imperioso que o administrador público ou qualquer aplicador do direito tenha em conta que toda interpretação deve necessariamente ser uma interpretação conforme a Constituição.”<sup>298</sup>

O que vale sublinhar é que, hodiernamente, em face do alargamento do leque das atividades administrativas, uma de suas conseqüências está sendo a forte tendência de valorização dogmática dos contratos administrativos que, conjugada com o advento de uma Administração Pública mais democrática e consensual sinaliza o efetivo declínio das soluções imperativas administrativas.

---

<sup>295</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*, p. 572.

<sup>296</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*, p. 30.

<sup>297</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*, p. 192.

<sup>298</sup> *Ibid.*, p. 186.

### 3.4 O CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO FINALÍSTICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

Indubitavelmente, a participação dos administrados e a conformação da consensualidade na esfera administrativa conferem novos usos à categoria jurídica do contrato no setor público, passíveis de serem empregados, com democrática responsabilidade, pela Administração Pública na consecução de suas atividades e persecução de seus fins públicos. Assim, em razão da sua intensa valorização, o contrato administrativo tornou-se um dos institutos centrais do Direito Administrativo.

É cediço que na conceituação dos contratos administrativos o interesse público é a razão essencial dos ajustes travados pela Administração Pública com particulares, na busca pela consecução de determinado objeto, seja ele uma compra, prestação de serviços ou outra necessidade inerente à realização de tarefas públicas. Almiro do COUTO E SILVA coloca em relevo que “todos eles prendem-se diretamente às formas possíveis de colaboração entre particulares e Estado na realização de fins públicos.”<sup>299</sup>

Insta assinalar que, no contrato administrativo, em nome do interesse público, admite-se que em certas ocasiões, uma das partes compareça em posição de superioridade, podendo resolver o contrato ou modificar suas condições de execução, por exemplo. Trata-se do comparecimento da Administração Pública com certas prerrogativas com vistas a assegurar a persecução do interesse público.<sup>300</sup>

Todavia, sustenta Onofre Alves BATISTA JÚNIOR que esse poder não é ilimitado e só pode ser exercido nos exatos limites estabelecidos pela lei, assim aduz o autor:.

O que ocorre é uma regulação diferenciada e peculiar, tendo em vista os interesses em jogo, não eliminando o caráter negocial o fato de não haver igualdade contratual, ou mesmo o fato de o conteúdo dos contratos estar, muitas vezes, previsto em inúmeras cláusulas na lei. Na

---

<sup>299</sup> COUTO E SILVA, Almiro. *Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 04 dez. 2008.

<sup>300</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 260.

verdade, o ente privado, ao contratar com o Estado, não ignora a técnica de gestão pública, nem os dados com que ela joga. O esquema legal pode reservar área maior ou menor à disponibilidade dos entes privados, mas, ainda que essa área se minimize, a própria adesão exprime a vontade do co-contratante da Administração.<sup>301</sup>

Em outras palavras, o fato de o Estado, na realização de suas tarefas administrativas, estabelecer unilateralmente as condições do ajuste não lhe retira a natureza contratual.

O ponto em destaque diz respeito, conforme assevera Marçal JUSTEN FILHO ao fato de que “um contrato administrativo não retrata a autonomia de vontade típica do direito privado, mas é instrumento de realização dos direitos fundamentais.”<sup>302</sup>

Hodiernamente, o que se pode constatar, é que as contratações administrativas são precedidas de consultas e só se consumam após inequívoca manifestação de vontade do particular, pretense contratado<sup>303</sup>. Significa dizer, então, que a antiga relação de imposição/submissão cedeu lugar para a de consulta/faculdade, de tal forma que a vontade do particular possa também, em determinadas situações, contrapor-se à vontade do Estado (ente genérico) no campo do direito público, o que se apresenta até como condição para a perfeição dos contratos administrativos.<sup>304</sup>

Dessarte, razão assiste a Odete MEDAUAR, ao afirmar:

É a época da Administração ‘concertada’. Disseminam-se acordos de diversos tipos, adotando-se, em amplitude, os chamados ‘módulos contratuais ou convencionais’. Tais fórmulas nem sempre se enquadram exatamente nos paradigmas clássicos dos contratos administrativos. Daí ser relevante conferir tratamento amplo à figura contratual, para abrigar fórmulas novas, adequadas ao dinamismo de novos modos de agir da Administração.<sup>305</sup>

---

<sup>301</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 212.

<sup>302</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 280.

<sup>303</sup> Refere-se aqui aos editais de licitações e contratos, por meio dos quais os interessados tomam conhecimento do objeto a ser contratado, das condições de contratação e da respectiva minuta do contrato a ser firmado com a Administração Pública.

<sup>304</sup> Aqui reside um aspecto polêmico, cuja análise e desenvolvimento fogem dos limites deste trabalho: a questão da “vontade” na atuação administrativa. Sobre o tema, recomenda-se, dentre outros: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 195-243.

<sup>305</sup> MEDAUAR, Odete. Convênios e consórcios administrativos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 11, n. 8, p. 451-461, ago 1995, p.457.

Nesse cenário, a posição do particular deixa de ser marcada pela dependência, pela submissão, e passa a ser conduzida pela independência de quem possui capacidade jurídica definida por normas jurídicas, numa relação que tem como pressuposto o acordo de vontades para a formação do vínculo e a estipulação das obrigações recíprocas.

Por isso, razão assiste a Sabino CASSESE quando afirma que:

...o avanço da consensualidade e dos conseqüentes mecanismos de coordenação - a cooperação e a colaboração - leva à valorização dos resultados da ação administrativa, ou seja, passa-se a considerar que tão importante quanto a administração submissa à legalidade (a busca da eficácia), deve ser a boa administração, fiel à legitimidade (a busca da eficiência), em que definem ambas, tanto a eficácia como a eficiência distintos e covalentes direitos subjetivos públicos do administrado.<sup>306</sup>

Verifica-se, portanto, uma mudança no enfoque dos problemas relacionados às contratações administrativas, de forma que é possível perceber um certo abrandamento das colocações clássicas acerca do tema, e que pode ser traduzida como uma visão contemporânea das relações derivadas do contrato administrativo. Repise-se, não se trata, absolutamente, de nenhuma restrição aos poderes ou prerrogativas da Administração. Afinal, a supremacia desta nas suas relações contratuais impõe-se como condição para satisfação do indisponível interesse público.<sup>307</sup>

Com efeito, o processo de democratização do Estado sedimenta a solução contratual como instrumento jurídico de grande relevância, notadamente para o Estado brasileiro para obter acesso aos bens e serviços dos particulares dos quais necessita para a persecução do bem comum.<sup>308</sup>

No entanto, não há que perder de vista que as contratações - como instrumentos imprescindíveis para que a Administração adquira os vários recursos necessários para o cumprimento dos seus objetivos - impõem-se para que possam atingir os objetivos por elas almejados. Acresce-se ainda que o acompanhamento e

---

<sup>306</sup> CASSESE, Sabino. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. In: CASSESE, Sabino. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: ALbeledo Perrot, p. 131.

<sup>307</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Contrato Administrativo. *Boletim de Licitações e Contratos*, [s.l.], n. 4, p. 211-212, 2002, p. 211.

<sup>308</sup> Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 266.

fiscalização eficientes pelo gestor do contrato (Administração Pública), o estabelecimento de condições técnico-financeiras que sejam razoáveis e viáveis ao particular, para que esse, na realização do objeto do contrato não se furte ao cumprimento de todas as condições estabelecidas no instrumento, que, ressalte-se, acima de todos os seus caracteres e requisitos, tem como preceito básico a implementação regular das obras, serviços ou compras contratados, em prol do interesse público que se busca satisfazer por meio da parceria com particulares, configuram-se ações imprescindíveis para o resultado almejado com a contratação.

O ponto em destaque diz respeito à necessidade do permanente controle e acompanhamento da execução do contrato administrativo, pela Administração, não como o puro exercício de uma prerrogativa, mas utilizando-se desse seu poder-dever de instrumento de parceria, cujo verdadeiro fim deve ser o de instruir, orientar, recomendar, enfim, municiar o contratado, para que possam obter os melhores resultados da contratação por meio de uma relação contratual estabilizada.

Seguindo a tendência de aumento de mecanismos de estabilização das relações é que ganha impulso a idéia de confiança legítima, que pretende a estabilização das relações jurídicas envolvendo a administração pública e os administrados. Embora, no Brasil, o princípio da confiança legítima não se encontre expressamente positivado a difusão do conceito já integra o conteúdo de legislação esparsa, como por exemplo, na previsão de decadência contra a Fazenda Pública na Lei de Processo Administrativo Federal, a qual tem sido utilizada por doutrinadores pátrios para a fundamentação baseada na confiança.

Almiro do COUTO E SILVA enfatiza a necessidade de compreender o princípio da confiança legítima como sendo um princípio de conteúdo autônomo. A propósito, vale transcrever as suas esclarecedoras ponderações a respeito:

Por vezes encontramos, em obras contemporâneas de Direito Público, referências a <<boa fé>>, <<segurança jurídica>>, <<proteção à confiança>> como se fossem conceitos intercambiáveis ou expressões sinônimas. Não é assim ou não é mais assim. Por certo, boa fé, segurança jurídica e proteção à confiança são idéias que pertencem à mesma constelação de valores. Contudo, no curso do tempo, foram se particularizando e ganhando nuances que

de algum modo as diferenciam, sem que, no entanto, umas se afastem completamente das outras.<sup>309</sup>

As ponderações de Almiro do COUTO E SILVA evidenciam o reconhecimento da existência do interesse público em se proteger a boa-fé e a confiança dos administrados, tema amplamente já debatido e reconhecido pelo direito alemão.<sup>310</sup> Sustenta o autor que a introdução de elementos novos ao identificar, na dimensão formal do Estado de Direito, a proteção da boa-fé ou da confiança (Vertrauensschutz), consiste na imperiosa necessidade de se resguardarem os particulares dos rumos tomados pelo Poder Público, a produzirem perturbações no estado de coisas sedimentado em face de um direcionamento persistente do mesmo poder.<sup>311</sup>

Com esteio na tendência ora revelada, insta assinalar posição firmada por Ludiana Carla Braga Façanha ROCHA e Márcio Augusto de Vasconcelos DINIZ para quem “a prevalência do princípio da confiança, em casos pontuais, mesmo quando ponderado em relação ao princípio da legalidade, não significa o fim do Estado vinculado à lei.”<sup>312</sup>

Nesse cenário de transição, conforme demonstra Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, há sinais inequívocos, de que

... esse novo Direito Administrativo, que surge enriquecido e expandido, não é mais o do Estado de Direito, em que lhe bastava a legalidade e a eficácia, e reinava soberano o princípio da supremacia do interesse público. Esse, é o Direito Administrativo do Estado Democrático de Direito, em que, além da legalidade, se demanda legitimidade, além da

---

<sup>309</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei n° 9.784/99)*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 04 dez. 2008.

<sup>310</sup> Cf. COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro, n. 84, p. 50-67. out./dez. 1987, p. 55

<sup>311</sup> *Id.*

<sup>312</sup> ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha. DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *A Administração Pública e o princípio da confiança legítima*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/ludiana\\_carta\\_braga\\_façanha\\_rocha.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/ludiana_carta_braga_façanha_rocha.pdf)>. Acesso em: 01 dez. 2008

eficácia se exige eficiência e nele se afirma indisputável, sobre qualquer outras prelações, o princípio da supremacia da ordem jurídica.<sup>313</sup>

Assim, a teoria clássica do contrato administrativo no Estado Democrático de Direito contemporâneo, na busca de soluções consensuais, de acordos, de cooperação, de parcerias entre a Administração e os particulares, ou entre órgãos e entidades públicas, sofre o influxo de nova dogmática, acendendo a discussão desses novos modos de atuação administrativa. A evolução talvez não seja linear, nem unânime, porém se constitui uma tendência contínua, que só verá o seu termo, com um novo cuidado com o direito dos administrados.

---

<sup>313</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Uma Nova Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p.179-182, abr./jun. 2002.

## 4 A TRANSAÇÃO COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO BRASILEIRO

### 4.1 A TRANSAÇÃO E SUA NATUREZA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto da transação foi construído em berço civilista, tendo sido acolhido pela maioria dos códigos modernos, até mesmo pelo Código de Napoleão que representou a origem básica do tratamento do instituto no Direito Civil. No aludido diploma, a definição de transação foi concebida, originalmente, como sendo um contrato pelo qual as partes põem fim a um litígio já nascido, ou mesmo, previnem litígio por nascer.<sup>314</sup>

Consoante Silvio RODRIGUES, transação traduz “o negócio jurídico bilateral através do qual as partes previnem ou extinguem relações jurídicas duvidosas ou litigiosas, por meio de concessões recíprocas, ou ainda em troca de determinadas vantagens pecuniárias.”<sup>315</sup>

No mesmo sentido, Pontes de MIRANDA leciona ser o instituto civil da transação um “negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr a termo a controvérsia sobre determinada ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia.”<sup>316</sup>

Paulo Henrique FIGUEIREDO sustenta que a doutrina não é unânime quanto à natureza jurídica da transação, destacando dois posicionamentos distintos: “uma corrente entende ter ela natureza contratual, ao passo que em outra linha de

---

<sup>314</sup> Cf. CRUZ, Paulo Ricardo de Souza. *A transação no direito tributário*. 2004. Dissertação (mestrado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004. *apud* BATISTA JUNIOR, Onofre Alves, *op. cit.*, p. 300.

<sup>315</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2, p. 314.

<sup>316</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed.. São Paulo: RT, 1971, v. 2, p. 117.

pensamento, oposta à primeira, direciona-se ser a transação uma das modalidades de extinção da obrigação.”<sup>317</sup>

Aduz o autor que o entendimento dominante entre os doutrinadores era o de conceituar a transação como um contrato, tendo por fundamento sua característica de ato jurídico bilateral e sinalagmático. Por outro lado, afirmava que a minoria contraposta fundamentava a interpretação de modalidade de extinção de obrigação pelo fato de ser a transação um ato jurídico destinado, exclusivamente, a resolver um dever estabelecido entre dois sujeitos de direito, razão pela qual, segundo essa última corrente, não seria um contrato.<sup>318</sup> Em suma, os autores que negavam a natureza contratual da transação o faziam sob o argumento de que a função do contrato é a de criar obrigações e não de extingui-las.

A propósito, vale conferir os ensinamentos de Orlando GOMES:

Admite-se modernamente que também têm natureza contratual os negócios jurídicos bilaterais *modificativos* ou *extintivos de obrigações*. Embora a *transação* não se confunda com o *distrato*, que é o acordo puramente extintivo de obrigações contratuais tomadas na sua totalidade, visa a pôr termo a relações jurídicas. Nem por isso deixa de ser contrato.”<sup>319</sup>

Embora as argumentações anteriormente expostas sejam datadas – houve uma evolução considerável no direito civil após a promulgação do novo Código Civil de 2002-, estas se encontram revestidas de valor histórico e hermenêutico inestimável e não poderiam deixar de ser apresentadas uma vez que demonstram a evolução do instituto da transação no direito brasileiro.

Hodiernamente, importa destacar que o novo código civil brasileiro passou a disciplinar o instituto da transação nos artigos 840 até o art. 850, inserindo-o no *Título VI – DAS VÁRIAS ESPÉCIES DE CONTRATO*, consolidando, portanto a opção do

---

<sup>317</sup> FIGUEIREDO, Paulo Henrique. *A transação tributária como expressão dos direitos do cidadão*. Recife: Bagaço, 2004, p. 129. No mesmo sentido, BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 300.

<sup>318</sup> Cf. FIGUEIREDO, Paulo Henrique. *op. cit.*, p. 129. Importa acrescentar que o grande civilista Clóvis BEVILÁQUA defendia o entendimento de que a transação não era um contrato, mas um ato jurídico extintivo das obrigações, tanto que preferiu disciplinar a matéria entre os modos de extinção das obrigações. (Cf. VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.*, p. 316).

<sup>319</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p.543. [grifo do autor].

legislador pátrio no sentido de definir a transação como contrato, qualificando-a como lícita aos interessados para prevenir ou terminar o litígio mediante concessões mútuas. O novel código civilista ainda regula alguns pontos específicos acerca da transação, tal como conta expressamente em seu art. 841 que a transação somente é admitida quanto a direitos patrimoniais de caráter privado<sup>320</sup> e no art. 843 estabelece que a transação não cria, declara ou reconhece direitos pré-existentes, razão pela qual a existência de relação jurídica controvertida é pressuposto de validade para a realização da transação.

Consoante Onofre Alves BATISTA JÚNIOR:

Em síntese, embora a doutrina civilista, usualmente marque que só se pode transacionar aquilo que se pode dispor, na realidade, a idéia de indisponibilidade não se confunde integralmente com a impossibilidade de se transacionar. Mesmo no que diz respeito a direitos absolutamente indisponíveis, é possível que destes decorram efeitos patrimoniais negociáveis. Da mesma forma, do fato de um direito ser absolutamente indisponível não implica que nenhum dos aspectos da questão possa ser objeto de transação, desde que a tutela àquele bem ou direito, holisticamente verificada, seja, de forma mais eficiente, garantida.<sup>321</sup>

Por oportuno, em face da previsão expressa do código civilista, a natureza contratual da transação resta incontroversa no direito brasileiro, como nos termos da conclusão de Silvio de Salvo VENOSA: “Advirta-se que o texto do presente Código, assume decididamente a posição contratualista da transação, ao cuidar do instituto entre as diversas modalidades de contrato (arts. 840 a 850).”<sup>322</sup>

Considerando que a transação pressupõe a existência de lide ou mero conflito de interesses, basta que as partes reconheçam que existe a possibilidade de conflito para ser admissível a transação. Orlando GOMES leciona que “a incerteza não precisa ser objetiva. Cabe transação quanto a direitos incertos unicamente sob o ponto de vista subjetivo.”<sup>323</sup>

---

<sup>320</sup> A restrição legal será objeto de análise específica neste trabalho.

<sup>321</sup> Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 521.

<sup>322</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *op. cit.*, p. 315. No mesmo sentido, GOMES, Orlando. *op. cit.*, p.543.

<sup>323</sup> GOMES, Orlando. *op. cit.*, p.544.

Orlando GOMES ainda registra que “o efeito específico da *transação* é a extinção da relação jurídica controvertida, pela eliminação de sua incerteza. Produz a extinção das obrigações decorrentes da *res dúbia*, e declara ou reconhece direitos.”<sup>324</sup>

Sem detrimento disso, Onofre Alves BATISTA JÚNIOR defende que a transação não se destina tão-somente à extinção de obrigações, sendo que sua finalidade primeira se destina a prevenir ou terminar conflitos e, portanto, segundo o entendimento do autor, muitas vezes ela possui o condão de alterar ou mesmo criar novas obrigações, podendo, mediante o estabelecimento de novo contrato, encerrar ou alterar o contrato anterior, representando esse fato a fragilidade da tese defendida pela corrente que ainda se opõe à natureza contratual da transação.<sup>325</sup>

No tocante aos requisitos para a realização da transação, Silvio de Salvo VENOSA leciona:

Qualquer obrigação que possa trazer dúvida aos obrigados pode ser objeto de transação. Deve ser elástico o conceito de dubiedade. Somente não podem ser objeto de transação, em tese, as obrigações cuja existência, liquidez e valor não são discutidos pelo devedor. Portanto, temos que para seus *requisitos* há necessidade de um *acordo de vontades*; para que as partes façam *concessões mútuas*, ou seja, que cedam parte de suas pretensões em troca de receber o restante em caráter seguro e definitivo e que haja com isso *extinção de obrigações litigiosas ou duvidosas*.<sup>326</sup>

Por oportuno, destaca-se que a transação pode ocorrer no curso da ação judicial, ou fora dela. A transação judicial<sup>327</sup> pode vir por meio de petição com assinatura conjunta das partes litigantes. O art. 842 do novo Código Civil dispõe ainda que, nas obrigações em que a lei exigir, 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.

A esse respeito, registra Silvio de Salvo VENOSA que:

---

<sup>324</sup> *Ibid.*, [grifo do autor]

<sup>325</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 302.

