

## **PARTE I**

### **A Teoria dos Acordos Administrativos**

## **1. A Indisponibilidade do Interesse Público e a Disponibilidade dos Direitos Subjetivos da Administração Pública**

**MARÇAL JUSTEN FILHO**

### **1. A problemática terminológica**

Os diversos ramos do direito desenvolvem terminologias próprias e se valem, muitas vezes, de

um mesmo e único vocábulo para indicar conceitos distintos. Mas o problema maior reside na ausência de consciência desse fenômeno, propiciada pela crescente especialização do conhecimento jurídico.

O especialista em um ramo do direito tende a desenvolver uma visão de túnel, aprofundando de modo crescente a sua capacidade de examinar o mundo nos limites exclusivos da sua área cognitiva. Isso resulta na ausência de uma visão abrangente, que incorpore os atributos próprios de cada uma das outras abordagens existentes no próprio campo do direito.

Em termos práticos, os administrativistas não dominam os conhecimentos próprios de outros ramos do direito. E os cultores de outros ramos do direito não dominam o direito administrativo. Mas todos compartilham um mesmo vocabulário, recheado de expressões técnicas. Há o risco de pressupor que cada vocábulo apresenta o mesmo significado nos diversos ramos do direito, o que gera distorções e equívocos.

## **2. A teoria do “interesse público” no Direito Administrativo**

Essa problemática ocorre em relação à expressão “interesse público”, que envolve temas fundamentais no âmbito do Direito Administrativo.<sup>1</sup> A teoria do “interesse público” foi desenvolvida no Direito Administrativo em contexto determinado e se prestou a uma função própria, especialmente num cenário histórico distinto. A expressão “indisponibilidade do interesse público” se reporta a questões próprias e específicas, cuja compreensão exige entender a própria função atribuída ao dito “interesse público”.

### **2.1 A pluralidade de abordagens jurídicas ao “interesse” (e ao “interesse público”)**

No plano dogmático e no âmbito filosófico, “interesse” comporta diferentes sentidos, situação que nem sempre é reconhecida pelas diversas correntes que tratam da questão. O aprofundamento sobre “indisponibilidade do interesse público” exige,

um mesmo e único vocábulo para indicar conceitos distintos. Mas o problema maior reside na ausência de consciência desse fenômeno, propiciada pela crescente especialização do conhecimento jurídico.

O especialista em um ramo do direito tende a desenvolver uma visão de túnel, aprofundando de modo crescente a sua capacidade de examinar o mundo nos limites exclusivos da sua área cognitiva. Isso resulta na ausência de uma visão abrangente, que incorpore os atributos próprios de cada uma das outras abordagens existentes no próprio campo do direito.

Em termos práticos, os administrativistas não dominam os conhecimentos próprios de outros ramos do direito. E os cultores de outros ramos do direito não dominam o direito administrativo. Mas todos compartilham um mesmo vocabulário, recheado de expressões técnicas. Há o risco de pressupor que cada vocábulo apresenta o mesmo significado nos diversos ramos do direito, o que gera distorções e equívocos.

## **2. A teoria do “interesse público” no Direito Administrativo**

Essa problemática ocorre em relação à expressão “interesse público”, que envolve temas fundamentais no âmbito do Direito Administrativo.<sup>1</sup> A teoria do “interesse público” foi desenvolvida no Direito Administrativo em contexto determinado e se prestou a uma função própria, especialmente num cenário histórico distinto. A expressão “indisponibilidade do interesse público” se reporta a questões próprias e específicas, cuja compreensão exige entender a própria função atribuída ao dito “interesse público”.

### **2.1 A pluralidade de abordagens jurídicas ao “interesse” (e ao “interesse público”)**

No plano dogmático e no âmbito filosófico, “interesse” comporta diferentes sentidos, situação que nem sempre é reconhecida pelas diversas correntes que tratam da questão. O aprofundamento sobre “indisponibilidade do interesse público” exige,

“indisponibilidade do interesse público” exige, por isso, uma tarefa preliminar orientada a tornar mais precisa a questão de fundo.

## **2.2 O afastamento da abordagem processual sobre “interesse”**

A primeira etapa nesse estudo envolve o afastamento das concepções processualistas sobre “interesse”.

No Direito Processual, a expressão é utilizada para indicar uma relação de adequação-necessidade entre a satisfação de uma pretensão e a obtenção de um provimento jurisdicional.<sup>2</sup>

No vocabulário do Direito Processual, “interesse” refere-se a uma relação entre a situação de sujeito(s) privado(s) e o aparato jurisdicional. Sob um certo ângulo, o conceito processual de interesse relaciona-se à identificação de requisitos para a atuação jurisdicional.