<sup>326</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *op. cit.*, p. 316. [grifo do autor]

<sup>327</sup> Cabe ainda noticiar que a conciliação, a qual retrata o procedimento pelo qual terceiro, alheio ao conflito objetiva aproximar as partes e promover o consenso, configura-se uma espécie processual de transação.

A ausência de homologação não inibe os efeitos da transação entre as partes. (...) A homologação apenas empresta valor processual à transação. Não homologada, mas absolutamente válida e eficaz, o caminho processual será mais longo. A homologação apenas dota a transação ultimada fora dos autos de caráter executório. A homologação é mera confirmação do ato. Pode ocorrer posteriormente a qualquer momento (RT 413/193, 580/187, 550/110, 497/122).<sup>328</sup>

O autor destaca que em se tratando de transação extrajudicial, igualmente a utilização de escritura pública ou particular deve obedecer às exigências da lei, todavia, não há necessidade de palavras formais, o que importa é que o conteúdo da transação esteja bem especificado para o fim de eliminar a controvérsia instalada entre as partes.<sup>329</sup>

No tocante à capacidade civil para transigir, vale destacar que como a transação implica uma concessão, sempre que não houver legitimação para o ato de alinear – sempre tendo em conta a máxima de que transigir é alienar- também não haverá para a realização legitimação para a efetivação da transação.<sup>330</sup>

Quanto aos efeitos decorrentes da transação, como sua natureza jurídica é contratual, devem ser vistos sob os efeitos vinculantes do contrato<sup>331</sup>, bem como estão sujeitos a todos os princípios incidentes sobre o instituto, incluindo o princípio da exceção do contrato não cumprido previsto no art. 496 do Código Civil de 2002.<sup>332</sup>

Insta assinalar ainda que o Código Civil brasileiro dispõe expressamente sobre as nulidades e anulabilidades da transação – arts. 850 e 849, respectivamente-, bem como sobre a regra de interpretação restritiva aplicada à matéria – art. 843-, uma vez que, como a transação implica sempre renúncia de algum direito em razão das

---

<sup>328</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *op. cit.*, p. 319.

<sup>329</sup> *Ibid.*, p. 320.

<sup>330</sup> *Id.*

<sup>331</sup> Orlando GOMES leciona: “O principal efeito do contrato é criar um vínculo jurídico entre as partes. Fonte de obrigações, é tamanha a força vinculante do contrato que se traduz, enfaticamente, dizendo-se que tem força de lei entre as partes. O contrato deve ser executado tal como se as suas cláusulas fossem disposições legais para os que o estipularam. Quem assume obrigação contratual tem de honrar a palavra empenhada e se conduzir pelo modo a que se comprometeu. A primeira consequência da *força vinculante* do contrato é a sua *irretratabilidade*. (...) A segunda consequência é expressa no *princípio* de que o contrato não pode ser alterado pela vontade exclusiva de um dos contratantes.” (GOMES, Orlando. *op. cit.*, p.191). [grifo do autor].

<sup>332</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *op. cit.*, p. 321.

concessões recíprocas das partes, não é admissível a realização de interpretação ampliada acerca da transação.

Denota Orlando GOMES que a natureza contratual da transação explica a relatividade de seus efeitos: “A transação é *res inter alios acta*. Não aproveita, nem prejudica, senão aos que nela intervieram. Por outras palavras, obriga exclusivamente as partes.”<sup>333</sup>

Nesse sentido, insta frisar posição firmada por Onofre Alves BATISTA JÚNIOR acerca de que “... a transação é um instituto essencialmente pragmático. As partes subtraem a solução da lide do Estado-Juiz e lhe dão a sua própria solução, numa visão pragmática do problema.”<sup>334</sup>

Com efeito, é possível afirmar que a transação revela-se um mecanismo de pacificação de conflitos com vistas a obter uma maior celeridade na solução da controvérsia instalada na relação jurídica, bem como se apresenta como uma resposta alternativa ao excessivo prolongamento dos tradicionais processos unilaterais administrativos e judiciais de solução de litígios. Além do que, seu aspecto não conflitual representa um fator de melhor aceitação pelas partes, possibilitando mais aceitação do que imposição, visto que participam efetivamente da solução alcançada.

#### 4.2 O DIREITO PÚBLICO BRASILEIRO E A UTILIZAÇÃO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A QUESTÃO DA DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS PATRIMONIAIS

A doutrina administrativa pátria tem discutido a implementação das técnicas consensuais de solução de conflitos, em especial a transação e a arbitragem<sup>335</sup>,

---

<sup>333</sup> GOMES, Orlando. *op. cit.*, p.546. [grifo do autor]

<sup>334</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 304. Cumpre aduzir que se a solução da controvérsia é dada por terceiro, tratar-se-á de mediação ou arbitragem, mas não de transação, que requer a manifestação volitiva dos transatores.

<sup>335</sup> Nesse ponto, é necessária uma ressalva de caráter metodológico: a arbitragem não será objeto de análise e aprofundamento neste trabalho. O tema da arbitragem foge dos limites deste trabalho e será apenas apresentado no sentido de propiciar uma melhor compreensão dos meios alternativos de solução de controvérsias adotados no Direito Público brasileiro. Sobre o tema recomenda-se: LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

institutos plenamente aplicáveis no âmbito do Direito privado e que, com algumas ressalvas, iniciam sua incursão no campo do regime jurídico de Direito público.

Constatando que a transação é um instituto jurídico eminentemente de Direito Privado, sustenta Paulo Henrique FIGUEIREDO que com algumas adaptações tem ela sido adotada no Direito Público pátrio, em especial no Direito Tributário, no qual foi recepcionado com algumas modificações, como uma das formas de extinção das obrigações tributárias por meio do art. 156 do Código Tributário Nacional. Aduz ainda o autor que o art. 171 do mesmo *códex* estabelece que a celebração da transação poderá ser facultada em legislação específica a qual indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.<sup>336</sup>

Se, por um lado, o Direito Tributário impõe algumas limitações e pressupostos específicos que acabam por restringir as possibilidades de celebração, em razão de sua subordinação ao princípio da tipicidade; de outro, o princípio da legalidade expresso no art. 37 da Constituição Federal não afasta a possibilidade de transação, apenas determina a necessidade de lei que indique a autoridade competente e procedimento para que a Administração fiscal realize a transação.<sup>337</sup> Trata-se da imposição da Administração Pública ao princípio da legalidade.

Nesse enfoque, Paulo Henrique FIGUEIREDO enfatiza:

...podemos concluir que a transação tributária é um dos meios para a extinção da obrigação tributária, caracterizando-se como um acordo, permitido e no estrito liame da lei, no qual o Estado credor efetua concessões ao sujeito passivo, que também as fará, com o fito de decidirem um vínculo obrigacional litigioso entre ambos. (...) O instituto estudado sob a ótica do Direito Tributário está sujeito a todos os princípios e mandamentos legais inerentes ao ramo do Direito Público, apesar de possuir os mesmos elementos constitutivos do Direito Privado.<sup>338</sup>

Onofre Alves BATISTA JÚNIOR com precisão afirma que as regras, bem como os princípios que disciplinam o procedimento de celebração de transações

---

<sup>336</sup> Cf. FIGUEIREDO, Paulo Henrique. *op. cit.*, p. 133-134. O autor registra que, "...a transação em Direito Tributário exige a habilitação legal, assim entendida como a autorização expressa em lei específica, para que a Administração Pública possa transacionar, não podendo esta ultrapassar seus exatos limites." (FIGUEIREDO, Paulo Henrique. *op. cit.*, p. 139-141)

<sup>337</sup> Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 425.

<sup>338</sup> FIGUEIREDO, Paulo Henrique. *op. cit.*, p. 139-142.

administrativo-tributárias, são normas do Direito Administrativo, tais como os princípios da eficiência administrativa, da impessoalidade, da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, entre outros. Vale transcrever a abordagem esclarecedora feita pelo autor:

As normas que regem o procedimento e a celebração de transações administrativo-tributária não são normas que disciplinam a instituição de tributos, mas normas do que se pode chamar de Direito Administrativo Tributário. Exceto por algumas espécies de transações muito específicas, a transação administrativo-tributária está disciplinada no processo administrativo tributário, sistematizado por um Direito Administrativo Tributário. Não há como tentar enxergar essas manifestações do poder de polícia sob as lentes convergentes do Direito Tributário, uma vez que a disciplina dessas figuras está, por demais, nos domínios do Direito Administrativo.

Aliás, o entendimento supra encontra respaldo no grande tributarista Geraldo ATALIBA, cujas palavras merecem ser destacadas:

...cientificamente, não há distinção possível entre a matéria tributária e a administrativa, porque ontologicamente os respectivos sistemas de normas obedecem ao mesmo regime, informam-se pelos mesmos princípios gerais e adotam as mesmas categorias e institutos gerais. São relações entre parte e todo. Didática e praticamente, se convencionou discernir a parte (Direito Tributário), pelo isolamento do instituto fundamental daquele (o tributo). Reconhece-se o subsistema Direito Tributário, dentro do sistema positivo do Direito Administrativo. Em torno desta noção se construiu a ciência do Direito Tributário, com autonomia didática...<sup>339</sup>

Não se desconhece que a aceitação da possibilidade de celebração administrativa tributária no direito brasileiro, entretanto, não é pacífica. Para diversos doutrinadores<sup>340</sup>, o instituto da transação não poderia existir no ramo tributário, sob o argumento de que a autoridade tributária não poderia fazer concessões ao efetuar a atividade administrativa do lançamento tributário, mas, deveria apenas fazê-lo conforme determina a lei.<sup>341</sup>

Porém, na realidade, a transação administrativo-tributária representa contrato de Direito Público, o qual possibilita, em razão à existência de controvérsias e

---

<sup>339</sup> ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 38.

<sup>340</sup> Nesse sentido, dentre outros: CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 198-199.

<sup>341</sup> Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 417.

mediante concessões recíprocas, a fixação acordada do montante do crédito tributário, anteriormente ao lançamento, ou ainda, a extinção de obrigações tributárias por meio de redução ou perdão de multas, ou até mesmo o afastamento do tributo, tal como se dá na remissão ou anistia de tributos. Destaca-se que a remissão nada mais é do que modalidade de transação administrativo-tributária, uma vez que é terminativa do litígio.<sup>342</sup>

Salienta-se ainda que, conforme já exposto neste trabalho, é o próprio Código Tributário Nacional em seu art. 171 que, ao estabelecer cláusula setorial autorizativa, admite que a Administração celebre transação com o cidadão, que permite que o crédito se mantenha tributário e que, pelo consenso, sejam acertados alguns elementos ou aspectos da obrigação tributária controversa.

Insta frisar que, em sede do Direito Tributário, a exigência de lei específica autorizativa visa atender o comando constitucional expresso no art. 150, § 6º da Constituição Federal, de tal forma que a renúncia de receita não viole a competência constitucionalmente estabelecida. Sem embargo, não existem barreiras constitucionais impeditivas para que seja outorgada legalmente à Administração a faculdade de disposição do crédito tributário, senão apenas alguns cuidados e limitações especiais.<sup>343</sup>

Por oportuno, ainda no que se refere à matéria tributária cabe assinalar que se encontra em discussão nas casas legislativas federais, minuta de anteprojeto de lei geral de transação tributária de autoria do professor Heleno Taveira TORRES<sup>344</sup>, o que demonstra a realidade na busca por soluções consensuais para a resolução de conflitos de direito público brasileiro, notadamente, na esfera administrativa.

Denis Borges BARBOSA discorreu acerca das condições e práticas do uso da transação nas várias esferas da Administração, abordando sua apreciação pelos tribunais e pelos juristas pátrios. Referido autor assevera que quando o litígio está juridicizado existe um número de leis e atos normativos que autorizam a transação

---

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 419.

<sup>343</sup> *Ibid.*, p. 430-431.

<sup>344</sup> A minuta do referido projeto de lei geral de transação tributária encontra-se disponível em: <[http://www.apet.org.br/projeto\\_lei/pdf/pro.fede19.04-7.pdf](http://www.apet.org.br/projeto_lei/pdf/pro.fede19.04-7.pdf)>. Acesso em: 01 dez. 2008.

administrativa, sendo que, em determinados casos o poder de transigir em juízo e desistir é limitado por alçada e tipo de feito e, em outras situações o próprio conteúdo da transação é estabelecido na lei. Destaca também a autorização legal para a utilização do instituto da transação nas situações em que a jurisprudência é maciçamente adversa ao posicionamento estatal, bem como nos casos em que retrata atuação administrativa se mostra viável para a imediata realização do interesse público.<sup>345</sup> Observe-se que a pesquisa do autor demonstra que a Administração estaria

---

<sup>345</sup> Autorizam, na esfera da União, a transacionar em juízo, por exemplo, a Lei Complementar N° 73, de 10 de fevereiro de 1.993, o Decreto N° 4.250, de 27 de maio de 2002, a Lei N° 9.469, de 10 de julho de 1.997, a Lei N° 10.667, de 14 de maio de 2003, Decreto N° 4.250, de 27 de maio de 2002, entre outros. Estabelecem o poder de transigir e desistir, por exemplo, a Lei 9.649: *Art. 1° O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não propositura de ações e a não-interposições de recursos, assim como o requerimento de extinção de ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes, ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas. § 1° Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado no caput, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Ministro do Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, no caso da União, ou da autoridade máxima da autarquia, da fundação ou da empresa pública. § 2° Não se aplica o disposto neste artigo às causas relativas ao patrimônio imobiliário da União. Art. 2° O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, fundações ou empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos, homologáveis pelo juízo, nos autos dos processos ajuizados por essas entidades, para o pagamento de débitos de valores não superiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em parcelas mensais e sucessivas até o máximo de trinta.* Como exemplo do caso em que o conteúdo da transação é definido pela lei: Lei N° 10.667/2003: *Art. 23 (...) § 1° Caberá à Funasa a análise individual de cada contrato diante da legislação Federal, para fins de reintegração e pagamento dos atrasados, desde que firmado termo de transação por meio do qual o interessado renuncie aos direitos postulados no processo judicial mencionado no caput, bem como a qualquer ação judicial tendente ao reconhecimento de direito de ordem moral ou patrimonial decorrente dos fatos narrados no mesmo processo.* A questão da existência de maciça jurisprudência contrária ao ente público, que seria autorizativa para a celebração da transação, foi analisada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, por meio da Informação n° 57/2000, disponível em <http://www.tce.rs.gov.br/Consultas/Informacoes/Info-2000/pdf/57-2000.pdf>. Acesso em 27/10/03, a qual contém a seguinte recomendação: “(...) g) em atendimento ao princípio constitucional da legalidade, **a efetivação do acordo judicial deveria estar respaldada em lei**, a qual estabeleceria, de forma genérica, os casos, limites, condições, requisitos e critérios objetivos, **considerando a necessária observância aos princípios da igualdade, da economicidade, finalidade, razoabilidade, dentre outros** (art. 37, *caput*, da CF), afastando, assim, por via de consequência, o duplo grau de jurisdição (reexame necessário). Isto equivaleria dizer que, em todas as situações que se amoldassem aos exatos ditames da lei, seria possível a transação judicial (...). Nas situações em que a transação se manifesta como meio adequado para permitir a imediata realização do interesse público, tem-se o exemplo da Instrução Normativa N° 5 de 11 de julho de 2002 do INCRA, publicada no D.O.U. em 29/07/02: “*Art. 1° A transação ou acordo judicial em ação de desapropriação por interesse social, para os fins de reforma agrária, somente será autorizada a ser firmada quando atenderem aos*

autorizada a utilizar da transação sempre que o conflito esteja judicializado, demonstrando certa ineficiência administrativa, uma vez que a utilização prévia do consenso, além de possibilitar o ajuizamento da demanda estaria conferindo maior estabilidade na relação entre administração e cidadãos.

Após a realização da pesquisa, Denis Borges BARBOSA apresenta suas conclusões acerca do tratamento do instituto da transação pela Administração Pública brasileira:

- a) a transação implica em disponibilidade do interesse; nem todos os interesses na esfera da Administração seriam indisponíveis, o que preserva a possibilidade de transigir;
- b) impossível a transação quando existe vedação legal de seu objeto ou vedação específica para transigir;
- c) a indisponibilidade patrimonial e mesmo apatrimonial quanto a bens é relativa, suscetível aos mecanismos de desafetação;
- d) a disponibilidade de interesses envolvendo os poderes da Administração encontra restrições mais veementes, embora se incline a critérios como economicidade e razoabilidade;
- e) existem intensas restrições doutrinárias à transação pela Administração, muito embora a jurisprudência pareça prestigiar mais intensamente o requisito da competência legal do agente transigente do que o conteúdo dos interesses transigidos;
- f) admite-se a transação extrajudicial, muito embora a maioria dos textos legais, pareceres e julgados enfatizem a desejabilidade ou mesmo obrigatoriedade que a transação seja judicial;
- g) no tocante à transação tributária, prevista no CTN, encontram-se normas legais abrangentes, não questionadas judicialmente prevendo acerto na totalidade do objeto do tributo; mas a maioria dos índices pesquisados aponta para a restrição objetiva da matéria transacionável, e imposições de cautela específica;
- h) entrevê-se indisponibilidade dos interesses contratuais da Administração quando vinculados ao exercício da supremacia;
- i) a transação judicial é extensamente praticada, seja como instrumento de eficiência, seja como instrumento de razoabilidade;
- j) é particularmente consagrada na doutrina, jurisprudência, e pelos órgãos de tutela da Administração a transação em matéria já consolidada pela jurisprudência dominante;
- k) a transação, especialmente em matéria tributária, suscita importantes questões quanto à isonomia e transparência.<sup>346</sup>

Constatando que a negociação há muito se opera na órbita estatal, Tomás-Ramón FERNÁNDEZ e Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA registram não ser

---

*princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como traduzir racionalidade no emprego de recursos públicos, dentro de critérios técnicos que visem minimizar os custos de obtenção de terras rurais, agilizar a transferência de domínio e atender as razões de oportunidade e conveniência administrativas.*” (Cf. BARBOSA, Denis Borges. *Nota sobre o uso da transação pela Administração Pública*. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/transigir.doc>>. Acesso em: 20 fev. 2009). [grifo nosso]

<sup>346</sup> *Id.*

possível ignorar que a “Administração negocia e que a negociação converteu-se em um instrumento imprescindível para a tarefa de administrar.”<sup>347</sup>

Vale sublinhar que, ainda que o caráter público das atividades estatais induza a solução judiciária para as controvérsias em que o Estado ou suas emanações oficiais venham a ser parte<sup>348</sup>, a implementação de métodos alternativos para a solução de conflitos no Direito Público vem, gradativamente, ganhando mais espaço e defensores.

Um bom exemplo se deu com a promulgação da Lei de Arbitragem – Lei 9.307/96.

O ordenamento jurídico brasileiro, de longa data, possibilitava a solução de conflitos por meio da arbitragem, seja para dirimir disputas internacionais, como para solucionar matérias de Direito privado, especialmente, de Direito comercial.<sup>349</sup> No entanto, a consagração do instituto somente ocorreu com a promulgação da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), cujo art. 1º dispõe que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.<sup>350</sup>

Mesmo após a promulgação da referida legislação, no campo doutrinário do Direito Público, muito se debateu sobre a viabilidade jurídica da arbitragem no âmbito dos contratos administrativos, alegando-se que a Administração Pública não estaria

---

<sup>347</sup> FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, 1999, v. 1, p. 663.

<sup>348</sup> Segundo Selma LEMES, a imunidade absoluta da jurisdição estatal foi observada até os anos noventa pelo Supremo Tribunal Federal, muito embora haver sido superado há muito tempo na ordem internacional a configuração do Estado como concebida a partir da paz de Westfália, de 1648, segundo a qual o Estado era dotado de soberania absoluta, não estando sujeito a qualquer outro na ordem internacional. (Cf. LEMES, Selma. *op. cit.*, p. 19)

<sup>349</sup> O CPC, de 1939, já adotava a arbitragem, julgada compatível com a Constituição de 1946 – art. 141 § 4º. Cf. SZKLAROWSKY, Leon Fredja. *Uma nova visão da arbitragem*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/textos.asp>> Acesso em: 17 ago. 2004. Nesse sentido, Selma LEMES registra que: “Verifica-se que a arbitragem no setor público teve ampla aplicabilidade desde o início dos contratos de concessão de serviços públicos, em 1850, servindo, inclusive, para solucionar questões referentes à encampação pelo Poder Público ao término do contrato de concessão. Destarte, na época atual, com muito mais pertinência, esta possibilidade se concretiza e se confirma, pois desde as duas últimas décadas do século passado o Direito Administrativo passa a se reger por novos paradigmas, alicerçados no Direito Constitucional.” (LEMES, Selma. *op. cit.*, p. 83).

<sup>350</sup> Do conceito de direitos patrimoniais disponíveis dependerá a aplicabilidade da lei de arbitragem às relações decorrentes de licitações que culminam com a celebração de contratos administrativos. Cf. VAZ, Isabel. Arbitragem, licitação e livre concorrência. *Revista de direito municipal*. Belo Horizonte, v. 4, n. 7, p.173-182, jan./mar. 2003. p. 164.

autorizada, em virtude dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, a renunciar ao direito de recorrer ao Judiciário para dirimir suas controvérsias, bem como, que tal atitude implicaria violação ao princípio da legalidade, tendo em vista que a solução arbitral pode, em tese, fundar-se por equidade.<sup>351</sup> Sob tais argumentos, à primeira vista, o dispositivo da lei de arbitragem que restringe sua aplicação à solução de questões referentes a direitos patrimoniais disponíveis pareceria afastar a possibilidade de sua aplicação nos litígios em que uma das partes seja o Estado.<sup>352</sup>

A diferença entre interesse público primário e sua indisponibilidade e o interesse público secundário com nítida repercussão patrimonial e, por conseguinte, disponível,<sup>353</sup> tem sido enfrentada e consolidada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ<sup>354</sup>, que tem enfatizado a diferença entre duas espécies de interesse público que desde há muito tempo já são estabelecidas pela doutrina e cuja temática já fora enfrentada inicialmente neste trabalho.<sup>355</sup>

Amparada na linha da argumentação proferida pelo STJ, Selma LEMES assinala que os interesses da Administração são disponíveis quando se tratar de direitos patrimoniais (econômicos) os quais se referem aos interesses públicos secundários, que são disponíveis e servem para operacionalizar (caráter instrumental) os interesses públicos originários.<sup>356</sup>

Ora, tal posicionamento sinaliza que a adoção de meios alternativos para a solução de controvérsias – seja o instituto da arbitragem ou da transação, entre outros - é plenamente compatível com o Direito Público brasileiro, não existindo óbices para

---

<sup>351</sup> WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de. et al. *Op. cit.*, p. 268.

<sup>352</sup> VAZ, Isabel. *Op. cit.*, p. 165.

<sup>353</sup> Cf. LEMES, Selma. *op. cit.*, p. 137-141.

<sup>354</sup> “Não há interesse público indisponível, mas apenas o interesse da administração – interesse público secundário – de minimizar os prejuízos patrimoniais sofridos pela administração pública.” (Resp 303.806 – RO, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 22.03.2005). “Em ação de natureza privada sobre questão meramente patrimonial, não cabe intervenção do Ministério Público como ‘custos legis’ apenas por ser elevada a importância a que poderia ser condenada a pagar a entidade pública.” (Resp 327.285 – DF, Relator Ministro Ruy Rodado de Aguiar, julgado em 18.03.02). “Não se pode confundir interesse da Fazenda Pública com interesse público. Interesse público é o interesse geral da sociedade, concernente a todos e não ao Estado.” (Resp. 197.586 – SP, Ministro Relator Garcia Vieira, julgado em 05.04.1999)

<sup>355</sup> Cf. debatido no capítulo 2 do presente trabalho.

<sup>356</sup> Cf. LEMES, Selma. *op. cit.*, p. 141.

sua implementação. É certo que, inicialmente repudiada, a arbitragem foi sendo gradativamente inserida em no ordenamento jurídico pátrio ao longo do tempo.

Conforme discorre Leon Fredja SZKLAROWSKY<sup>357</sup>, de longa data já se opera na esfera das relações contratuais administrativas a solução amigável de controvérsias por meio da arbitragem, a conferir:

...a Lei 8.987/95, que regula o regime de concessão e permissão de serviços públicos previstos no artigo 175 da CF, estabelece como *cláusula essencial* a que diz respeito ao foro e ao *modo amigável de solução de divergências contratuais*, aplicando-se a esses contratos administrativos também a Lei 8.666/93 (artigo 2º).<sup>358</sup>

Denota-se que a lei de concessão de serviço público, nesse dispositivo, está ampliando e esclarecendo o previsto no art. 54 da lei 8.666/93<sup>359</sup>, sob a máxima proteção do manto constitucional, tendo em vista o disposto nos arts. 173, § 1º, II e 175, § único, I da CF/88.<sup>360</sup> Ainda, o texto constitucional em seu art. 23, XV, determina serem cláusulas essenciais do contrato de concessão aquelas referentes ao

---

<sup>357</sup> A título de esclarecimento cabe anotar que o autor encaminhou ao então Vice-Presidente da República, Marcos Maciel, autor do projeto de lei que se transformou na Lei 9.307 e ao professor Gilmar Ferreira Mendes, proposta visando acrescentar à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública – Lei 8.666/93, uma disposição semelhante à já existente na Lei 8.987/95, que trata do regime de permissão e concessão de Serviço Público (art. 23, XV), permitindo expressamente a solução das divergências contratuais e no âmbito das licitações, de forma amigável, através da arbitragem. O proposto dispositivo, norma geral, poderá ser inserido no lugar do parágrafo 4º, do artigo 3º da citada Lei 8.666. Esse parágrafo fora vetado pelo Presidente da República e encontra-se ocioso, *in verbis*: “O artigo 3º da Lei 8.666/93 fica acrescido do parágrafo 4º: ‘*No âmbito das licitações e nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, as divergências contratuais e sobre o certame licitatório poderão ser solucionadas, de forma amigável, por meio de arbitragem, contando com a presença de representante do contratante – Poder Público – e desde que prevista, no edital e no contrato.*’” (Cf. SZKLAROWSKY, Leon Fredja. *A arbitragem e a administração pública*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/textos.asp>> Acesso em: 22 jul. 2004).

<sup>358</sup> *Id.* [grifo do autor]

<sup>359</sup> O Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por unanimidade, reconheceu a possibilidade de adoção do juízo arbitral para dirimir questão contratual, conforme consta em uma parte da ementa: “III Pelo art. 54, da Lei 8.666/93, os contratos administrativos regem-se pelas suas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, o que vem reforçar a possibilidade de adoção do juízo arbitral para dirimir questões contratuais.” (Mandado de Segurança nº 1998 00 2 003066-9, julgado a 18 de maio de 1999). (Cf. VAZ, Isabel. *op. cit.*, p. 169).

<sup>360</sup> LEMES, Selma M. Ferreira. *Arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitralidade objetiva, confidencialidade ou publicidade processual*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/textos.asp>> Acesso em: 22 abr. 2004.

*foro e a modo amigável de solução das divergências contratuais.* Nesse sentido, tais diplomas legais podem ser considerados precursores da evolução dos meios alternativos de solução de controvérsias em contratos administrativos.

Mais recentemente, outros diplomas legais foram consolidando, no ramo do Direito Público, a adoção de mecanismos alternativos para a solução de controvérsias contratuais. A promulgação da Lei N° 11.196, publicada no Diário Oficial da União em 22.11.2005, a qual alterou a redação dada ao art. 23 da Lei 8.987/95 – Lei das Concessões-, estabelece de forma expressa, *in verbis*:

**Art. 23-A.** O contrato de concessão poderá prever o emprego de **mecanismos privados para a resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato**, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n° 9.307, de 23 de setembro de 1996.<sup>361</sup>

Posteriormente, o Decreto N° 6.017, de 17 de janeiro de 2007, o qual regulamentou a Lei n° 11.107 – Lei dos Consórcios Públicos, assim dispôs:

**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.<sup>362</sup>

Por oportuno, cumpre registrar que não se desconhece que o instituto da transação desde longa data é admitido em sede de Direito do Trabalho, bem como no Direito Penal, no qual quando a própria liberdade individual pode estar em jogo, deve ser aberta a possibilidade de transação.<sup>363</sup>

---

<sup>361</sup> Cf. Art. 120 da Lei n° 11.196 que Institui O Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação – REPEs, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão, de 21.11.2005. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 16 dez. 2008. [grifo nosso]

<sup>362</sup> Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 16/12/2008. [grifo nosso]

<sup>363</sup> Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 461. O autor coloca que a transação penal, constitucionalmente prevista, deve ser homologada pelo judiciário.

São apenas alguns exemplos que evidenciam a existência, no ramo do Direito Público e, em legislações específicas, de autorização para a utilização de mecanismos estimuladores de pacificação de conflitos por meio de métodos alternativos para solução de controvérsias.

Assim, é possível afirmar que a utilização de instrumentos consensuais no âmbito do Direito Público, notadamente em sede administrativa, indica, não somente uma linha de transformação da dogmática clássica fundamentada do ato de autoridade, mas também uma evolução do próprio modo de agir da Administração Pública.

#### 4.3 A PERSPECTIVA DE RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS NO CURSO DA TRANSAÇÃO: O IMPERATIVO ÉTICO DA BOA GESTÃO PÚBLICA

A nova dogmática juspublicista tem sinalizado que a negociação se converteu em instrumento imprescindível para a tarefa de administrar.<sup>364</sup>

Nesse cenário de transição do Direito Público, Fábio Medina OSÓRIO sustenta a necessidade de aprofundar o olhar sobre o sistema jurídico como um todo, em busca de respostas adequadas aos problemas que surgem e se desenvolvem nas sociedades complexas e pragmáticas, os quais requerem ponderações que ultrapassam as clássicas assertivas em torno do papel e das funções do Estado.<sup>365</sup>

Especificamente no tocante à utilização de métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito do Direito Público, dentre os quais se insere a transação, é praticamente inevitável fugir do debate de temas controvertidos que ainda despontam discussões acaloradas entre os doutrinadores pátrios.

Refere-se, num rol meramente exemplificativo, à discussão acerca da questão do campo e “amplitude” da discricionariedade, da legalidade *versus* a juridicidade, da

---

<sup>364</sup> Conforme debatido no capítulo 3 do presente trabalho. A esse respeito, Maria João ESTORNINHO registra que “...devido à enorme expansão da intervenção do Estado, a via autoritária não é mais susceptível de ser utilizada, a não ser que se transforme a Administração numa ‘gigantesca máquina repressiva’.” (ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*, p. 60).

<sup>365</sup> Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: RT, 2007, p. 132.

indisponibilidade e supremacia do interesse público<sup>366</sup>, dentre outros, institutos que deságuam no tema da sindicabilidade dos atos da Administração Pública e que merecem releitura sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais e não apenas à legalidade estrita.

Eis que a atividade de justificação ganha conotação especial na atuação administrativa de tomada de decisão. Ao discorrer sobre o ônus de argumentação, Antonio Calvacanti MAIA registra que “argumentar significa acima de tudo, fornecer razões que dêem suporte a determinadas conclusões; é basicamente, uma atividade de justificação. (...) Uma argumentação garante razões para que se acredite em uma certa conclusão, razões geradoras de convicção”.<sup>367</sup>

Na lição de Robert ALEXY, a problemática da justificação de afirmações normativas implica que as afirmações normativas não podem ser testadas por referência a quaisquer entidades não-empíricas por métodos das ciências empíricas, tendo em vista que tais teorias não estão ligadas à exigência de correção dos julgamentos de valor e de obrigação. Esclarece o autor que a argumentação jurídica permanece totalmente dependente dos argumentos práticos gerais; assim, é racional introduzir formas e regras de argumentação jurídica e institucionalizá-las como ciência jurídica visando possibilitar reduzir o alcance de possibilidades discursivas na área da incerteza deixada pelas normas jurídicas.<sup>368</sup>

Desse modo, ao efetuar a ponderação dos interesses em conflito, o administrador público deverá pautar-se pela justificação da escolha adotada, representando verdadeira motivação da decisão administrativa acordada.

---

<sup>366</sup> Os temas elencados e suas respectivas controvérsias na doutrina pátria, foram apresentados nos capítulos anteriores do presente trabalho, notadamente quando tratou-se da dinamicidade histórica e evolutiva do Direito Administrativo brasileiro. Nesse sentido, neste capítulo, a temática será apenas revisitada de tal forma a permitir o suave desencadeamento das idéias do leitor ao longo do texto.

<sup>367</sup> MAIA, Antonio Calvacanti. Apresentação: pesquisa jurídica, curiosidade científica e argumentação. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, prefácio.

<sup>368</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 181.

Porém, convém, desde logo, assinalar um aspecto relevante: nem sempre os acordos são capazes de garantir, em sua totalidade, a solução mais eficiente ou mesmo a correção da decisão administrativa.<sup>369</sup>

A partir dessa ótica, importa assinalar que é a discricionariedade –entendida com espaço de liberdade de atuação do administrador público, devidamente vinculada pelo ordenamento jurídico<sup>370</sup>- que possibilita a realização da transação pela Administração Pública, exatamente por meio da busca da compatibilização e ponderação dos interesses e valores envolvidos em cada caso concreto. Afinal, transacionar implica dispor de direitos, ou de parte deles, para o fim de estabelecer um ponto de consenso para a resolução de controvérsias.

Com efeito, é ao administrador público, como gestor da coisa pública, que cabe o dever de efetuar a melhor escolha com vistas à otimização do interesse público.<sup>371</sup>

Desponta nítido que a valoração dos fins a serem atingidos é relevante para a sindicabilidade do processo de transação, para o fim de avaliar eventual desvio de finalidade ou de poder na sua condução por parte do agente público.

Claro que não se ignora que o excesso de controle equivaleria ao não-controle e, como conseqüência ter-se-ia a supressão do discernimento, da capacidade de

---

<sup>369</sup> Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 546

<sup>370</sup> Gustavo BINENBOJM defende que com a nova concepção de discricionariedade, ocasionada, principalmente, pela *principalização* do direito brasileiro que aumentou a margem de vinculação dos atos discricionários à juridicidade, formou-se a convicção de que não há diferença de natureza entre o “ato administrativo vinculado” e o “ato administrativo discricionário”, sendo a diferença o *grau de vinculação*. (...) Se os atos vinculados estão amarrados à letra da lei, os atos discricionários, por sua vez, estão vinculados diretamente aos princípios. (Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 210).

<sup>371</sup> No mesmo sentido, manifestou-se o STF: “Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. E, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá a ultimação deste interesse...” (RE 253885/MG – Rel. Min, Ellen Gracie, julgado em 4.6.2002)

inovação crítica e da maleabilidade – pressupostos da gestão pública eficaz. Nessa ordem de idéias, o agente público deve se conduzir pela busca da melhor solução.<sup>372</sup>

Assim, alude-se a Fábio Medina OSÓRIO:

Porém, relevante, na formatação dos pressupostos de responsabilidade do agente, é a valoração profunda dos fins que ele perseguiu, em consonância com os fins que deveria ter perseguido. Essa valoração depende de um processo crítico, no qual o sujeito avalia e percebe a real dimensão das finalidades legais, regulamentares, ou mesmo das finalidades proibidas. Um conjunto de consideráveis circunstâncias entra em jogo, denotando a complexidade do juízo crítico que se quer formular. (...) A valoração não se contenta com o *status* da lei ou do regulamento, buscando lançar um olhar além das categorias formais, rumo ao campo axiológico da Constituição.

Sem prejuízo disso, cumpre aduzir que poderão existir situações em que o agente público persiga finalidades privadas<sup>373</sup>, desviando-se da busca pelo interesse público e violando princípios reitores do ordenamento jurídico, notadamente, os princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o particular.<sup>374</sup>

A esse respeito, confira-se o posicionamento de Emerson GARCIA:

A debilidade democrática facilita a propagação da corrupção ao aproveitar-se das limitações dos instrumentos de controle, da inexistência de mecanismos aptos a manter a administração restrita à legalidade, da arbitrariedade do poder e da conseqüente supremacia do interesse dos detentores da *potestas publica* face ao anseio coletivo. (...) A corrupção está associada à fragilidade dos padrões éticos de determinada sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público. Sendo este, normalmente, um mero ‘exemplar’ do meio em que se vive e se desenvolve, um contexto social em que a obtenção de vantagens indevidas é vista como prática comum entre cidadãos, em geral, certamente fará com que idêntica concepção seja mantida pelo agente nas relações que venha a estabelecer com o Poder Público. Um povo que preze a honestidade terá governantes honestos. Um povo que, em seu cotidiano, tolera a

---

<sup>372</sup> FREITAS, Juarez. *Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*, p. 8.

<sup>373</sup> Trata-se aqui de finalidades econômicas ou outros tipos de vantagens, como as relacionadas com a carreira política, administrativa ou outras vantagens de marca pessoal, nem sempre menos relevantes do que as vantagens patrimoniais diretas. (Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *op. cit.*, p. 396)

<sup>374</sup> O debate doutrinário acerca dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o particular foi enfrentado no capítulo 2 do presente trabalho. Registre-se que na atual ordem constitucional democrática não são admitidas presunções absolutas em desfavor aos particulares, sendo que cada situação deverá ser valorada guiada pelo postulado da proporcionalidade. (Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*, p. 215).

desonestidade e, não raras vezes, a enaltece, por certo terá governantes com pensamento similar.<sup>375</sup>

Todavia, ainda que não seja imune a críticas, a democracia é o sistema político que possui a maior probabilidade de preservar o interesse público, devendo estar cercada de mecanismos aptos à preservação das instituições e à prevenção de ilicitudes.<sup>376</sup>

Dessarte, razão assiste a Emerson GARCIA ao afirmar:

Como derivação da própria noção de democracia, que congrega a idéia de representatividade dos interesses alheios, deve ser prestigiada a possibilidade de responsabilização de todos aqueles que desempenham esse *múnus*. Em sua essência, a responsabilidade do agente público pelos ilícitos que venha a praticar é conseqüência lógica da inobservância do dever jurídico de atuar em busca da consecução do interesse público. Dessa concepção teleológica derivam o dever de transparência e o dever de prestar contas da gestão dos recursos públicos.<sup>377</sup>

De fato e de direito, porém, há de se ter cautela com o excesso de sindicabilidade, bem como do excesso de formulação de juízo de censura ética sobre o comportamento dos agentes públicos no desempenho de suas funções. A propósito, esclarecedoras são as ponderações de Juarez FREITAS:

Ingenuidade à parte, não basta amarrar Ulisses no mastro para impedi-lo de sucumbir ao canto das sereias. (...) No entanto, em ambiente maculado, desde o período colonial, pela maciça exposição a métodos fisiológicos e até de sistêmica corrupção, a *sindicabilidade erguida ao plano dos princípios fundamentais merece uma afirmação mais incisiva*, afastados os paralisantes temores no tocante ao protagonismo dos controladores. *Discrição não significa, no Estado Constitucional, liberdade para o erro teratológico ou para vantagens indevidas e voluntarismo de matizes irracionais, ainda que dissimulados em ideologia.*<sup>378</sup>

Deveras, resulta imperioso observar que certos fins, embora privados, estão abrigados diretamente ou indiretamente na lei, outros possuem até mesmo previsão constitucional. Em todas as situações, a idéia de razoabilidade para a verificação da

---

<sup>375</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. 4d. rev.ampl. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2008, p.8-9.

<sup>376</sup> *Ibid.*, p.11.

<sup>377</sup> *Ibid.*, p. 16-17.

<sup>378</sup> FREITAS, Juarez. *Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*, p. 9. [grifo do autor]

adequação dos meios aos fins perseguidos pelo agente público, mostra-se imprescindível.