A expressão “interesse público”, tal como incorporada no Direito Administrativo, não apresenta relação com esse enfoque processualista.

## **2.3 A dimensão privatista e o**

### **fundamento do direito “objetivo”**

No âmbito do direito material, a figura do “interesse” afirmou-se como relevante no cenário do século XIX, no cenário das disputas sobre a origem e o critério do direito. O tema envolveu uma disputa entre as escolas de Windscheid e de Jhering.<sup>3</sup>

#### ***2.3.1 O contexto da ausência da positivação do direito***

É fundamental ter em vista que a divergência surgiu num momento anterior à afirmação da autonomia de um direito positivo fundante da ordem jurídica. Envolveu um cenário próprio do direito privado, em que não se cogitava propriamente de relações jurídicas de direito público.

A afirmação da existência de direitos subjetivos conduzia a uma indagação mais profunda, relacionada com a sua origem. Os pensadores questionavam a origem dos direitos subjetivos, num contexto altamente influenciado por enfoques jusnaturalistas.

#### ***2.3.2 A concepção do “direito subjetivo” como um senhorio da vontade***

A teorização de Windscheid afirmava que o direito

subjetivo era um poder de vontade, reconhecido e protegido pelo direito. Esse enfoque centrava-se na afirmação do indivíduo, identificado como um ser dotado de vontade. Nesse enfoque, a construção jurídica se alicerça na figura da vontade, que é o fundamento do surgimento de relações entre os sujeitos e no reconhecimento de direitos subjetivos entre eles.

### ***2.3.3 A teoria de Jhering: a Jurisprudência dos Interesses***

Esse enfoque foi rebatido por Jhering, que buscou afastar o conceito de vontade como nuclear. Embora reconhecendo a importância intrínseca do indivíduo como tal, acrescentou que as relações entre os sujeitos fundavam-se em diferentes circunstâncias, inclusive econômicas. Esse conjunto de relações envolvia a existência de interesses, muitos deles versando sobre bens e condutas referidos a outros sujeitos. A chamada Jurisprudência dos Interesses defendeu que a origem do direito subjetivo seria a tutela jurídica a um interesse, reputado como merecedor de proteção.

### ***2.3.4 Ainda a predominância do enfoque privatista***

O enfoque de Jhering não excluía a existência de “interesses públicos”, mas se relacionava claramente a um enfoque privatista, o que era plenamente compatível com o cenário então existente.

O desenvolvimento do pensamento posterior admitiu a existência de direitos subjetivos públicos, o que envolvia, em última análise, uma ponderação quanto a interesses públicos.

## **2.4 A afirmação do direito positivo**

Essas ponderações estavam sendo produzidas num cenário contemporâneo à própria afirmação do conceito de Estado de Direito. A concepção de que o Estado é subordinado ao direito encontrava-se em seus primórdios.

Em torno ao final do século XIX, foi-se produzindo a positivação do direito, adotada a expressão para indicar a diferenciação entre fontes materiais e fontes formais. Contrapõem-se as concepções entre direito natural e direito positivo, com uma forte preponderância do segundo em face do primeiro.

## **2.5 Ainda a dicotomia direito público-direito privado**

A afirmação do direito positivo foi acompanhada da reafirmação da dicotomia entre direito público e direito privado. Ainda que a distinção sempre tenha sido objeto de questionamento por parcela da doutrina, a sua adoção acompanhou a evolução do pensamento jurídico ao longo do tempo. Tal decorria, de modo específico, em virtude de uma distinção de conteúdo.

### ***2.5.1 A dimensão horizontal das relações entre particulares***

Segundo a concepção então vigente, as relações entabuladas entre os sujeitos privados apresentavam uma configuração horizontal. Isso significava uma situação de igualdade “antecedente”. Ou seja, os sujeitos privados não se sobrepõem entre si, mas todos são dotados de idênticos poderes jurídicos. No exercício de tais poderes, estabelecem relações jurídicas, que até podem resultar em posições de preponderância. Mas as relações jurídicas partem do pressuposto desse equilíbrio intrínseco entre os partícipes.

Sob o ângulo dessa concepção clássica do interesse, todos esses sujeitos são dotados de interesses mercedores de idêntico respeito por parte da ordem

jurídica.

### ***2.5.2 A dimensão vertical das relações entre Estado e “administrado”***

Na concepção clássica, as relações de direito público possuem uma dimensão vertical. Assim se passa porque o Estado é um sujeito em sobreposição aos particulares. Enquanto o sujeito privado busca a satisfação de necessidades e conveniências egoísticas, o Estado é uma instituição que busca a satisfação do Bem Comum.

### ***2.5.3 A diferenciação intrínseca entre interesse público e interesse privado***

Esse contexto traduzia uma distinção intrínseca entre interesse público e interesse privado. Partindo de um pressuposto genérico, no sentido de que o direito positivo reconhece um direito subjetivo em vista da existência de um determinado interesse mercedor de tutela, a diferença entre direitos subjetivos públicos e privados relacionava-se a uma distinção axiológica entre interesse público e interesse privado. Nesse contexto, encontra-se o núcleo da concepção jurídica sobre a superioridade do interesse público relativamente ao privado.

---

## **2.6 O problema da discricionariedade administrativa**

No entanto, a distinção intrínseca entre interesse público e interesse privado não era suficiente para gerar um efeito normativo autônomo. Assim se passava porque os direitos subjetivos refletiam essa distinção, mas isso não significava que o direito subjetivo público fosse intrinsecamente superior ao direito subjetivo privado.

No âmbito do Direito Administrativo, a questão adquiriu uma conotação diversa em virtude de controvérsias sobre o então denominado “poder discricionário” do Estado.

### **2.6.1 O “poder discricionário” como atributo estatal intrínseco**

No pensamento administrativista clássico, prevalecia a concepção da existência de “poderes estatais”, dotados de uma dimensão intrínseca.<sup>4</sup> Isso significava que tais poderes seriam inerentes por natureza ao Estado. A disciplina jurídica apresentaria uma dimensão declaratória de tais poderes.

Então, aludia-se a um “poder discricionário” para indicar essa fonte estatal de disciplina da conduta

própria e de terceiros, independentemente de disciplina legal específica.

Reconhecia-se ao Estado uma posição de preponderância que lhe assegurava a competência para a edição de comandos abstratos e não abstratos, destinados a restringir a autonomia dos particulares, a promover a ordem, a assegurar a paz social e assim por diante.

### **2.6.2 O “interesse público” como critério da ação estatal**

A existência de um “poder” estatal não implica, no entanto, a ausência de critérios de controle da atividade administrativa do Estado. Reconhecia-se que os chamados “atos discricionários” somente seriam considerados válidos se fossem conformes com a ordem jurídica. Mas a ausência de padrões gerais e abstratos dificultava a formulação de padrões de controle. A solução residia, então, na verificação da compatibilidade do ato discricionário com o “interesse público”. O interesse transformava-se num critério da ação estatal. Seria válido o ato compatível e inválido o ato incompatível com o interesse público.

### **2.6.3 “Interesse público” como “fundamento**

### ***do poder do Estado”***

Logo, o interesse público foi transformado em fundamento concreto do poder do Estado. A própria justificativa da verticalidade do relacionamento entre Estado e particular encontra-se no interesse público. Então, supera-se o posicionamento de que o Estado seria intrinsecamente superior ao particular, mas se admite que o interesse público sobrepuja necessariamente o privado.

## **2.7 O percurso do fascismo italiano**

A simplista exposição anterior apresenta generalidade suficiente para expor as circunstâncias dos diversos países a que se filia o Direito Administrativo brasileiro. Há algumas peculiaridades que influenciaram o regime fascista italiano.

### ***2.7.1 “Tudo no Estado, nada contra o Estado, e nada fora do Estado” (Mussolini)***

O enfoque fascista leva a concepção do interesse público ao seu paroxismo. Essa visão induz à identificação entre a realidade política e a dimensão estatal. O Estado é reconhecido como núcleo da vida social e econômica, o que torna irrelevante,

impertinente, inconveniente – senão ilícita – a existência de interesses privados.

### ***2.7.2 A eliminação dos direitos privados***

Daí se segue a eliminação dos direitos privados em face do Estado. A concepção fascista supera a proposta da supremacia do interesse público para admitir a supremacia dos direitos estatais. Nesse enfoque, não existe direito subjetivo oponível ao Estado.

## **3. A evolução histórica brasileira**

A exposição acima evidencia as circunstâncias que condicionaram a trajetória do Direito Administrativo brasileiro, sem que isso implique atribuir à influência estrangeira as mazelas verificadas em nosso país.

### **3.1 Ainda a insuficiência da experiência democrática**

Um ponto destacado pela generalidade dos administrativistas é a reduzida experiência democrática brasileira.

O Brasil experimentou um regime imperial até 1889, cujos fundamentos não foram essencialmente alterados pela Constituição de 1891 – ao menos, não

houve alteração substancial no tocante à relação entre autoridade estatal e sujeito privado. As décadas seguintes foram plenas de experiências totalitárias.