Denota Emerson GARCIA que a licitude dos atos dos agentes públicos deve ser extraída da conjunção de regras e princípios do ordenamento jurídico constitucionalizado; assim sublinha o autor:

No âmbito das estruturas estatais do poder, a concepção de boa gestão administrativa, em sentido algo diverso ao que se verifica no direito privado, confere igual importância e intensidade a referenciais instrumentais e finalísticos. Em outras palavras, a boa gestão exige tanto a satisfação do interesse público, como a observância de todo o balizamento jurídico regulador da atividade que tende a efetivá-la. O amálgama que une meios e fins, entrelaçando-os e alcançando uma unidade de sentido, é justamente a probidade administrativa. A improbidade aponta não só para uma desconsideração dos fins, como também, para uma situação de ruptura entre meios e fins.<sup>379</sup>

Sem detrimento disso, confira-se a argumentação de Fábio Medina OSÓRIO:

Não se deveriam julgar os funcionários apenas pela sinceridade de seus motivos ou pela integridade de seu caráter. Eles são responsáveis pelas decisões políticas, **produtos de estruturas defeituosas**, tanto daquelas que poderiam ter corrigido como das que resultam imodificadas. A ética política tem por objeto proporcionar um vínculo entre as ações dos indivíduos e as estruturas das organizações.<sup>380</sup>

Por conseguinte, no exame da legislação setorial aplicada e de sua vinculação para com a Constituição Federal, é preciso que o tipo de interesse prevalente adotado pelos agentes públicos, no caso concreto, seja avaliado no contexto dos prejuízos reais e potenciais para a função pública e para a sociedade como um todo, sem deixar de se examinar a pluralidade dos interesses em jogo, seus desdobramentos e potencialidades nos horizontes individuais e sociais disponíveis relevantes.<sup>381</sup>

Com efeito, a Administração Pública não pode ostentar interesses verdadeiramente públicos incompatíveis com o ordenamento jurídico.

---

<sup>379</sup> GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *op. cit.*, p. 47-48.

<sup>380</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *op. cit.*, p. 26. [grifo nosso] Aqui reside um aspecto polêmico, cujos limites escapam ao desenvolvimento deste trabalho: a discussão acerca da ética pública, da ética privada, da ética política e seus respectivos contornos. Sobre o tema confira-se, dentre outros: THOMPSON, Dennis. *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*. Trad. Gabriela Ventureira. Barcelona: Gedisa, 1999.

<sup>381</sup> *Ibid.*, p. 397.

Nesse sentido, concorda-se com Gustavo BINENBOJM para quem, “a noção moderna de interesse público não é obtida por oposição aos interesses particulares, mas mediante juízos ponderativos que permitam a concretização de interesses individuais e metas coletivas, na maior extensão possível.”<sup>382</sup>

É imperativo, pois, assimilar que não há regras que possibilitem identificar, de maneira exata e *a priori*, a ocorrência de desvios de finalidade ou de poder por atos de gestão, salvo naquelas hipóteses já consagradas e de nítida materialidade. Nos chamados “casos difíceis” haverá a necessidade de uma fundamentação racionalmente rastreável, democraticamente visível e juridicamente justificada.<sup>383</sup>

De sorte que para o controle da finalidade dos atos discricionários, ou seja, para o controle do mérito administrativo, há de ser verificado se o mesmo está inserido nos limites estabelecidos pela proporcionalidade, efetuando-se, por derradeiro, um controle por princípios da atuação discricionária da Administração. Em suma, não se trata apenas de controlar o núcleo da apreciação ou da escolha, mas de diminuir o espaço em que o administrador faz escolhas de acordo com a conveniência e oportunidade.<sup>384</sup>

Por isso, razão assiste a Gustavo BINENBOJM, quando afirma que “essa *principalização* do direito brasileiro acabou por aumentar a margem de vinculação dos atos discricionários à juridicidade.”<sup>385</sup>

Sem detrimento disso, cabe ainda registrar a questão dos conceitos jurídicos indeterminados, os quais admitem valorações diferentes, igualmente comportando um espaço de livre apreciação por parte dos órgãos administrativos técnicos e especializados, sem, contudo, poder ser confundido com a discricionariedade.<sup>386</sup>

Gustavo BINENBOJM coloca em relevo:

---

<sup>382</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*, p. 140.

<sup>383</sup> Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *op. cit.*, p. 398.

<sup>384</sup> Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional: op. cit.*, 208.

<sup>385</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>386</sup> O autor apresenta interessante e acurada pesquisa sobre o tema, realizada, inclusive, no direito comparado. (*Ibid.*, p. 208)

No Brasil, a doutrina só mais recentemente caminhou no sentido de reconhecer a existência de uma categoria de conceitos indeterminados, cuja *avaliação administrativa* é insuscetível de controle jurisdicional pleno. Tal categoria seria integrada pelas decisões que envolvem a densificação dos conceitos de prognose, ou seja, ‘aqueles cujo preenchimento demanda uma avaliação de pessoas, coisas ou processos sociais, por intermédio de um juízo de aptidão’. Embora não se confundam, tanto *discricionariedade* quanto *conceitos indeterminados* são técnicas legislativas que traduzem a abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação. (...) Nesses casos, como afirma Andreas Krell, ‘o legislador transfere para a Administração uma parte de sua *liberdade de conformação legislativa*’...

Acerca da indeterminação dos conceitos normativos, insta trazer a lume posição firmada por Juarez FREITAS:

...em primeiro lugar, *a indeterminação dos conceitos normativos nunca será abolida inteiramente*, sob pena de recaída, voluntária ou involuntária, nas armadilhas da Escola da Exegese ou de seus rebentos contemporâneos mais sofisticados. Em segundo lugar, implausível que a vinculação às regras prepondere. É, de todo em todo, inapropriado dar costas à capital clivagem hierárquica e funcional entre princípios constitucionais e regras legais. Agir, sim, mas só depois de pensar em termos de Constituição. (...) Dessa maneira, à parte as dicotomias mais rígidas entre o legal e o constitucional, cumpre instaurar, em vez de *controles estritos, o autêntico controle de natureza constitucionalista e principialista*.<sup>387</sup>

Luís Roberto BARROSO, com precisão, aduz que “além de não ser neutro, o direito não tem a objetividade proclamada pelo raciocínio lógico-formal de subsunção dos fatos à norma. Ao revés, é a indeterminação dos conteúdos normativos a marca do direito”.<sup>388</sup>

Thomas da Rosa de BUSTAMANTE coloca em relevo que “o aplicador do direito é, a todo momento, chamado a realizar juízos de valor, seja porque a própria lei o exige por meio de conceitos indeterminados, conceitos normativos ou espaços de discricionariedade, seja para dar vazão a uma colisão de valores juridicamente protegidos.”<sup>389</sup>

É precisamente neste processo que surge, para o intérprete, a tarefa de buscar a justificação de enunciados jurídicos, que é muito mais do que a simples subsunção

---

<sup>387</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*, p. 9-10. [grifo do autor]

<sup>388</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 280.

<sup>389</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem*. A teoria do discurso e a justificação dos casos *mais* difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 60.

de descrições de fatos a enunciados normativos obtidos por processo de dedução. A exigência de valorações por parte do jurista é algo incontroverso.<sup>390</sup>

Não raras vezes, o administrador público se depara com situações em que necessita proceder a valorações e em que é necessário estabelecer critérios para justificar suas decisões.

Deveras, a adoção de métodos alternativos para a solução de controvérsias no âmbito do Direito Público obriga ao administrador público – investido no exercício da gestão pública- realizar ponderações entre a legalidade, moralidade, proteção da confiança legítima e da boa-fé e da eficiência, à luz do princípio da juridicidade administrativa, visando à consecução do melhor interesse público no caso concreto.<sup>391</sup>

A propósito, vale conferir as ponderações a respeito de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO:

... a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, com um atributo técnico da administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.”<sup>392</sup>

Entende-se que o interesse público, na grande maioria das vezes, tem condições de ser realizado com maior eficiência em um contexto de harmonia e, simultaneamente, com a satisfação dos interesses privados. Finalmente, na medida em que se permite a superação dos conflitos com ampla participação dos interessados, assegura-se, como conseqüência, maior estabilidade nas relações administrativas, aumentando o grau de segurança das partes envolvidas.<sup>393</sup>

---

<sup>390</sup> A afirmação é de Robert ALEXY, que cita autores como LARENZ, MUELLER, KRIELE e ENGISH para fundamentar essa constatação. Em sua obra *Teoria da argumentação jurídica*, Robert ALEXY, para estabelecer uma solução para a questão, formula três perguntas que são o objeto central de sua investigação: “(1) onde e em que medida são necessárias valorações?”; “(2) como atuam essas valorações nos argumentos qualificados como ‘especificamente jurídicos?’”; “(3) são racionalmente fundamentáveis tais valorações?” (Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.)

<sup>391</sup> Confira-se, sobre a legalidade como vinculação positiva à lei ao princípio da juridicidade administrativa, dentre outros: BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*, p. 125-173.

<sup>392</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 558.

<sup>393</sup> Cf. BAPTISTA, Patrícia. *op. cit.*, p. 266-267.

Se, por um lado, é a discricionariedade que possibilita a compatibilização entre o vetor da legalidade e os demais vetores de uma ordem constitucional pluralista - na qual se insere o princípio constitucional da eficiência administrativa-; por outro lado, é com suporte nessa mesma ordem constitucional que se pode sindicalizar a própria discricionariedade adotada para realização de transação na esfera da Administração.

Em outras palavras, a discricionariedade administrativa precisa apresentar-se motivadamente vinculada ao sistema jurídico, sob pena de vício de nulidade do ato administrativo.<sup>394</sup>

Com esteio na tendência ora revelada, Juarez FREITAS leciona que “o direito público, notadamente o direito administrativo, precisa ser convertido no *direito da motivação consistente e do controle principalista e fundamentado das decisões estatais.*”<sup>395</sup>

O sentido das expressões elencadas sinaliza que não se aceita decisão administrativa completamente insindicável, uma vez que a motivação deverá indicar uma justificação congruente para a consecução eficiente e eficaz dos melhores resultados ou finalidades públicas, nos termos da Constituição.

#### 4.4 A TRANSAÇÃO COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA NA ADMINISTRAÇÃO: O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA<sup>396</sup>

No Direito, não deve prevalecer o excesso de conservadorismo, que impede o desenvolvimento da sociedade e, por conseguinte, da dogmática jurídica que a

---

<sup>394</sup> Cf. FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*, p. 13. Aqui reside um aspecto polêmico, cuja análise e desenvolvimento fogem dos limites deste trabalho. A questão da nulidade e anulabilidade do ato administrativo, por si só, é digna de trabalho exclusivo e não será enfrentada. Adotam-se, todavia, os ensinamentos de Juarez FREITAS, constante da obra ora referenciada.

<sup>395</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*, p. 13-14. [grifo do autor]

<sup>396</sup> A denominação *Direito Fundamental à Boa Administração* é de Juarez FREITAS. (Cf. FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007).

acompanha, tampouco o radicalismo destruidor que não assegura a continuidade das instituições.<sup>397</sup> No dizer de Juarez FREITAS, “faz-se imprescindível revisar categorias à luz das transformações paradigmáticas que conduzem ao controle mais dialógico, democrático e conciliatório, menos unilateral e preso à legalidade estrita.”<sup>398</sup>

O Direito Público é dominado pela finalidade. Dessa maneira, o administrador público, no exercício das escolhas administrativas está obrigado a perseguir a melhor solução para cada caso concreto que demande sua atuação.<sup>399</sup>

A busca da justiça constitui, precisamente, a única garantia de racionalização dialógica e aberta do sistema jurídico. Com efeito, apenas uma exegese guiada por princípios permite que a ordem jurídica seja modelada, finalisticamente, pelos valores consagrados pela Constituição, para que não se perpetuem transgressões decorrentes, por ação, ou por omissão, dos agentes públicos.<sup>400</sup>

Há uma tendência de se associar a justiça exclusivamente com o Poder Judiciário para a resolução de disputas. No entanto, de modo diverso admite-se uma postura que atribui também à Administração uma tarefa de justiça, a qual demanda mudanças das condutas administrativas inertes ou negligentes, sejam elas movidas por má-fé ou não, no atendimento de direitos de cidadãos.<sup>401</sup>

Com efeito, a função administrativa não pode permanecer alheia a direitos dos cidadãos com base no argumento de que esses devam buscar a tutela jurisdicional para tê-los reconhecidos. Não se desconhece que a ordem constitucional vigente rompeu a idéia de uma Administração contraposta à sociedade, bem como com a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o Poder Público.

---

<sup>397</sup> WALD; MORAES. *op. cit.*, p. 46.

<sup>398</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 17.

<sup>399</sup> Com esteio em Juarez FREITAS, entende-se que existe somente a melhor escolha administrativa e não “a” única resposta correta, historicamente condicionada e aberta a revisões. (Cf. FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*, p. 13 e ss.).

<sup>400</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*, p. 29 e ss.

<sup>401</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2002. p. 202.

Por essas razões, a demanda de democracia na atuação administrativa requer a densificação das decisões administrativas por meio do processo administrativo<sup>402</sup>, no qual a colaboração dos sujeitos e, o conhecimento do modo de exercício de funções administrativas, facilita o controle dos atos administrativos por parte da sociedade, do Poder Judiciário e de outros entes que fiscalizam a Administração.<sup>403</sup>

Pressupõe-se, nessa linha, que na tomada de decisões administrativas para a resolução de controvérsias e/ou litígios na esfera do Direito Público, a devida processualização administrativa com a observância da razoável duração do processo afigura-se como instrumento imprescindível para a boa Administração Pública.

Conforme aduz Onofre Alves BATISTA JÚNIOR, no moderno Estado Democrático de Direito, o executivo alcançou a legitimação, por meio do sufrágio uma vez que seu chefe é levado ao posto por milhares ou milhões de votos. Tal cenário demanda o alargamento do processo decisório da Administração, tendo em vista que é o órgão mais apto a escolher a alternativa concreta por meio de uma avaliação das nuances e sutilezas do caso concreto para adotar a solução otimizada.<sup>404</sup>

A processualização permite que, de forma democrática, todo e qualquer interessado tenha condições de propor à Administração a realização de transação. Será a via do processo que garantirá o equilíbrio exigido entre os princípios reitores do Direito Público aplicado no caso concreto, constituindo-se no mecanismo idôneo para dar transparência ao processo de negociação e composição de interesses. Com efeito, nas transações administrativas o processo administrativo servirá como instrumento norteador para a resolução de conflitos e ponderação dos interesses envolvidos.

Na lição de Juarez FREITAS:

Neste contexto, sobressai-se o papel desempenhado pelo instituto do devido processo como impositivo de justiça para além do textualismo e como barreira à atuação do Estado (...) Sem embargo da inequívoca valia da dimensão eminentemente processual, a importância maior precisa ser dada à dimensão substancial, justamente para que se tenha condição de combater não apenas a falta de efetividade do processo, mas a carência de justiça substancial (...) vê-se que o princípio do devido processo legal, numa leitura tópico-sistemática, pode ser traduzido

---

<sup>402</sup> Como visto no Capítulo 2, item 2.4 do presente trabalho.

<sup>403</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 202.

<sup>404</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 548.

como proteção constitucional de processo justo (devido) e proporcional, inclusive nos seus resultados.<sup>405</sup>

Sem embargo, uma Administração Pública eficaz requer um equilíbrio razoável e ponderado entre autoridade e liberdade, o qual poderá ser alcançado mais satisfatoriamente por meio do processo administrativo que contemple as exigências da publicidade e transparência, para que eventuais interessados possam usufruir de igual tratamento.<sup>406</sup>

Pela processualidade, os juízos de conveniência e oportunidade tornam-se constitucionalmente limitados pelo direito fundamental à boa Administração Pública, que segundo Juarez FREITAS, deve ser assim compreendido:

Trata-se do direito fundamental 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. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.<sup>407</sup>

Por esse ângulo, a boa Administração comporta um universo de condutas eticamente exigíveis dos administradores públicos. Hodiernamente, ninguém duvida da existência de um princípio essencial da boa gestão pública nas constituições democráticas, o qual suporta uma série de deveres de boa gestão, deveres iminentes ao sistema e não necessariamente explícitos.<sup>408</sup>

Insta assinalar que o Parlamento Europeu, na data de 06 de setembro de 2001, aprovou uma resolução acerca de um Código de Boa Conduta Administrativa, no qual encontram-se descritas diretivas em que as instituições e os órgãos da União Européia, incluindo as suas administrações e respectivos funcionários, deverão respeitar nas suas relações com o público. O Código Europeu de Boa Conduta Administrativa<sup>409</sup>

---

<sup>405</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, p. 261-262.

<sup>406</sup> Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 552.

<sup>407</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*, p. 20.

<sup>408</sup> Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *op. cit.*, p. 43.

<sup>409</sup> O CÓDIGO EUROPEU DE BOA CONDUTA ADMINISTRATIVA possui 27 artigos, cujos enunciados são assim denominados: Artigo 1º - Disposições Gerais; Artigo 2º - Âmbito pessoal

esclarece o que na prática significa o “direito fundamental a uma boa administração” e, de forma concreta, o que os cidadãos europeus podem esperar de uma Administração europeia. O artigo 41 da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais prevê como direito fundamental dos cidadãos da União o direito a uma “boa administração”.<sup>410</sup>

As precedentes ilustrações do direito comparado denotam a redução da via autoritária do Poder Público, o que, por si só pode proporcionar uma saída para desgastantes impasses travados na esfera da Administração Pública.

Há de se ter presente, contudo, que o consenso não se coaduna com qualquer hipótese conluio, embora, infelizmente, perdue o risco de situações desse tipo.<sup>411</sup>

A Administração Pública, ao despir de seu caráter de unilateralidade e imperatividade, na busca da solução de controvérsias por meio da transação, não deve

de aplicação; Artigo 3º - Âmbito material de aplicação; Artigo 4º - Legalidade; Artigo 5º - Ausência de discriminação; Artigo 6º - Proporcionalidade; Artigo 7º - Ausência de abuso de poder; Artigo 8º - Imparcialidade e independência; Artigo 9º - Objectividade; Artigo 10º - Expectativas legítimas, coerência e consultoria; Artigo 11º - Equidade; Artigo 12º - Cortesia; Artigo 13º - Resposta a cartas na língua do cidadão; Artigo 14º - Aviso de recepção e indicação do funcionário competente; Artigo 15º - Obrigação de transmitir ao serviço competente da Instituição; Artigo 16º - Direito de ser ouvido e a prestar declarações; artigo 17º - Prazo razoável para a adoção de decisões; Artigo 18º - Dever de indicar os motivos das decisões; Artigo 19º - Indicação das possibilidades de recurso; Artigo 20º - Notificação da decisão; Artigo 21º - Protecção de dados; Artigo 22º - Pedido de informação; Artigo 23º Pedidos de acesso do público a documentos; Artigo 24º - Conservação de registros adequados; Artigo 25º - Publicidade do Código; Artigo 26º - Direito de apresentar queixas ao Provedor de Justiça Europeu; Artigo 27º - Revisão. (CÓDIGO EUROPEU DE BOA CONDUTA ADMINISTRATIVA. Parlamento Europeu, 2001)

<sup>410</sup> Assim dispõe o artigo 41 da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais: “**1** Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União Europeia de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. **2** Esse direito compreende nomeadamente: - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente; - o direito de qualquer pessoa ter acesso aos processos que lhe se refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar suas decisões. **3** Todas as pessoas têm o direito a reparação, por parte das instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. **4** Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.” Cabe acrescentar que a definição de “má administração” dada pelo Provedor de Justiça Europeu, é a seguinte: “*A má administração ocorre quando um organismo público não actua em conformidade com uma regra ou princípio a que está vinculado.*” (Cf. CÓDIGO EUROPEU DE BOA CONDUTA ADMINISTRATIVA. Parlamento Europeu, 2001) [grifo do autor]

<sup>411</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, p. 230.

abdicar de seu papel de tutora do interesse público e renunciar às prerrogativas que lhe são conferidas por esse fim.<sup>412</sup>

Nessa linha, é preciso que o Estado mantenha a sua disposição todos os meios de concretização possíveis para que, se necessário, possa impor segundo as disposições legais, o interesse público sobre os privados que com ele não sejam compatíveis.<sup>413</sup> A renúncia plena às prerrogativas conferidas pelo regime jurídico administrativo ao Poder Público poderia acarretar a submissão do Estado aos particulares que se tornariam cada vez mais fortes, em detrimento do interesse dos destinatários da atividade pública.<sup>414</sup>

A propósito, vale conferir as ponderações de Gustavo Justino de OLIVEIRA, para quem “...é preciso esclarecer que a emergência da *administração por acordos* não resulta – nem poderia resultar- no aniquilamento da *administração por atos*; a *administração consensual* não supera a *administração imperativa*”.<sup>415</sup>

Para enfrentar tensão desse porte, convém não esquecer a primazia tópicosistemática do princípio do interesse público, democraticamente considerado, quando se instaurar o conflito, sempre tendo em mente que o respeito ao interesse público impõe-se, ao mesmo tempo, nas relações entre os indivíduos e Estado e entre indivíduos entre si.<sup>416</sup>

A razão da existência da Administração Pública é fazer com que os efeitos de determinadas normas jurídicas se concretizem; Administração Pública é o Direito em um de seus momentos: o de sua dinâmica.<sup>417</sup>

Nesse cenário de transição, confira-se o posicionamento de Juarez FREITAS:

---

<sup>412</sup> BAPTISTA, Patrícia. *op. cit.*, p. 277.