No breve período de tempo entre 1946 e 1964, houve a tentativa de construção de uma sociedade democrática – convivendo com o paradoxo da generalidade da legislação de Direito Administrativo produzida em períodos totalitários.

O regime militar de 1964 afastou direitos e garantias individuais e adotou a concepção de supremacia dos interesses estatais sobre a generalidade da sociedade.

### **3.2 A afirmação do Estado de Direito Democrático e dos direitos fundamentais**

A situação se alterou com a CF/88, que consagrou um Estado de Direito Democrático, centrado em torno dos direitos fundamentais. Ainda que essas inovações tenham apresentado uma dimensão parcialmente semântica, o cenário jurídico passou por alterações radicais.

#### ***3.2.1 A redução da desigualdade jurídica***

Um dos aspectos essenciais do regime constitucional

de 1988 reside na redução da desigualdade jurídica, como etapa orientada a promover a atenuação das desigualdades de qualquer natureza. Isso significou a atribuição de posição equivalente inicial a todos os sujeitos.

#### ***3.2.2 A proteção às minorias e aos hipossuficientes***

Por outro lado, houve o reforço da tutela às minorias e aos hipossuficientes, sob o pressuposto da exigência de proteção diferenciada em favor daqueles que se encontram em situação desvantajosa.

#### ***3.2.3 O reconhecimento dos direitos fundamentais em face do Estado***

Mas a característica mais relevante da CF/88 reside na consagração de direitos fundamentais oponíveis em face do Estado. Foi afirmada a função promocional do direito, com a finalidade de assegurar as diversas manifestações da dignidade humana. O Estado foi reconhecido como titular de competências orientadas ao atingimento de finalidades e interesses de dimensão coletiva. Mas, além disso, houve a consagração da individualidade em face do Estado, inclusive no tocante aos direitos fundamentais de segunda e

terceira geração.<sup>5</sup>

Portanto, não se tratou mais de reconhecer as limitações às competências políticas estatais, mas também de afirmar o dever estatal de promover prestações positivas em favor dos indivíduos.

### **3.2.4 A tutela reforçada às pretensões privadas contra (inclusive) o Estado**

A eficácia dos direitos fundamentais, consagrada constitucionalmente, traduziu-se na tutela a pretensões privadas contra o Estado. Isso significou o reconhecimento de direitos subjetivos do indivíduo contra a Administração Pública.

## **4. Implicações do regime constitucional de 1988**

A sistemática consagrada pela CF/88 produziu uma série de implicações no tocante à temática do interesse público.

### **4.1 A dissociação da causalidade entre interesse e direito subjetivo**

Como visto, a distinção entre “interesse” e “direito

subjetivo” constituiu em fundamento da teoria de Jhering. Segundo essa teoria, o fundamento do direito subjetivo reside no interesse protegido pela ordem jurídica.

A afirmação do Estado Democrático de Direito conduz ao reconhecimento de que o direito subjetivo não é uma derivação do interesse. Há uma pluralidade de fatores que conduzem ao reconhecimento de direitos subjetivos. Afirmar que todo direito subjetivo derivaria da proteção a um interesse implicaria adotar uma acepção amplíssima para o vocábulo “interesse”, o que resultaria na inutilização da construção teórica.

### **4.2 A juridicização do “poder” estatal: a competência**

Por outro lado, todos os poderes estatais foram juridicizados, na acepção de sua institucionalização por meio do direito. Não há poder estatal “naturalístico”, prévio, alheio ou superior à ordem jurídica. Isso significa que o poder jurídico é albergado pela ordem jurídica como uma *competência* por ela instituída e disciplinada.

A competência consiste em uma posição jurídica disciplinada pelo direito público, que compreende um

conjunto de faculdades (poderes), cuja existência é orientada à satisfação de necessidades de titularidade alheia ao sujeito estatal.

Não se trata de negar a existência de poderes, mas de afirmar que todo poder jurídico é disciplinado pelo direito, que prevê a sua existência, dispõe sobre o seu conteúdo e regula o seu exercício.

Isso significa que a existência de um “interesse” de titularidade do Estado não é suficiente para instituir uma posição jurídica reforçada em face dos particulares. A expressão “interesse público” não indica um fenômeno extrajurídico, mas se refere a uma situação tutelada pela ordem jurídica. Por isso, o “interesse público” é delimitado pelo direito, tal como adiante mais bem exposto.