<sup>413</sup> NETTO, Luisa Cristina Pinto e. Interesse público e administração concertada. *Revista de direito municipal*. Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p.173-182, jan./mar. 2003., p. 181.

<sup>414</sup> Nesse ponto, imprescindível é trazer à colação a advertência de DI PIETRO: “No tema da parceria encontram-se no direito brasileiro inúmeros exemplos de situações que ou são frontalmente ilegais ou, pelo menos, estão em zona fronteira com a ilegalidade e moralidade administrativa. Isto sempre em nome da eficiência. E é precisamente em nome dessa eficiência que tais situações vêm sendo toleradas e mantidas.” Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 243.

<sup>415</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*, p. 244.[grifo do autor]

<sup>416</sup> Cf. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, p. 235.

<sup>417</sup> *Ibid.*, p. 81.

Não menos certo que, a esta altura, mostra-se absurdo desconhecer o Direito Público como aquele que deve cumprir, a par de outras funções, a de barreira contra o esmagamento do indivíduo perante o Estado. Afastado todo e qualquer extremismo antidialético, tão nocivo como a confusão acritica entre as esferas do público e do privado, revela-se o erro gravíssimo do perverso unilateralismo, subproduto da rigidez mental excessiva, produzindo inércias mentais que inviabilizam a realização axiológica pluralista do Direito como sistema aberto.(...) Ainda: encarta-se na senda da possível interação sistemática entre as esferas do público e do privado a busca do consenso preliminar à prática de determinados atos administrativos, ultrapassando-se a fase da autoritária unilateralidade. O aparato estatal, nestes casos, passa a almejar consenso como modo de democratizar sua atuação.<sup>418</sup>

O direito fundamental à boa Administração Pública vincula, não somente o administrador para que desempenhe suas funções de forma eficiente e eficaz, mas também todo o aparato governamental para torná-lo substancialmente mais legítimo e democrático.

Conforme aduz Fábio Medina OSÓRIO:“O imperativo de boa gestão pública se aplica, pois, a todos os Poderes de Estado, a todo setor público, não importando a natureza nem a qualidade do órgão ou de seus titulares.”<sup>419</sup>

É possível dizer que a juridicização do dever de boa gestão pública decorre de profundas mudanças na teoria política do Estado, a qual passa a assentar-se em novos paradigmas por força dos comandos constitucionais. A boa gestão pública pressupõe respeito pelos direitos fundamentais da pessoa humana e das demandas de cidadania, cumprindo as exigências do vínculo de confiança que deve unir administradores e administrados, estes últimos erigidos, constitucionalmente, à condição de cidadão.<sup>420</sup>

José Joaquim Gomes CANOTILO apresenta novos princípios a partir da noção de governança – *good governance*- dentre os quais merece destaque o princípio da condução responsável dos assuntos do Estado. Estes princípios, destinados a explicitar as dimensões materiais e processuais de uma estabilidade moderna, nada mais são do que expressões do eterno combate contra a opacidade e *arcana praxis* das organizações de poder.<sup>421</sup>

---

<sup>418</sup> *Ibid.*, p. 229.

<sup>419</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *op. cit.*, p. 50.

<sup>420</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>421</sup> Os novos princípios propostos pelo autor são os seguintes: “*princípio da transparência* dos trabalhos das instituições, dos órgãos e dos mecanismos do Estado (...); o *princípio da coerência* entre as diferentes políticas e ações que um Estado promove no âmbito político, econômico, social, cultural, ambiental e internacional (...); o *princípio da abertura* especialmente vocacionado para a

Todavia, o fato de se estar mergulhado em tempos pós-modernos, influenciados por novos paradigmas, não significa que os paradigmas anteriores estejam eliminados.<sup>422</sup> Nesse contexto, os novos paradigmas ainda seguem abertos e os antigos em permanente questionamento crítico.

Assim, a possibilidade de solucionar um conflito pela via negocial não elimina a prerrogativa estatal de imposição autoritária a qual permanecerá disponível para as situações em que se torne necessária a coação para salvaguardar o interesse público da sociedade.

De modo que propiciar às partes um modo mais célere e especializado de solução de conflitos implica conferir maior efetividade aos princípios gerais de Direito, em especial os princípios da segurança jurídica, moralidade e da boa-fé, que norteiam, notadamente, as relações contratuais entre a Administração e o particular.

---

procura de soluções múltiplas de governo, desde as clássicas actuações estatais até aos novos procedimentos de negociação e participação (...); o *princípio da eficácia* em que se coloca a questão central de um Estado promover políticas que dêem resposta às necessidades sociais com base em objetivos claros, com avaliação do seu impacto futuro e tomando em consideração a experiência anterior; por fim, o princípio da *democracia participativa* em que as instituições políticas têm o dever fundamental de dialogar com os cidadãos e outras associações representativas...” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constitucionalismo e geologia da good governance*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Branco*” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 325-334.

<sup>422</sup> Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *op. cit.*, p. 135.

## 5 A TRANSAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A JURIDICIDADE E A EFICIÊNCIA COMO FUNDAMENTOS DO PODER/DEVER DE TRANSACIONAR

### 5.1 O PARADIGMA DA JUDICIALIZAÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS CONTRATUAIS ADMINISTRATIVAS

Na Administração Pública, a relação entre governantes e governados representa algo de difícil embate na raiz do direito administrativo. Essa dualidade de sujeitos fez com que a própria ciência do direito administrativo tenha, historicamente, enfatizado ora um ora outro pólo da relação.<sup>423</sup>

Despontam nítidas, portanto, as “ideologias implícitas no direito administrativo”, tendentes a qualificá-lo ou como um “direito privilegiado do Estado” ou, em posição diametralmente oposta, como um “direito defensivo do cidadão frente ao Estado”.<sup>424</sup>

A postura clássica da Administração, quando provocada pelo particular para a resolução de determinada controvérsia, tem se resumido, de maneira geral, em duas vertentes: ou a Administração se omite – não responde aos pedidos apresentados pelo contratado-, ou indefere a grande maioria deles – não raras vezes sem fundamentar sua decisão. São posturas que retratam a permanência do paradigma da Autoridade que não mais se coaduna com o Estado Constitucional Democrático de Direito.

Nesse contexto ainda instalado, ao particular contratado pela Administração não resta alternativa senão ajuizar demanda contra o Poder Público, na grande maioria das vezes, com vistas a ter resguardados seus lícitos direitos contratuais. Assim, os processos judiciais se arrastam por longos anos à espera de solução e muitas vezes o interesse público não é realizado.

---

<sup>423</sup> Cf. MODESTO, Paulo. *O controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil*. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/RERE-10-JUNHO-2007-PAULO%20MODESTO.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-10-JUNHO-2007-PAULO%20MODESTO.pdf)>. Acesso em: 03 jun. 2008.

<sup>424</sup> A expressão é de autoria de Paulo MODESTO. Cf. MODESTO, Paulo. *op. cit.*.

Odete MEDAUAR coloca em relevo que “muito comuns se tornaram frases e comentários em tom de jactância, do seguinte teor: “Se acha que tem direitos, vá procurá-los no judiciário”<sup>425</sup>

Contudo, vale sublinhar que a decisão resultante de uma providência jurisdicional possui como característica fundante o fato de vir *a posteriori*, ou seja, não raras vezes chegam com grande atraso e somente dizem respeito à questão da legalidade, sem trazer garantias quanto à conveniência e oportunidade do ato omissivo ou comissivo praticado pela Administração.<sup>426</sup>

Gustavo BINENBOJM, com muita clareza, afirma que “em uma palavra: nada garante que a solução judicial seja a mais favorável ao patrimônio público. De outra parte, seria *imoral* –e, portanto, inconstitucional...”<sup>427</sup>

Ademais, constata-se certo desapontamento com a operatividade prática que as soluções jurisdicionais oferecem, notadamente em razão do longo lapso temporal que, em regra, é necessário para que seja prolatada a decisão.

O que não se ignora é que o Poder Judiciário não consegue cumprir, a tempo e no modo que seria adequado, uma boa prestação jurisdicional, o que coloca, não raras vezes, em risco os direitos do cidadão.

Com efeito, a busca pela eficiência requer a necessária transferência da solução dos conflitos para o momento em que estes se manifestam.

Exatamente por essa razão é que se debate, nos domínios do Direito Administrativo, a possibilidade de soluções consensuais com o fito de atenuar ou eliminar eventuais discussões judiciais que possam retardar ou mesmo, impedir a persecução do interesse público. A transação administrativa se mostra hábil a iluminar as relações entre Estado e sociedade e de facilitar, a aplicação e o aperfeiçoamento de institutos consensuais alternativos ao modelo de expressão da discricionariedade, e, por isso, mais adequados ao novo dinamismo e modo de agir da Administração Pública contemporânea.

---

<sup>425</sup> MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, p. 71.

<sup>426</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>427</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*, p. 139. O comentário do autor, muito embora se refira à utilização da arbitragem envolvendo a Administração Pública, adequa-se perfeitamente ao tema da transação na esfera administrativa.

Gustavo Justino de OLIVEIRA enfatiza que:

Em verdade, o fim do Estado contemporâneo parece ser o de constituir-se em canal e instrumento indispensável para o desenvolvimento dos indivíduos e da própria sociedade. Eis uma leitura atualizada da expressão *bem comum*, entendida pela doutrina clássica como a finalidade a ser perseguida pelo Estado.<sup>428</sup>

As desequiparações de posições jurídicas entre Poder Público e cidadão que desafiam a medida da razoabilidade ou da própria proporcionalidade caracterizam privilégios inconstitucionais. Em outras palavras, quando norma em questão, adotada no caso concreto, não passa no teste da adequação entre meio e fim perseguido, tem-se que o favor legal não se mostra apto a servir a qualquer fim público juridicamente relevante.<sup>429</sup>

No âmbito estatal, o equilíbrio entre a autoridade do sujeito público e os direitos dos particulares pode ser nivelado por meio do processo, que implica a existência de posições jurídicas de todos os sujeitos, para os quais há direitos e sujeições. No processo, ocorre o encontro do ponto de vista e interesses eventualmente diversos daqueles assumidos pelas partes no contrato, suscitando o afloramento de vários interesses, posições jurídicas, argumentos, provas e dados técnicos que obrigam à consideração dos interesses e direitos co-presentes de cada situação.<sup>430</sup>

Por isso, razão assiste a Odete MEDAUAR quando afirma que “se mediante o processo administrativo direitos dos administrados obtêm reconhecimento, evitam-se ônus da ação em juízo.”<sup>431</sup>

Nesse passo, o processo administrativo direciona-se à realização de justiça por sopesar os vários interesses envolvem uma situação, representando um dos meios para

---

<sup>428</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito ao desenvolvimento na Constituição brasileira de 1988*, p. 162.

<sup>429</sup> Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*, p. 10. O posicionamento do autor foi derivado de análise acerca de voto do Ministro Sepúlveda Pertence (RE 196.430, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.11.1997), após este anotar que a jurisprudência tem transigido com alguns ‘favores legais’ os quais o ilustre Ministro qualifica como discriminações em favor do Poder Público. Segundo BINENBOJM: “Como averbou o Ministro Pertence, tais privilégios já produzem conseqüência suficiente gravosa aos particulares, retardando longamente a satisfação de direito seu reconhecido em juízo.” (BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*, p. 11).

<sup>430</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, p. 71.

<sup>431</sup> *Ibid.*, p. 67.

que a vontade do administrador – contratante- e do cidadão – contratado- se encontrem na fase da decisão.<sup>432</sup>

Denota-se, portanto, que é a processualidade administrativa que torna possível a realização da transação pela Administração, uma vez que, ao possibilitar uma ampla base objetiva para decidir, gera um aumento da aceitabilidade da decisão por via da co-participação do interessado. Além do que, permite saber se a solução é correta ou aceitável, bem como se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído.

Odete MEDAUAR leciona que “é possível, então falar de uma nova imperatividade, pois é construída e buscada, superando a idéia de imperatividade unilateral.”<sup>433</sup>

Tal posicionamento sedimenta a idéia de a transação na esfera contratual administrativa representar a concretização do processo administrativo como ponto de convergência de vários princípios consagrados constitucionalmente, sinalizando forte tendência de adoção de medidas, pela Administração, por acordo, consenso, negociação, reduzindo seu caráter imperial, em face do uso crescente de instrumentos contratuais na atividade administrativa que demandam abertura à relação dialógica.

Sem embargo, é notório que a contratualização administrativa é cada vez mais, importante e habitual modo de atuação administrativa. Nessa linha, cada vez mais a atuação autoritária recua perante a tendência de tecnicização da atividade administrativa, já que a utilização intensa de meios técnicos acarreta necessidade de mudança no processo decisório administrativo, o qual deixa de ser fundado em ‘escolhas políticas’ para ser conduzido por ‘escolhas técnicas’.<sup>434</sup>

O cidadão -contratado pela Administração Pública-, espera que a solução dos conflitos contratuais seja resolvida no momento em que eles ocorrerem, sem interrupções.

Reitere-se que na lição do civilista Silvio de Salvo VENOSA, “a transação tem justamente a finalidade de impedir que as partes recorram ao judiciário, ou

---

<sup>432</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>433</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>434</sup> Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 248.

ponham fim, por decisão conjunta, a uma demanda em curso, já instalada em processo ou não.”<sup>435</sup>

Administração e administrados –agora cidadãos-, por vezes portam interesses antagônicos, passíveis de gerar controvérsias, notadamente em face da possibilidade de imposição unilateral; entretanto, muitas vezes os interesses públicos e privados podem ser harmonizados.

Cabe nesses casos, ao administrador público, à luz do mandamento constitucional da eficiência, verificar qual a melhor alternativa de atuação para a resolução de conflitos contratuais, buscando o consenso ou impondo autoritariamente a decisão administrativa, de tal forma que o interesse público seja realizado da melhor forma possível, no caso concreto.

Embora a judicialização de controvérsias contratuais administrativas ainda represente um paradigma na Administração Pública, é certo, porém, que nem sempre a solução imperativa é a que melhor resultado traz para a coletividade.

A idéia de Administração Pública mais democrática e consensual é a que mais se coaduna à redução de conflitos por meio de acordos de transação entre as partes nas relações jurídicas travadas entre cidadãos e Administração Pública.

## 5.2 AS CLÁUSULAS AUTORIZATIVAS DE COMPETÊNCIA PARA TRANSACIONAR NA ESFERA CONTRATUAL ADMINISTRATIVA

A competência é condição prévia e necessária para a prática de ato ou para celebrar contratos na esfera pública, sendo, portanto, determinante para a sua validade.

Por isso, razão assiste a Carlos Ari SUNDFELD, quando leciona que “a atividade pública – cujo exercício é regulado pelo direito público – constitui função. Função, para o Direito, é o poder de agir, cujo exercício traduz verdadeiro *dever jurídico*, e que só se legitima quando dirigido ao atingimento da específica *finalidade* que gerou a atribuição ao agente.”<sup>436</sup>

---

<sup>435</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *op. cit.*, p. 315.

<sup>436</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, p. 163.

A legislação administrativa brasileira não firmou, até o momento, cláusula genérica que fundamente e discipline as transações administrativas; contudo, é certo que o instituto da transação já encontrou previsão legal em vários setores da Administração pública.

Refere-se, a título meramente exemplificativo, às cláusulas setoriais tais como as previstas no Direito Administrativo Tributário<sup>437</sup>, no Direito Urbanístico<sup>438</sup>, no Direito Ambiental<sup>439</sup>, entre outros. Nesses casos, a competência para a celebração de transação administrativa advém da própria cláusula setorial que a autoriza e fundamenta.

Indaga-se, todavia, se na ausência de autorização legal específica a Administração possui competência para a celebração de contratos de transação<sup>440</sup>.

Primeiramente, cabe delimitar corretamente o objeto da investigação. Trata-se da verificação da possibilidade de resolução de conflitos contratuais administrativos, por meio do método alternativo de transação, o qual exige dois pressupostos: (i) a existência de um contrato administrativo válido, ou seja, celebrado em consonância com a legislação setorial aplicável, na qual se situa, por exemplo, a Lei de Licitações e Contratos – Lei 8.666/93 e suas respectivas alterações e, (ii) sobre a qual existam controvérsias contratuais a serem resolvidas pela Administração.

Com efeito, a função precípua da transação não é a extinção de deveres e obrigações, mas a de prevenir ou terminar controvérsias, sejam elas efetivas ou potenciais, tanto quanto aos fatos, quanto em relação ao Direito que a Administração aplicou ou pretende aplicar ao caso concreto. Desse modo, transação se mostra

---

<sup>437</sup> Nesse sentido consultar capítulo 4 do presente trabalho.

<sup>438</sup> O Estatuto das Cidades – Lei 10.257/2001- além de consagrar instrumentos que propiciam a participação direta dos administrados no processo administrativo decisório, abre a possibilidade de celebração de transações administrativas, sobretudo por meio de instrumentos tais como a outorga onerosa do direito de construir, a transferência onerosa do direito de construir e as operações urbanas consorciadas (Art. 4º, inciso V, alienas “n”, “o”, “p”). (Cf BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 437).

<sup>439</sup> Nos termos do Art. 5º, § 6º da Lei de Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/85-, confere aos legitimados o poder/dever, em nome do princípio da eficiência administrativa, de celebrar transação com os administrados que causarem danos morais e/ou patrimoniais ao meio ambiente; ao consumidor; à ordem urbanística; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; à ordem econômica, bem como a qualquer outro interesse difuso e coletivo. (Cf BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 449).

<sup>440</sup> A natureza contratual da transação foi enfrentada no capítulo 4 do presente trabalho.

adequada, principalmente, nas situações em que a atuação administrativa imperativa não é capaz de propiciar a paz jurídica.<sup>441</sup>

Contudo, é a situação concreta que é determinante para avaliar a necessidade e a possibilidade, ou não, da realização da transação. Por meio dela, a Administração e os cidadãos, mediante concessões recíprocas, resolvem determinada situação fática ou jurídica controvertida.

Todavia, poderão existir situações em que os malefícios decorrentes da permanência do litígio, comparados com os benefícios de seu afastamento é que podem justificar a realização da transação e não, propriamente, a mera existência de incerteza ou controvérsias na relação jurídica.

Nas palavras de Onofre Alves BATISTA JÚNIOR:

Embora a transação administrativa não produza apenas efeitos meramente declaratórios, podendo as concessões recíprocas, ao contrário, envolver outros direitos que não os atinentes à relação jurídica disputada (transação complexa), o contrato administrativo de transação *lato sensu* pressupõe uma especificidade do caso concreto que justifique sua celebração entre as partes que estão naquela relação jurídica.<sup>442</sup>

Insta assinalar ainda que para avaliar a possibilidade da Administração Pública celebrar transações contratuais é necessário investigar, primeiramente, se a Administração conta com verdadeira autonomia contratual, similar ou não, aos domínios do Direito Privado, que possibilite a celebração do contrato de transação propriamente dito, uma vez que a transação possui natureza jurídica contratual.

Inicialmente, é importante registrar que não existe delegação implícita de poderes do povo à Administração, bem como não existe poder *a priori* da Administração superior ao ordenamento jurídico, uma vez que os únicos poderes que

---

<sup>441</sup> Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 364.

<sup>442</sup> *Ibid.*, p. 476. Para o autor, “os contratos administrativos complexos são aqueles que possibilitam o intercâmbio de concessões entre Administração e administrado, mesmo quando não se está perante um litígio efetivo; portanto, sua finalidade essencial não é a eliminação de litígio ou incerteza, mas o intercâmbio de bens ou direitos. A princípio, se existe intercâmbio, mas não existe litígio (efetivo ou potencial), celebra-se contrato administrativo complexo. (...) Com mais rigor, pode-se verificar que, no Direito Administrativo, os contratos alternativos complexos retratam, mais propriamente, uma técnica de administrar, e não um mecanismo específico para viabilizar o intercâmbio de prestações.” (*Ibid.*, p. 373). O mesmo autor ainda classifica como transação complexa nas situações em que as concessões recíprocas são estranhas ao direito disputado. (*Ibid.*, p. 329).

lhes são conferidos são aqueles outorgados pela lei ou pela Constituição. Assim, mesmo na celebração de contratos, a Administração Pública não conta com autonomia contratual similar à conferida ao particular pelo Direito Privado, necessitando, portanto, possuir fundamento legal para contratar.<sup>443</sup>

Tem-se que a vontade que orienta a atuação administrativa para a celebração de contratos é a vontade normativa, a qual é vinculada por normas jurídicas. Enfim, a decisão de contratar envolve valoração de que o mecanismo contratual é o mais apto para o atendimento ao interesse público, devendo ainda ser investigado se o agente da Administração conta com competência administrativa para contratar.

Por outro giro, a Administração Pública possui o poder/dever de valorar a melhor alternativa para atendimento do interesse público, conforme juízo aberto de conveniência e oportunidade.

A Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, determina de forma expressa que a Administração deve se sujeitar ao princípio da legalidade.<sup>444</sup> Desse comando constitucional extrai-se que a Administração somente pode celebrar contratos ou firmar negócios jurídicos, se lhe for atribuída competência legal para agir.<sup>445</sup>

Todavia, isso não significa que seja necessário conferir reconhecimento normativo expresso para cada órgão da Administração Pública para celebrar contratos administrativos. Ora, basta verificar que, para que o administrador público possa utilizar o contrato administrativo como forma de atuação não é preciso que a lei lhe atribua de forma expressa, competência para essa utilização.<sup>446</sup> Nessa seara, não se alude à violação do princípio da legalidade, uma vez que a forma de atuação da Administração, seja ela imperativa ou consensual, não se encontra predeterminada pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>443</sup> *Ibid.*, p. 465.

<sup>444</sup> Dispõe o art. 37 da Constituição Federal: “**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).

<sup>445</sup> Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 478.

<sup>446</sup> *Ibid.*, p. 488.

Pode-se aplicar, por analogia, o mesmo entendimento para a utilização da transação, em razão de sua natureza jurídica contratual, sem que isso implique ofensa ao princípio da legalidade administrativa.

Ou seja, se a lei poucas vezes determina que a Administração atue imperativamente, tem-se que é quase sempre possível admitir a realização da transação contratual que venha substituir, no mesmo escopo, determinado ato imperativo, mesmo na ausência de lei específica autorizativa para a prática do ato de forma concertada. Dito de outro modo, a transação pode ser celebrada em situações nas quais a Administração pode decidir unilateralmente determinar a solução do caso concreto.<sup>447</sup>

Nesse sentido, Juarez FREITAS leciona que a Administração deve “...intensa vinculação não apenas à legalidade, senão que à totalidade dos princípios regentes das relações jurídico-administrativas, mormente os de vulto constitucional.”<sup>448</sup>

Ademais, a submissão da Administração à lei estrita não garante a melhor persecução do interesse público.

Para os fins deste trabalho, importa destacar a idéia da juridicidade administrativa que, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa a integrar o campo da legalidade administrativa e é quem fundamenta a atuação administrativa consensual para a realização do interesse público.

A esse respeito, conferir passagem esclarecedora de Gustavo BINENBOJM:

Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).<sup>449</sup>

A afirmação é acompanhada por Juarez FREITAS, que complementa:

---

<sup>447</sup> *Ibid.*, p. 490-491.

<sup>448</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 12.

<sup>449</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, p. 38.

grife-se: o princípio da legalidade é um dos princípios. Bem aplicá-lo supõe, entretanto, bem aplicar os demais. (...) Trata-se de falha grave, em gestão pública, querer transmudar o agente em *res* irracional da legalidade, fazendo-o, por apreço à passividade, negligenciar comandos principiológicos indescartáveis<sup>450</sup>

Consoante Onofre Alves BATISTA JUNIOR, o princípio da legalidade administrativa impõe que:

...cada órgão pode exercer sua ‘vontade normativa’ de celebrar contratos administrativos alternativos, se essa for a melhor alternativa para a persecução do bem comum, limitado à sua esfera de competência. A primeira condição de legalidade de uma atuação administrativa deriva da verificação da competência, sendo que, no Direito Administrativo, não há competência legal ou universal. Por certo, porém, a lei pode atribuir competência com maior ou menor margem de discricionariedade para valoração do decisor. Portanto, para as transações administrativas, a lei pode estabelecer cláusulas setoriais autorizativas ou pode atribuir competência para a celebração de transações legais concretamente especificadas.<sup>451</sup>

Compete salientar que da natureza jurídica contratual da transação decorre que em se tratando de transações administrativas, estão sujeitas à incidência de diversas normas de direito administrativo aplicáveis aos contratos administrativos, tais como, as normas da Lei de Licitações e Contratos administrativos, inclusive os ditames nos arts. 58 e 62 os quais conferem direitos e deveres especiais para ambos os pólos da relação contratual administrativa<sup>452</sup>. Destaca-se que o art. 62 da Lei de Licitações e Contratos, expressamente, determina a aplicação supletiva das normas de direito privado nas contratações administrativas.

---

<sup>450</sup> FREITAS, Juez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 52.

<sup>451</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 478. Para o autor, a transação administrativa se instrumentaliza por meio do que denomina de contrato administrativo alternativo: “O contrato administrativo alternativo é uma forma de a Administração Pública resolver determinados casos concretos, como alternativa a uma atuação unilateral, colocando-se como possível mecanismo (mais democrático) para a persecução otimizada do melhor interesse público. O fundamento de sua aplicação centra-se exatamente na possibilidade de maior eficiência da atuação administrativa quando desenvolvida com a colaboração do administrado. Mediante o manejo dos contratos administrativos, a Administração renuncia ao emprego de postetades de imposição unilateral e, buscando maior eficiência administrativa, persegue o melhor interesse público possível mediante o estabelecimento de solução concertada com o administrado.” (*Ibid.*, 325).

<sup>452</sup> Somente a título de exemplo: o art. 58 da Lei 8.666/93, enquanto, por um lado, confere a prerrogativa de alteração unilateral do contrato pela Administração (inciso I), por outro, estabelece limites à discricionariedade na modificação unilateral quando garante a intangibilidade das cláusulas econômicas ao particular contratado (inciso V, § 1º).

Embora a teoria do instituto da transação tenha sido construída sob os moldes privativos, o certo é que a transação administrativa não é a mesma do Direito Privado,<sup>453</sup> tendo em vista que esta última traz em seu núcleo a persecução do melhor interesse público como resultado.

Sem prejuízo disso, constatando a admissibilidade da aplicação supletiva das normas de direito privado em sede das contratações administrativas<sup>454</sup>, Onofre Alves BATISTA JUNIOR afirma que não seria razoável a reconstrução de uma teoria da transação administrativa emancipada e distinta da transação privada.<sup>455</sup>

O ponto ora em destaque diz respeito ao fato de que a transação representa um instrumento de ação colocado à disposição da Administração Pública para resolução de controvérsias administrativas, em especial, as contratuais. Traça, por fim, linhas para consolidação de uma Administração Pública consensual, mais democrática.

A celebração de contratos pela Administração representa um dos processos em que a participação do cidadão na esfera administrativa se manifesta de forma concreta. Nesse contexto, deve-se entender a adequabilidade da transação como método consensual alternativo de resolução de controvérsias contratuais, de tal forma a permitir que o cidadão participe das decisões que lhe digam respeito, no próprio plano da constituição da relação jurídica constituída.

O que vale sublinhar é que o ordenamento jurídico brasileiro disponibiliza instrumentos para que se possa estabelecer uma disciplina mínima do instituto da transação no âmbito do Direito Administrativo. Basta destacar que o próprio Direito Administrativo brasileiro abre margens de discricionariedade para que a Administração possa valorar e ponderar os interesses em conflitos e buscar a melhor solução diante da controvérsia, seja ela efetiva ou potencial.

Nesse sentido, nos contratos administrativos, a margem de discricionariedade atribuída ao administrador deve ser exercida no âmbito das normas que concedem

---

<sup>453</sup> Conforme debatido no capítulo 4 do presente trabalho.

<sup>454</sup> Observadas, porém, as normas de Direito Público específicas que já disciplinam, eventualmente, algumas espécies de transação administrativa, conforme exemplificado no presente capítulo, *supra*.

<sup>455</sup> Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 327.

poderes de valoração para seu exercício, delimitado pela finalidade a ser perseguida ou ao interesse público a ser atendido.

Desse modo, a Administração pode acordar com os contratados, fixando deveres ou contraprestações recíprocas com vistas à solução da controvérsia contratual instalada, desde que propicie uma solução otimizada para o atendimento do feixe de interesses públicos intervenientes.<sup>456</sup>

Colocando em evidência a necessidade de mudança de atuação imperativa para a adoção do consensualismo na esfera administrativa, Gustavo Justino de OLIVEIRA registra:

“É demasiadamente prematuro firmar posições sobre os câmbios que essas novas perspectivas podem desencadear na teoria geral dos contratos administrativos. No entanto, parece que uma forte linha de transformação reside na (relativa) superação da premissa do desnivelamento do particular-contratado em face da Administração-contratante, como elemento de caracterização de todo e qualquer contrato administrativo.”<sup>457</sup>

Assim, em consonância com o Estado Constitucional Democrático, que requer uma Administração Pública mais eficiente e democrática, defende-se que quando a Administração possuir competência para a prática de determinada relação jurídica administrativa— por exemplo, celebrar contrato administrativo de execução de obras— será competente para celebrar a transação no mesmo contrato, tendo por finalidade a busca da melhor solução para o interesse público. Dito de outro modo, é a autoridade competente para decidir unilateralmente que possui a competência para celebrar a transação, de forma consensual, sem a necessidade de que exista lei autorizativa específica para tanto.

É o ordenamento jurídico constitucionalizado que impõe ao administrador público a busca da melhor solução para o interesse público.

Nem se afirme que a legalidade fica mais bem atendida quando a Administração atua imperativamente do que quando atua consensualmente. O princípio da legalidade não coloca óbices à atuação consensual administrativa. O

---

<sup>456</sup> *Ibid.*, p. 371.

<sup>457</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*, p. 569.

critério a ser aferido é o de verificar se a solução adotada, seja imperativa ou consensual, possibilita como resultado o atendimento otimizado do interesse público.

Conforme argumenta Juarez FREITAS, “...na administração pública, um dos erros mais freqüentes é o da ênfase excessiva: palavras e idéias que postulam firmeza maior do que a real.”<sup>458</sup>

A este respeito, Onofre Alves BATISTA JUNIOR coloca em relevo que “quando a Administração pode resolver de forma unilateral e autoritária, mas, em busca da melhor solução para o bem comum, resolve despir-se de seu manto de poder e prescindir dessa forma de atuação em prol de uma solução consensual, é possível a celebração dos contratos administrativos alternativos”.<sup>459</sup>

Nesse enfoque, sendo o objeto litigioso transacionável, isto é, tratando-se de direito disponível, havendo vontade de transigir do cidadão e competência administrativa, a Administração pode resolver a controvérsia por meio de solução consensual da transação.

Não raras vezes, o simples afastamento dos malefícios de uma possível controvérsia já representa razões aptas à celebração da transação. São situações em que o princípio da proporcionalidade exige que a Administração se porte de forma proporcional, necessária e adequada aos fins de interesse público perseguidos.

Por oportuno, necessário enfatizar que a Administração Pública não poderá transacionar quando estiver, direta ou indiretamente, obrigada a escolher a forma do ato administrativo imperativo ou quando o cidadão se recusa a admitir a transação proposta pela Administração.<sup>460</sup>

Sustenta Onofre Alves BATISTA JÚNIOR, “a transação é solução pragmática e excepcional que não tem o condão de transformar em regra aquilo que deve ser tratado como exceção.”<sup>461</sup> Por vezes, a decisão administrativa já vem definida em lei e a Administração está impedida de valorar.

---

<sup>458</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 80.

<sup>459</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 331.

<sup>460</sup> *Ibid.*, p. 326.

<sup>461</sup> *Ibid.*, p. 433.

Por meio do instrumento de transação, a Administração Pública renuncia à imposição unilateral e, efetivamente, persegue um ponto de equilíbrio entre os interesses públicos e privados, em determinado caso concreto, à luz dos princípios constitucionais que reclamam uma Administração mais eficiente e democrática, dentre os quais se destacam os princípios da transparência, da moralidade, da imparcialidade, da eficiência, da razoabilidade.

Ou, nos exatos termos propostos por Juarez FREITAS, “o controle principialista, na perspectiva adotada, demanda uma reestruturação das estratégias de governança, fazendo-as mais criativas, transparentes e simplificadas.”<sup>462</sup>

Na ordem constitucional democrática, todo o plexo de princípios do ordenamento jurídico administrativo constitucional vincula a atuação do administrador público. Nessa linha de idéias, trata-se da leitura decorrente da obediência ao princípio da juridicidade administrativa, o qual exige muito mais do administrador do que apenas a vinculação à lei formal, à legalidade estrita.

Consoante Onofre Alves BATISTA JÚNIOR:

uma visão estéril da legalidade não afasta a possibilidade de soluções acordadas para questões administrativas, ou seja, a invocação da legalidade, por si só, não serve como razão para inviabilizar a celebração de contratos alternativos. Os ideais garantísticos isolados não podem assegurar a ineficiência em detrimento do bem comum.<sup>463</sup>

Para os fins deste trabalho, importa registrar que no texto constitucional, em nenhuma passagem pode-se encontrar quaisquer princípios ou regras que permitam concluir que, em sede de Direito Público, seja impossível celebrar transações, ou mesmo que essas devam ser evitadas. Pelo contrário, é da interpretação da Constituição que pode se extrair a determinação pela busca de soluções por meio de instrumentos consensuais, uma vez que a Carta determina a realização do Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito.

Afinal, conforme aduz Odete MEDAUAR, o princípio da legalidade não pressupõe que o Estado somente pode realizar atos ou medidas que a lei ordena, pois,

---

<sup>462</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 13.

<sup>463</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 464.

se assim o fosse, o significado geral do princípio da legalidade paralisaria a Administração porque seria necessário um comando geral específico para cada ato ou medida editada pela Administração, tornando-a inviável. A autora enfatiza que é sabido que a submissão total da Administração à lei é irrealizável, provavelmente, nunca se realizou.<sup>464</sup>

Nesse enfoque, a legalidade a que a Administração está vinculada é aquela que deflui do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito, feita a partir de uma interpretação conforme a Constituição.

De acordo com os ensinamentos de Juarez FREITAS:

O sistema apresenta-se, por assim dizer, dotado de conformação plástica, derivada de imbricação dos princípios, ainda naquelas hipóteses em que a rigidez aparenta sugerir solução cabalmente vinculada. Só aparenta. *A vinculação do administrador se dá em face da totalidade das diretrizes supremas enfeixadas no direito fundamental à boa administração pública.*<sup>465</sup>

No mesmo sentido, é o posicionamento de Onofre Alves BATISTA JÚNIOR, para quem, “a função administrativa diz respeito àquele ‘poder/dever’ de, diante dos mais variados interesses presentes, adotar no caso concreto, na margem de discricionariedade aberta pela lei, aquela decisão mais eficiente para a prossecução do bem comum.”<sup>466</sup>

E, novamente com Juarez FREITAS, o Estado brasileiro a partir da nova Carta constitucional tem o dever de ser o “...*Estado da escolha administrativa legítima...*”<sup>467</sup>.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o instituto da transação serve exatamente para afastar, face às inúmeras especificidades de cada caso concreto, a exigência de lei genérica, ou mesmo cláusulas autorizativas específicas, que pretendam a aplicação mecânica de resultados ineficientes.

---

<sup>464</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 144-155.

<sup>465</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 52. [grifo do autor]

<sup>466</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 468.

<sup>467</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 17.

Conforme registra Onofre Alves BATISTA JÚNIOR, não é o Poder Legislativo o mais apto a escolher alternativas concretas, mas, usualmente, é a Administração Pública que pode avaliar as nuances e sutilezas de cada caso concreto e adotar a solução otimizada.<sup>468</sup>

Sem embargo, para que a Administração possa administrar eficientemente de tal forma que atenda às exigências modernas de boa administração, é necessário que se imprima uma flexibilização responsável em seu modo de atuar e, que se forneça o necessário lastro para a busca de soluções concertadas.

Nesse compasso, a conformação de uma Administração Pública democrática que tem como pressuposto a participação do cidadão em suas atividades, ao propiciar a busca de soluções consensuais para a resolução de controvérsias contratuais, está agindo em simetria com o princípio constitucional da eficiência, o qual reclama a atuação administrativa otimizada na satisfação do interesse público da coletividade.

### 5.3 A TRANSAÇÃO CONTRATUAL ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Reconhecida a possibilidade jurídica de transação pela Administração Pública, quer quando se trate de direitos disponíveis – transação plena-, quer quando o objeto da transação verse sobre aspectos adjacentes da questão central sobre direitos indisponíveis – transação parcial-<sup>469</sup>, assume ainda relevância verificar para a prática das transações administrativas se com a celebração do acordo as partes podem, ou não, renunciar ao direito fundamental de acesso ao judiciário, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1.988.

Evidentemente que, ao celebrar o acordo de transação, ambas as partes aceitam as condições pactuadas, em regra, com reflexos patrimoniais. Nesse sentido,

---

<sup>468</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 548.

<sup>469</sup> Cf. NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 10. ed. rev. ampl. atual. até 1º de outubro de 2007. São Paulo: RT, 2007, p. 602. A denominação de transação parcial, atribuída pelos autores, é feita apenas com o intuito de diferenciar a transação celebrada sobre direitos disponíveis da transação realizada sobre direitos qualificados, a princípio, como indisponíveis. Nesse caso, a transação é realizada apenas sob a parcela patrimonial do direito, razão pela qual, é denominada pelos autores de parcial.

admitir a possibilidade de rediscutir judicialmente o direito que foi objeto de acordo significa ofender a mais rasa leitura do que seja boa-fé contratual.

Embora, ao celebrar a transação as partes estejam renunciando ao direito de recorrer ao Poder Judiciário, a transação não tem como prever, em seus exatos termos, a impossibilidade das partes recorrerem à instância jurisdicional visando obter decisão acerca de questões atinentes à validade do acordo ou do acordado.<sup>470</sup> Com efeito, pode existir situação em que uma das partes transatoras, muito embora tenha consentido com a transação, sinta-se prejudicada e recorra ao Poder Judiciário.

Vale sublinhar que uma das finalidades precípua da transação é justamente abrir uma via especial, alternativa, para que as partes possam resolver controvérsias existentes em determinada relação jurídica, de tal forma a evitar que as partes recorram ao judiciário. A possibilidade de rediscussão na esfera judicial, do acordo celebrado na transação, tornaria o instituto da transação, na maioria das vezes, inócuo.

O ponto ora em destaque diz respeito ao fato de que o comando constitucional do art. 5º, XXXV, de forma expressa, afirma proibição de impedimento da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito.

Sustenta Uadi Lammêgo BULOS que o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário implica que:

Através desse princípio, todos têm acesso a justiça para pleitear tutela jurisdicional preventiva ou reparatória a lesão ou ameaça de lesão a um direito individual, coletivo, difuso, e até individual homogêneo. Constitui, portanto, um direito público subjetivo, decorrente da assunção estatal de administração da justiça, conferido ao homem para invocar a prestação jurisdicional, relativamente ao conflito de interesses qualificado por uma pretensão irresistível.<sup>471</sup>

Nesse sentido, concorda-se com Uadi Lammêgo Bulos, para quem “o objetivo do princípio da inafastabilidade do controle judicial é “difundir a mensagem de que todo homem, independente de raça, credo, condição econômica, posição política ou

---

<sup>470</sup> CF. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 524.

<sup>471</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional n. 53/2006. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 223.

social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade.”.<sup>472</sup>

Representa uma garantia constitucional de que ninguém será oprimido ou submetido a qualquer tipo de opressão na sua esfera de direitos.

Por certo, a transação em se constituindo de método alternativo de resolução de controvérsias faz com que o debate em curso se aproxime da questão enfrentada quando da análise da constitucionalidade do próprio juízo arbitral no direito brasileiro, bem como de toda a construção dogmática e doutrinária do instituto da arbitragem em sede do Direito Público, conforme já enfrentado neste trabalho.<sup>473</sup>

Refere-se em suma, a identificar se o compromisso arbitral assumido pelas partes litigantes ofenderia, ou não, o mesmo princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Todavia, tal discussão, atualmente, resta superada a partir do posicionamento do Supremo Tribunal Federal quando, discutindo incidentalmente a matéria em sede de agravo regimental de sentença estrangeira<sup>474</sup>, a Corte decidiu por maioria de votos, por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.<sup>475</sup>

José Afonso da SILVA, ao discorrer acerca da constitucionalidade do juízo arbitral, leciona:

A lei não fere o princípio contido no dispositivo constitucional em exame, pois o que este impede é que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito. Seria inconstitucional a lei se ela determinasse que certas questões teriam de ser submetidas ao juízo arbitral. Não é isso que ela faz. Apenas abre uma via especial para as partes em litígio, que a ela recorrerão ou não. Se o fizerem, usaram de arbítrio, de sua liberdade de dispor de seus interesses, como melhor lhes aprouver. O caráter consensual da convenção arbitral

---

<sup>472</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 485.

<sup>473</sup> Cf. debatido no capítulo 4 do presente trabalho.

<sup>474</sup> STF, SE 5.206-AgRg/Espanha, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão de 12-12-2001, DJ, 1, de 30-4-2004. (Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. de acordo com a Emenda Cons.titucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 486.)

<sup>475</sup> *Id.*

mostra que ela não diz respeito à garantia do inciso XXXV do art. 5º, que, como diz Castro Nunes, supõe, ao seu natural, o desacordo das partes, assegurando-lhes o acesso aos tribunais. (...) Ora, se as partes podem transigir, mediante acordo de vontades, até mesmo durante e depois do processo judicial, por que não poderiam consentir na forma arbitral de decidir suas pendências? No fundo, o juízo arbitral é uma forma de valorizar a liberdade contratual.<sup>476</sup>

Por isso mesmo, o princípio da inafastabilidade do acesso do Judiciário deve ser entendido como que uma oferta de serviço à disposição do cidadão reservada, exclusivamente, para os casos em que a composição do conflito pelos meios consensuais não é possível. É justamente aqui que se insere a necessidade de o cidadão ter à sua disposição meios alternativos de resolução de conflitos contratuais, hábeis para prover a pacificação social.

Marçal JUSTEN FILHO afirma que a procedimentalização administrativa, por si só, já possibilita a redução dos encargos do Poder Judiciário. A este respeito, transcreve-se a seguinte passagem esclarecedora:

A procedimentalização produz a redução da litigiosidade, por dois motivos: Por um lado, a participação dos potenciais interessados e a instrução minuciosa propiciam a melhor composição possível para os interesses contrapostos, o que reduz a necessidade de recorrer ao Judiciário. Por outro, a procedimentalização evidencia de modo objetivo a correção (ou incorreção) da atividade administrativa, o que diminui o risco de aventuras judiciárias. A procedimentalização permite ao judiciário um controle simples e objetivo quanto à regularidade dos atos administrativos, o que propicia a dispensa da repetição de provas, especialmente no tocante a fatos de grande complexidade.<sup>477</sup>

Denota-se, portanto, que a processualidade administrativa além de se destinar a aperfeiçoar a atividade administrativa, partindo do pressuposto de que o ato decisório será resultado lógico dos eventos do processo, contribuirá para eventual análise e decisão da jurisdição estatal, na eventualidade de uma das partes demandarem em juízo acerca do objeto da transação. Conforme leciona Marçal JUSTEN FILHO “a verdade buscada por meio do processo não se refere apenas à proteção do interesse do

---

<sup>476</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. atual. acordo com a Emenda Constitucional n. 52/2006. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 132-133.

<sup>477</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 219.

particular, mas apresenta dimensão muito mais ampla, relacionada ao dever de boa administração.”<sup>478</sup>

Não se pode negar que o debate dos interesses em conflitos na esfera administrativa contém maior abertura às discussões de especialização técnico-funcional, em relação às matérias que demandem *expertise* e experiência, do que quando submetidas à apreciação da jurisdição estatal que, na maioria das situações deverá recorrer ao auxílio de perito que, não raras vezes, permanece distante da qualificação técnica necessária ao deslinde do conflito.

Porém, caso a autocomposição dos interesses das partes na esfera administrativa não seja possível, o Poder Judiciário estará disponível para receber a demanda e decidi-la em caráter definitivo.

A propósito, vale conferir as ponderações de Onofre Alves BATISTA JÚNIOR:

A função judicante é substitutiva, e não primária, apenas encontrando justificativa quando inviável ou inoperante os outros meios de solução de conflitos. (...) O entendimento diverso no sentido de que o acesso à justiça é largamente incentivado passa a idéia equivocada do que seja a função do judiciário, contribuindo apenas para o aumento da notória sobrecarga de processos e para a lentidão da justiça<sup>479</sup>

Nesse enfoque, tem-se que a transação não substitui o judiciário na função de decidir sobre a validade, a interpretação e a aplicação do direito positivo nos casos concretos. A possibilidade jurídica de utilização da transação visando à resolução de controvérsias, notadamente as contratuais, tem o condão de evitar sua discussão em intermináveis lides administrativas ou judiciais, desviando-se do objetivo primeiro da atividade administrativa que é a persecução otimizada do interesse público.

---

<sup>478</sup> *Ibid.*, p. 218.

<sup>479</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 524-525.

#### 5.4 A TRANSAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E SEU REGIME JURÍDICO

Partindo da premissa da natureza contratual do acordo de transação<sup>480</sup>, tem-se que a transação na esfera do Direito Público é um contrato administrativo. Desse modo, passa a ser instituído com contornos próprios, que o torna distinto das figuras contratuais do Direito Privado, tendo em vista que carrega em seu bojo a realização de determinado interesse público.

Na lição de Gustavo Justino de OLIVEIRA, “indubitavelmente, é a *vinculação direta e imediata ao interesse público* o elemento que qualifica um contrato como um contrato administrativo.”<sup>481</sup>

No direito brasileiro, a expressão contrato administrativo pode ser utilizada em diversas acepções, em razão das diversas espécies de contrato administrativo existentes.

Marçal JUSTEN FILHO coloca em evidência que contrato administrativo, em sentido amplo, indica um acordo de vontades com efeitos vinculantes, do qual participa a Administração Pública e cujo objeto consiste numa obrigação de dar, fazer ou não fazer. Na lição do autor, o contrato administrativo em sentido amplo comporta os acordos de vontade da Administração (consórcios públicos, convênios públicos, contratos fiscais e Termos de Ajustamento de Conduta – TAC), os contratos administrativos em sentido estrito (contratos de delegação e contratos de colaboração) e os contratos de direito privado.<sup>482</sup>

Para os fins deste trabalho, importa examinar especificamente os denominados contratos administrativos de colaboração, em que há a colaboração do particular na realização de determinado interesse público, cujo regime jurídico

---

<sup>480</sup> Conforme previsão expressa nos artigos 840 até o art. 850 do Código Civil. A temática foi enfrentada no capítulo 4 deste trabalho.

<sup>481</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. p. 30. [grifo do autor]

<sup>482</sup> CF. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos*. 13. ed. São Paulo, Dialética, 2009, p. 674.

encontra-se disciplinado no art. 54 e seguintes da Lei de Licitações e Contratos – Lei 8.666/93.<sup>483</sup>

No direito pátrio, referida Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aplicando-se a todos os seus órgãos da administração direta e indireta, dentre outros.<sup>484</sup>

Destaca-se que esse diploma legal possui diversos dispositivos aplicáveis, mais genericamente, aos demais contratos da Administração, atraindo sua aplicação também ao contrato de transação, conforme se extrai do disposto no parágrafo único do art. 2º, *in verbis*:

**Art. 2º** (omissis)

(...)

**Parágrafo único.** Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos e entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação do vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Da disposição supra anotada tem-se que a Lei de Licitações e Contratos adquire a função de norma geral sobre o contrato de transação, salvo quando existir disposição legal específica, como quando o Direito Administrativo disciplina o regime do contrato de transação em cláusula setorial autorizativa<sup>485</sup>, como por exemplo, no âmbito do Direito Ambiental.

Todavia, deve-se evitar aplicação mecânica dos dispositivos da Lei de Licitações e Contratos sem a devida ponderação no caso concreto, sob pena de inviabilizar o consenso da realização da própria transação.<sup>486</sup> Ou seja, o administrador público deve manter-se atento à utilização imperativa de disposições legais que devem

---

<sup>483</sup> *Ibid.*, p. 675.

<sup>484</sup> Cf. disposição do *caput* e parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

<sup>485</sup> Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 527.

<sup>486</sup> *Ibid.*, p. 527.

ser afastadas, sempre no caso concreto, de tal forma a permitir a realização otimizada do interesse público em disputa.

Por óbvio que a Administração mantém a possibilidade de exercer seus poderes unilaterais na ausência de acordo, bem como nas situações em que o afastamento do comando imperativo é vedado de forma expressa. Não se deve jamais perder de vista que a transação possui caráter de excepcionalidade, devendo apenas ser adotada nos casos em que se justifique como condição para atingir a otimização do interesse público, mediante juízos de ponderação entre os interesses envolvidos.

A esse respeito, transcreve-se a seguinte passagem esclarecedora de Marçal JUSTEN FILHO:

Ressalte-se que a rejeição à tese da supremacia do interesse público não significa negar a existência de interesses públicos supraindividuais merecedores de tutela diferenciada. Nem reflete o conceito de que o interesse de um indivíduo deve prevalecer sobre os interesses coletivos. Nem nega a existência de competências anômalas (as chamadas prerrogativas extraordinárias) de titularidade do Estado. O que se rejeita é a concepção autoritária do Estado, que ignore a ordenação constitucional. (...) Isso significa estabelecer que as chamadas prerrogativas extraordinárias são um instrumento para propiciar a realização da função imposta ao Estado de realizar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas embaixo de uma ordem jurídica caracterizada pela natureza democrática. A dita supremacia do interesse público não equivale a alguma superioridade intrínseca do Estado sobre o particular e a sociedade civil. Existem interesses que são indisponíveis, o que conduz a que o Direito atribua ao Estado a sua realização. Mas daí não se segue que o Estado seja investido de faculdades prepotentes, autoritárias. **Todas as competências atribuídas ao Estado, inclusive as prerrogativas extraordinárias, são manifestação do dever de promover os direitos fundamentais de todos, com observância e respeito aos valores e aos limites impostos pela ordem jurídica.**<sup>487</sup>

Renomado autor, ao comentar dispositivo legal da Lei de Licitações e Contratos que confere poderes especiais para alteração unilateral de cláusulas contratuais, acrescenta que:

A Administração dispõe de um poder jurídico, que lhe é outorgado não no interesse próprio – mas para realizar um interesse indisponível. (...) Se a Administração deixar de exercitar seu poder, estará atuando mal e seus agentes poderão ser responsabilizados pelo descumprimento de seus deveres funcionais. Essas considerações são imprescindíveis, sob pena de configurar-se a disponibilidade dos interesses fundamentais.<sup>488</sup>

---

<sup>487</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos*. p. 678-679.

[grifo nosso]

<sup>488</sup> *Ibid.*, p. 708.

Com efeito, é inarredável que a ordem jurídica constitucionalizada veda o entendimento de que exista supremacia absoluta do interesse público sobre o interesse particular, tampouco que exista a presunção absoluta de que o interesse da Administração se confunda com interesse público primário.<sup>489</sup> Tudo irá depender dos interesses em conflito envolvidos em cada caso concreto.

Na lição de Marçal JUSTEN FILHO, a Administração exaure sua competência discricionária ao optar pela contratação.<sup>490</sup> Logo, há uma força vinculante do contrato administrativo mesmo para a Administração Pública, motivo pelo qual o interesse público objeto da avença deve ser perseguido de forma otimizada.

A Lei de Licitações e Contratos dispõe ainda que os contratos administrativos são regulados pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se subsidiariamente os princípios da teoria geral dos contratos e disposições de direito privado, veja-se o dispositivo contido no art. 54, *in verbis*:

**Art. 54.** Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. (...)

Sustenta Alice Gonzáles BORGES que “há, pois, certas matérias relativas aos contratos administrativos, em que se evidenciam fortes reflexos da disciplina civil. Além disso, há outros aspectos em que a própria lei se reporta, expressamente, à aplicação do direito privado.”<sup>491</sup>

Com efeito, é com amparo nessa disposição legal que é possível afirmar que em se tratando do contrato de transação são aplicáveis as disposições de Direito Privado, em especial os artigos 840 a 850 do Código Civil, que disciplinam a transação.

Da mesma forma e com mesmo fundamento, Onofre Alves BATISTA JÚNIOR registra que as normas que regulam o Processo Administrativo Federal – Lei

---

<sup>489</sup> A temática foi enfrentada no capítulo 2 do presente trabalho.

<sup>490</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos*, p. 709.

<sup>491</sup> BORGES, Alice Gonzáles. *Reflexos do código civil nos contratos administrativos*. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/revista/REDAE-9>>. Acesso em: 04 dez. 2008.

9.784/1999 - são aplicáveis à transação, naquilo que não for próprio e exclusivo dos atos administrativos - emanção unilateral imperativa-, que entre em conflito com a natureza consensual da transação, ou com cláusula setorial autorizativa da transação.

<sup>492</sup> Referido diploma legal estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial à proteção dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.<sup>493</sup>

Em se tratando da forma do contrato de transação, vale conferir a disposição contida no parágrafo único do art. 60 da Lei de Licitações e Contratos que não atribui efeitos a contratos não escritos da Administração, ou seja, contratos verbais. De modo que a forma escrita é obrigatória para o contrato de transação celebrado entre a Administração e o particular contratado.

A esse respeito, leciona Marçal JUSTEN FILHO:

As exigências contidas no art. 60 destinam-se a assegurar a possibilidade de fiscalização sobre o cumprimento das formalidades legais. (...) A imposição de tais formalidades impede a ocultação ou o sigilo acerca do contrato. Isso reprime a tentação da prática de irregularidades, pois a impunidade é extremamente improvável. (...) O terceiro não poderá argüir boa-fé ou ignorância acerca da regra legal. Se aceder com contratação verbal, arcará com as conseqüências.<sup>494</sup>

Perceba-se que a disposição legal em comento acarreta a mais grave forma de invalidade do contrato, ou seja, a nulidade do contrato celebrado. A propósito, vale conferir as ponderações de Onofre Alves BATISTA JÚNIOR:

A possibilidade de manejo de contratos administrativos alternativos<sup>495</sup> não atira à ilegalidade as negociações oficiosas ou os acordos informais, que, seguramente, continuarão a ocorrer, em especial porque existem, indubitavelmente, questões difíceis de serem formalizadas juridicamente. Entretanto, esses acordos, em nenhum caso, poderão pretender ter validade ou eficácia jurídica, uma vez que as partes não quiseram dar-lhes caráter vinculatório, devendo ser considerados 'acordos de cavalheiros', privados de valor jurídico, embora importantes sobre o prisma político, sociológico, etc.<sup>496</sup>

---

<sup>492</sup> Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 527.

<sup>493</sup> Cf. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, p. 201.

<sup>494</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos*, p. 726.

<sup>495</sup> O autor denomina de contrato alternativo o contrato de transação celebrado pela Administração Pública.

<sup>496</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 529.

Com esteio na tendência ora revelada importa destacar que, à luz do Direito Administrativo brasileiro, o contrato administrativo não é dotado de auto-executoriedade. Nesse sentido, as partes transatoras, tanto o particular como a Administração Pública, em caso de conflito, apenas podem ser compelidas a cumprir o acordo celebrado por meio de ação judicial. Assim, as pretensões que nascem do contrato de transação, em caso de conflito, para que passem a ter a natureza de título executivo de tal forma a possibilitar a devida exigibilidade, devem ser submetidas ao Poder Judiciário. Desse modo, aplicando subsidiariamente as disposições do art. 445 do Código Civil, a parte lesada pelo inadimplemento do contrato de transação poderá requerer a resolução do contrato de transação, incluindo eventual indenização por perdas e danos que tenha sofrido.<sup>497</sup>

Sem detrimento disso, o dispositivo contido no art. 77 da Lei de Licitações e Contratos assim determina:

**Art. 77.** A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Em complemento, o art. 78 do mesmo diploma legal apresenta um rol taxativo das causas que constituem motivo para a rescisão do contrato administrativo.

Consoante Marçal JUSTEN FILHO, no Direito Administrativo incidem regras mais severas do que as de direito privado, no qual a inexecução parcial não acarreta a rescisão do contrato, excetuadas hipóteses específicas contidas, por exemplo, nos artigos 389 e seguintes do Código Civil ou nos artigos 18 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor.<sup>498</sup> Enfatiza ainda o renomado administrativista que “No Direito Administrativo, a inexecução parcial pode ser assimilada à total. A

---

<sup>497</sup> *Ibid.*, p. 530. O autor destaca: “No caso de execução de transação judicial (homologada por sentença judicial), a chancela jurisdicional confere ao instrumento de acordo a eficácia de título judicial, o que já aparelha, com a devida exigibilidade, a execução judicial da Administração ou administrado, independente de ação de conhecimento. (*Id.*)”

<sup>498</sup> Dispõe o art. 389 do Código Civil: “**Art. 389.** Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos e honorários de advogado.”. Os artigos do Código de Defesa do Consumidor citados pelo autor referem-se à faculdade do consumidor em rescindir o contrato de consumo por vício do produto e do serviço.

indisponibilidade dos interesses fundamentais não se compadece com a incerteza ou insegurança do cumprimento das prestações impostas ao particular.”<sup>499</sup>

A aplicação dos dispositivos deve ser ponderada por meio do princípio da proporcionalidade, uma vez que a gravidade da punição imputada à parte inadimplente deve ser proporcional à gravidade da infração cometida pela inexecução imputável à mesma.

Por isso, razão assiste a Marçal JUSTEN FILHO que ao comentar o dispositivo contido no art. 78 da Lei de Licitações e Contratos sinaliza com a necessidade de observância aos princípios hermenêuticos aplicáveis no caso concreto, norteadas pelo princípio da indisponibilidade dos interesses fundamentais:

A infração às previsões contratuais é juridicamente relevante na medida em que ofende os interesses fundamentais. (...) Há condutas que ofendem garantias ou deveres fundamentais à execução do objeto do contrato; outras atingem questões de somenos importância. Também por isso, não se pode cominar a rescisão do contrato como a consequência automática para toda e qualquer infração contratual. Essa solução seria mais perniciosa do que benéfica. Rescindir o contrato significa paralisar o atendimento aos interesses fundamentais. A lesão aos interesses fundamentais não é evitada simplesmente através da rescisão do contrato. (...) Quando o inadimplemento for irrelevante ou secundário e não envolver a satisfação de deveres fundamentais, a Administração poderá impor sanções ao particular. Mas não poderá decretar a rescisão.<sup>500</sup>

Insta assinalar que ao contrato de transação igualmente são aplicáveis a disposição contida no art. 70 da Lei de Licitações e Contratos, no sentido de que o contratado é responsável pelos danos causados à Administração ou a terceiros, decorrente de dolo ou culpa na execução do contrato. Tal dispositivo é aplicável inclusive aos contratos de transação celebrados com fulcro em cláusulas setoriais autorizativas. A propósito, quando o inadimplemento se der pela Administração, estar-se-á diante de possível hipótese de ofensa ao princípio da moralidade administrativa esculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Sem prejuízo disso, o art. 54, § 1º da Lei de Licitações e Contratos<sup>501</sup> determina à Administração o respeito ao princípio

---

<sup>499</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos*, p. 798.

<sup>500</sup> *Ibid.*, p. 801.

<sup>501</sup> Dispõe o art. 54 da Lei 8.666/93: “**Art. 54.** (...) § 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos,

da boa-fé na atuação administrativa, compelindo-a a cumprir o acordo ou a reparar, judicialmente, os prejuízos que causar ao particular contratado. Aplica-se ainda o comando expresso no art. 422 do Código Civil, que determina que os contratantes são obrigados a guardar, na conclusão dos contratos, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.<sup>502</sup>

Na lição de Alice Gonzáles BORGES:

O tema do abuso do direito se relaciona estreitamente com a aplicação do princípio da boa fé, como quer SILVIO VENOSA, ao dever das partes de agir de forma correta antes, durante e até depois do contrato. Por sua vez, tal princípio decorre do princípio da confiança, tão zelosamente defendido pelos tribunais da Comunidade Européia, como alicerce da segurança jurídica, que é um dos pilares do Estado de Direito.<sup>503</sup>

Nesse sentido, os contratos de transação celebrados pela Administração possuem caráter vinculante decorrente da lei, reforçado pelo princípio constitucional da moralidade administrativa em sua faceta da boa-fé, que se por um lado, induz à confiança do particular contratado, por outro lado impede que o contrato de transação se sujeite ao arbítrio da Administração ou seja impugnado por qualquer motivo pelos particulares.<sup>504</sup>

Sobre a rescindibilidade do contrato de transação, necessário ainda enfrentar a questão da onerosidade excessiva, quando, em razão de acontecimento extraordinário e imprevisível, o acordo celebrado torna-se desarrazoadamente oneroso para uma das partes, autorizando a parte prejudicada a pedir a adequação do contrato ou mesmo sua resolução, com fulcro nos artigos 478 a 480 do Código Civil<sup>505</sup>. Trata-se da teoria da imprevisão.

---

obrigações e responsabilidade das partes, em conformidade com os termos da licitam e da proposta a que se vinculam.”

<sup>502</sup> Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 531-532. Dispõe o artigo 422 do Código Civil: “**Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa fé.”

<sup>503</sup> BORGES, Alice Gonzáles. *Reflexos do código civil nos contratos administrativos*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revista/REDAE-9>>. Acesso em: 04 dez. 2008.

<sup>504</sup> Cf. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *op. cit.*, p. 533.

<sup>505</sup> Dispõe o art. 478 e seguintes do Código Civil: **Art. 478.** Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da

Alice Gonzáles BORGES aduz que o conjunto de disposições do novo Código Civil se harmoniza plenamente com o tratamento já consagrado nos contratos administrativos em geral, quanto às alterações e as hipóteses de rescisão contratual, por força de eventos supervenientes de acontecimento extraordinários e imprevisíveis.<sup>506</sup>

Veja-se que a Lei de Licitações e Contratos, em seu art. 65, inciso II, alínea “d” autoriza a alteração do contrato celebrado para o fim de restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da remuneração pela Administração, visando à justa remuneração do objeto contratual e a conseqüente manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, *in verbis*:

**Art. 65.** Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

**I** – unilateralmente pela Administração:

(...)

**II** – por acordo das partes:

(...)

**d)** para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Impende registrar que a Constituição Federal no art. 37, inciso XXI, expressamente aludiu à obrigatoriedade serem mantidas as condições efetivas da proposta.

Transparece, portanto, que o contrato administrativo reflete uma das formas consensuais empregadas pela Administração Pública para o desenvolvimento de suas atividades, quando os objetivos visados são adquirir bens e serviços perante a

---

citação. **Art. 479.** A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. **Art. 480.** Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.”

<sup>506</sup> Cf. BORGES, Alice Gonzáles. *Reflexos do código civil nos contratos administrativos*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revista/REDAE-9>>. Acesso em: 04 dez. 2008.

iniciativa privada. Assim, uma das características principais das prestações objeto dos contratos administrativos é a patrimonialidade<sup>507</sup>, por conseguinte, havendo disponibilidade para realização de concessões mútuas visando à transação para a resolução de eventuais conflitos instalados na relação jurídica contratual.

A par das considerações acima expostas, entende-se que os comandos constitucional e infraconstitucional supracitados dirigidos à Administração Pública contratante, retratam o fundamento do poder/dever de transacionar nos contratos administrativos, não restando espaço para margem discricionária da atuação administrativa quando necessário restabelecer a equação econômico-financeira do contrato originalmente celebrado.

Reitere-se que uma das características predominantes das prestações objeto dos contratos administrativos é a sua patrimonialidade. Por sua peculiaridade, portanto, tem-se que em se tratando de contratos administrativos albergados pela Lei de Licitações e Contratos não há que se falar da obrigatoriedade da existência de lei autorizativa para a celebração da transação com vista à resolução de conflitos, nos termos ainda concebidos para o Direito Tributário<sup>508</sup>. Ainda no tocante da admissibilidade da via consensual da transação nos contratos administrativos, reitere-se que inexistente no ordenamento jurídico pátrio vedação para a adoção da transação como método alternativo de resolução de conflitos.

Todavia, nas situações em que o consenso não é atingido, a Administração Pública deverá estar em condições de atuar imperativamente, de tal forma a fazer prevalente o interesse público no caso concreto. Afinal, conforme aduz Gustavo Justino de OLIVEIRA, “a administração consensual não supera a administração imperativa”.<sup>509</sup>

Nesse sentido, reprise-se que deve ser afastada qualquer interpretação que se destine ao entendimento de que, na conformação da Administração Pública consensual, em nome da promoção de uma maior eficiência administrativa, deve-se abdicar de controles formais ou de legalidade da atuação administrativa.

---

<sup>507</sup> Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*, p. 239.

<sup>508</sup> Conforme debatido no capítulo 4 do presente trabalho.

<sup>509</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*, p. 244.

## CONCLUSÃO

A Administração Pública, ao longo da história, manteve uma considerável autonomia e conveniente distanciamento, tornando-se relativamente inacessível a interferências externas em suas atividades, até mesmo dos próprios cidadãos.<sup>510</sup> Assim, a dogmática da disciplina destinada a submeter as atividades da Administração Pública à lei foi construída sobre a idéia central de que “*o interesse público é um interesse próprio da pessoa estatal, ‘externo e contraposto aos dos cidadãos’.*”<sup>511</sup>

Devido à enorme expansão da intervenção do Estado, essa via autoritária não é mais susceptível de ser usada de forma exclusiva. Atualmente, não somente o cidadão depende da Administração, mas igualmente a Administração Pública depende da cooperação e parceria do cidadão para o desempenho de suas atividades-fins.

A nova Carta, 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. O texto constitucional, ao dispor de forma expressa, no caput do art. 37, os princípios a serem observados por toda a Administração Pública no exercício da função administrativa, modifica a perspectiva de um Direito Administrativo respaldado na lei e amplia o alcance e o sentido da legalidade.

Não sem razão, presencia-se, no Direito Administrativo brasileiro, intensa mudança e releitura de paradigmas, desencadeada, principalmente, como resposta à necessidade de modernização do aparelho estatal o qual se exige que seja, ao mesmo tempo, transparente e eficaz; participativo e imparcial; legal e eficiente, cujas escolhas administrativas devam ser razoáveis, eqüitativas, fundadas no consenso dos destinatários e destinadas, sobretudo, à otimização do interesse público. A interpretação jurídica das instituições do Direito Administrativo passa a ser submetida a uma compreensão concreta e pragmática dos valores constitucionais.<sup>512</sup>

---

<sup>510</sup> Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, p. 10.

<sup>511</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, p. 11.

[grifo do autor]

<sup>512</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 14.

Configura-se, por isso mesmo, um cenário de transição de uma gestão pública autoritária para uma gestão pública democrática, cujas margens discricionárias abrem um espaço de valoração para que o administrador público, à luz do comando constitucional da eficiência administrativa, persiga o melhor interesse público possível, mediante uma solução concertada com o administrado, tanto para prevenir, como para pôr fim a controvérsias. A Constituição traça os preceitos basilares de desempenho da Administração Pública ao mesmo tempo em que determina sua democratização.

Nesse sentido, uma nova legitimidade fundada no consenso permite que se ultrapasse a crise atual da decisão autoritária, fazendo com que a Administração Pública persiga a celebração de acordos por meio de negociações, com a implementação de um processo administrativo decisório mais democrático com a efetiva participação do interessado na construção da própria decisão administrativa.

Na relação jurídica administrativa concreta, subordinada ao regime jurídico administrativo constitucionalizado é a ponderação de princípios, bens e valores constitucionais que deverá nortear a resolução de eventuais conflitos entre Administração e cidadão.

Sem embargo, é a satisfação das necessidades coletivas que determina que a Administração adote em cada caso concreto, a melhor solução possível, como resposta ao seu dever de boa administração, com eficiência e economicidade. Atuar conforme o Direito é atender aos fins de interesse geral, atentar para a boa-fé, com observância da adequação entre meios e fins na atuação administrativa.

Não raro, hodiernamente, constata-se um certo desapontamento com a resposta prática que as soluções jurisdicionais oferecem, motivo pelo qual se reforça a necessidade de busca de soluções pré-contenciosas, sobretudo, firmadas com base no consenso, de tal forma a transferir a solução dos conflitos para o momento em que eles ocorrem.

É indubitável que a Administração Pública não atende seus fins unicamente com a atuação imperativa, tampouco garante com isso a otimização do interesse

público; ela se realiza buscando soluções que visem ao equilíbrio e à proteção dos interesses legítimos envolvidos em cada caso concreto.

Assim, propugna-se pela utilização do instituto da transação, no âmbito da esfera administrativa, visando à prevenção e à resolução de conflitos em contratuais administrativos contendo prestações de caráter econômico. É justamente essa conotação econômico-financeira para ambos os pólos da relação jurídica contratual que qualifica o interesse público perseguido como interesse público secundário, que autoriza invocar a realização da transação como método alternativo de solução de controvérsias.

Nessa situação, quando a Administração opta por celebrar um contrato de transação, no qual, mediante concessões mútuas, as partes põem fim a um litígio, ela não está transigindo com o interesse público, mas está deslocando a questão litigiosa do judiciário para as próprias partes envolvidas e atuando em conformidade com o princípio da proporcionalidade que reclama uma atuação administrativa adequada, ajustada nos meios aos fins de interesse público e, sobretudo, necessária.

Todavia, a transação administrativa reclama mecanismo de controle mais efetivo da tomada de decisão, de tal forma a garantir a transparência e a legalidade do processo de negociação e composição de interesses, tanto para os interessados quanto para os órgãos de tutela da própria Administração.

Nesse sentido, o processo administrativo de tomada de decisão, além de configurar-se como meio compensatório ao déficit jurisdicional, uma vez que objetiva reduzir o recurso à jurisdição estatal, ao mesmo tempo possibilita mais facilmente a implementação das decisões administrativa, pois elas passam a ser tomadas de forma consensual. O consenso e o acordo surgem como legitimadores de todo o processo de tomada de decisão administrativa.

Não se desconhece que, sem os devidos cuidados, a transação administrativa pode se transformar em mecanismo que favoreça o casuísmo das soluções contratuais, com o risco de fazer prevalecer as melhores soluções para os mais fortes, ou ainda para possíveis conluíus entre contratados e agentes públicos, respaldando atuações em desvio de poder. Por esse motivo, seu uso não deve se dar em regra, mas em situações

excepcionais, quando se puder comprovar que o interesse da coletividade será melhor atendido, de forma otimizada, por meio do manejo da transação contratual administrativa.

A medida adotada pela Administração para a prevenção e resolução de conflitos deve se constituir em um meio adequado e idôneo à finalidade almejada. Desse modo, o princípio da legalidade a que a Administração está adstrita e que melhor se coaduna com os ditames de um Estado Democrático de Direito deve ser “filtrado” pelo texto constitucional que lhe concede fundamento e sustentabilidade para a implementação da transação como método alternativo de solução de conflitos contratuais administrativos. Uma perspectiva adequada de boa gestão pública a ser perseguida deve ainda estar centrada na processualidade administrativa, a qual permite acompanhar a tomada de decisão administrativa e aferir que ela se mostre racional e justa, ao mesmo tempo em que se apresenta como uma vertente de garantia associada a direitos fundamentais.

Mesmo inserida na idéia de um Estado de Direito Democrático, tendente a reduzir a atuação administrativa imperativa de tal forma a substituí-la por uma atuação de natureza consensual, nenhuma conduta de órgão estatal pode escapar ao controle da sociedade, tampouco nenhuma atuação estatal pode realizar valores distintos consagrados pela ordem jurídica.

Por derradeiro, cumpre reprimir que o contrato se apresenta como instrumento cada vez mais utilizado e necessário para as finalidades da atuação administrativa e que, especificamente aos contratos administrativos celebrados com fulcro na Lei de Licitações e Contratos – Lei 8.666/93-, conforme demonstrado, têm-se inúmeros dispositivos que determinam a realização de transação pela Administração Pública no curso do contrato, objetivando o equilíbrio da relação contratual, refletindo que a consensualidade já é uma realidade na *práxis* administrativa brasileira.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel. (org.) *Interesses públicos ‘versus’ interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005.

ARANHA, Márcio Nunes. *Segurança jurídica stricto sensu e legalidade dos atos administrativos: convalidação do ato nulo pela imputação do valor de segurança jurídica em concreto à junção da boa-fé e do lapso temporal*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/rl/pdf>. Acesso em: 01 dez. 2008.

ARMAS, Magdalena Lorenzo Rodriguez. *Analisis del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Granada: Comares, 1996.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel. (org.) *Interesses públicos ‘versus’ interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

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

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

BARBOSA, Denis Borges. *Nota sobre o uso da transação pela Administração Pública*. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/transigir.doc>. Acesso em: 20 fev. 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Disponível em: <http://www.sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/artigos>. Acesso em: 09 out. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro: EMERJ, v. 9, n. 33, 2006.

\_\_\_\_\_. Prefácio. O estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO (org.) *Interesses públicos 'versus' interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. O princípio da supremacia do interesse público. In: SARMENTO (org.) *Interesses públicos 'versus' interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Trad. Carne Varriale et al. 8. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOCKENFORD, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BORGES, Alice Gonzáles. Reflexos do código civil nos contratos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 9. fev/mar/abr 2007. Salvador. ISSN 1981-1861. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/revista/REDAE-9>. Acesso em 04 dez.2008.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Administrativo atual: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional n. 53/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem*. A teoria do discurso e a justificação dos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constitucionalismo e *good governance*. In: \_\_\_\_\_. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 5. ed. 2. reimp., Coimbra: Almedina. 1992.

CARA, Juan Carlos Gavara de. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madrid: CEPC, 1994.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Rubens Miranda de. *Transação tributária, arbitragem e outras formas convencionadas de solução de lides tributárias*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2008.

CASSESE, Sabino. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. In: \_\_\_\_\_. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

\_\_\_\_\_. *Las bases del derecho administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.

CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. *O Brasil não é para amadores: Estado, governo e democracia na terra do jeitinho*. 2. ed. Curitiba: Travessa Editores, 2004.

CAUBET, Christian Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico. In: *Governo dos riscos*. Brasil: Centro Universitário de Brasília, 2005.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Estado Constitucional, neoconstitucionalismo e tributação*. Disponível em: <http://www.cleveadvogados.com.br/arquivos>. Acesso em: 09 out. 2007.

\_\_\_\_\_. Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição. *Revista de informação legislativa*. Brasília, a. 27, n. 106, p. 81-98, abr./jun. 1990.

*CÓDIGO Europeu da Boa Conduta Administrativa*. Europa: Parlamento Europeu, 2001.

COUTO E SILVA, Almiro do. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei n° 9.784/99)*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 4 dez. 2008.

\_\_\_\_\_. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 43-70, jul./set. 1997.

\_\_\_\_\_. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro, n. 84, p. 50-67. out./dez., 1987.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

CUNILL GRAU, Nuria. *Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social*. Brasília: ENAP, 1998.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamento, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996.

ESPÍRITO SANTO, Leonardo Motta. *Direito Administrativo*. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERNÁNDEZ, Tomás- Ramón; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, 1999. v. 1.

FIGUEIREDO, Paulo Henrique. *A transação tributária como expressão dos direitos do cidadão*. Recife: Bagaço, 2004.

FIGUEROA, Alfonso García. *La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. *La teoría del derecho em tiempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 159-186.

FIORAVANTI, Maurício. *Constitución. De la antigüedad a nuestros dias*. Madrid: Trotta, 2001.

FREITAS, Juarez. *Discricionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *O controle dos atos administrativos e princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. 4d. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Madrid: Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. La constitucionalización del ordenamiento jurídico – el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 49-73.

HERMITTE, Marie Angèle. Os fundamentos jurídicos da sociedade de riscos. In: *Governo dos riscos*. Brasil: Centro Universitário de Brasília, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos*. 13. ed. São Paulo, Dialética. 2009

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria general del derecho y del Estado*. México: Imprenta Universitária, 1950. trad. Eduardo García Maynes.

LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MACHADO, João Baptista. *Participação e descentralização*. Democratização e neutralidade na Constituição de 76. Coimbra: Almedina, 1982.

MAIA, Antonio Cavalcanti. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.com.br>>. Acesso em: 09 out. 2007.

\_\_\_\_\_. Apresentação: pesquisa jurídica, curiosidade científica e argumentação. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MALISKA, Marcos Augusto. A concretização dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Reflexões sobre a complexidade do tema e o papel da jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (coords.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. *O direito administrativo moderno*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. Convênios e consórcios administrativos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 11, n. 8, pp. 451-461, ago. 1995

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Contrato Administrativo*. *Boletim de Licitações e Contratos*, [s.l.], n. 4, p. 211-212, 2002.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. vol. I.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. v. 25. São Paulo: RT, 1971.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *Mutações do direito administrativo*. 3.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Mutações de direito público*. Renovar: 2006.

\_\_\_\_\_. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. Uma Nova Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p.179-182, abr./jun. 2002.

\_\_\_\_\_. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.. 218, p. jul./set. 1997.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MÜELLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 10. ed. rev. ampl. atual. até 1º de outubro de 2007. São Paulo: RT, 2007.

NETTO, Luisa Cristina Pinto e. Interesse público e administração concertada. *Revista de direito municipal*. Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p.173-182, jan./mar. 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. Direito do Terceiro Setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 11-36, jan./jun. 2007.

\_\_\_\_\_. Participação administrativa. In: OSÓRIO, Fábio Medina. SOUTO, Marcos Jurena Villela. (coord.) *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. In: *Direitos humanos e democracia*. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (coords.) Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. Direito ao desenvolvimento na constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 145-162, jul./set. 2005.

\_\_\_\_\_. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 567-606.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: RT, 2007.

OTTO Y PARDO, Ignácio de. *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Civitas, 1998.

PRATIS I CATALÁ, Joan. La construcción social de la gobernanza. In: PRATIS I CATALÁ, Joan; VIDAL BELTRÀN, José Maria. (coords.). *Gobernanza: Diálogo Euro-Iberoamericano sobre o buen gobierno*. Madrid: INAP, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*. São Paulo: Ed. 34, 1996.

POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003.

ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha. DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *A Administração Pública e o princípio da confiança legítima*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/ludiana\\_carta\\_braga\\_façanha\\_rocha..pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/ludiana_carta_braga_façanha_rocha..pdf)>. Acesso em: 01 dez. 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Distribuciones Fontamara, 1999.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006.

\_\_\_\_\_. (org.) *Interesses públicos 'versus' interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2005.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.com.br>. Acesso em: 09 out. 2007.

\_\_\_\_\_. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Cadernos da escola de direito e relações internacionais das faculdades do Brasil*, Curitiba, v. 2, p- 55-72, jan./jun. 2003.

\_\_\_\_\_. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. atual. acordo com a Emenda Constitucional n. 52/2006. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Luís Vergílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo: Tese para cátedra/USP, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

THOMPSON, Dennis. *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*. Trad. Gabriela Ventureira. Barcelona: Gedisa, 1999.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle Social: promovendo a aproximação entre a administração pública e a cidadania. In: Brasil. *Tribunal de Contas da União. Premio Serzedello Corrêa 2001: monografias vencedoras: perspectivas para o controle social e a transparência da Administração Pública*. Brasília: TCU, 2002.

VAZ, Isabel. Arbitragem, licitação e livre concorrência. *Revista de direito municipal*. Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p.173-182, jan./mar. 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de. et al. *O direito de parceria e a lei de concessões*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1999.