### **4.3 A pluralidade das posições jurídicas**

A positivação do interesse conduz ao surgimento de direitos subjetivos. Tal como exposto, isso não significa afirmar que todo direito subjetivo reflete a tutela a um interesse. Nem que todo interesse se traduza em um direito subjetivo.

O ponto fundamental reside em que as posições

jurídicas reforçadas, consistentes em faculdades de diversa natureza no relacionamento entre os sujeitos, são instituídas pela ordem jurídica.

Algumas dessas posições jurídicas reforçadas configuram direitos subjetivos, cuja característica consiste na determinação da faculdade de exigir conduta específica (objeto determinado) em face de um sujeito individualizado.

### **4.4 Os direitos subjetivos da Administração Pública**

As competências da Administração Pública compreendem uma pluralidade de faculdades e atribuições.

#### **4.4.1 Poderes jurídicos em sentido amplo**

Muitas delas são exercitáveis em face do conjunto dos sujeitos, em termos abstratos. Mas a Administração Pública somente dispõe de poder jurídico para impor uma conduta específica e determinada em face de um sujeito também determinado quando se configurar um direito subjetivo.

#### **4.4.2 Os direitos subjetivos**

As normas jurídicas instituem poderes, exercitáveis em face de um número determinado ou indeterminado de sujeitos. Esses poderes jurídicos podem configurar direitos subjetivos, que se constituem em posições reforçadas e protegidas pela ordem jurídica. O direito subjetivo configura uma faculdade de atuação em face de terceiros.

#### **4.4.3 A competência administrativa e o direito subjetivo**

Ou seja, a competência administrativa apresenta uma dimensão ampla e complexa. A concretização da situação jurídica pode conduzir ao surgimento de direito subjetivo para a Administração Pública. Esse direito subjetivo terá por objeto uma prestação definida e específica (consistente num dar, fazer ou não fazer) em face de um ou mais sujeitos determinados.

Assim, suponha-se a competência para desapropriar bens privados. A ordem jurídica institui e delimita essa competência. Mas isso a previsão abstrata da competência para desapropriar não implica a faculdade de o Estado apropriar-se de bem privado. A extinção do domínio privado sobre um bem específico e o surgimento do domínio público dependerá da

instauração de uma relação jurídica própria, que atribuirá direitos subjetivos e deveres jurídicos ao expropriante e ao particular.

### **4.5 Os direitos subjetivos contra o Estado**

Um dos aspectos mais relevantes da afirmação do Estado Democrático de Direito consistiu no reconhecimento aos particulares de direitos subjetivos em face do Estado.

#### **4.5.1 A omissão legislativa e o direito ao suprimento**

A preocupação constitucional com os direitos fundamentais traduziu-se na determinação de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º). Foi consagrado o mandado de injunção para assegurar o exercício de direitos e liberdades, tolhidos em virtude da ausência de norma regulamentadora. Houve também o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão. Se o silêncio legislativo não é suficiente para neutralizar a eficácia dos direitos fundamentais tutelados

constitucionalmente, então é evidente que tal resultado não pode ser produzido por uma conduta ativa do Estado.

#### **4.5.2 O interesse público e o direito subjetivo do particular**

Tornou-se superada a concepção de que o interesse público poderia propiciar a ausência de realização dos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente. Mais precisamente, desapareceu a competência estatal unilateral para ponderar conflitos entre interesse público e direitos fundamentais.

Precisamente porque os indivíduos foram investidos de direitos subjetivos relacionados a garantias fundamentais, tendo como sujeito passivo o Estado. Admitiu-se a existência de pretensões privadas em face da autoridade pública.

A mera existência de pretensão não é suficiente para assegurar a satisfação do particular. Mas isso tornou superada a concepção de que a Administração disporia de um “poder” próprio para decidir, no seu exclusivo âmbito interno, sobre a concretização dos direitos e garantias constitucionais. O sujeito privado foi investido de poder para questionar diretamente as

ações e omissões do Estado e a efetiva presença de algum interesse público suficiente para neutralizar tais pretensões incumbe ao Poder Judiciário.

#### **4.5.3 A restrição aos poderes do Estado**

Em muitos casos, esses direitos subjetivos envolvem tutela e garantia precisamente em face das competências administrativas. Ou seja, a limitação dos poderes públicos faz-se não apenas ao interno da definição do poder estatal, mas também por uma providência externa: o direito reconhece ao particular um conjunto de direitos subjetivos cuja existência acarreta a redução da órbita de poderes estatais.

Assim, por exemplo, o direito assegura ao particular o direito subjetivo de receber uma justa indenização, prévia e (em regra) em dinheiro, nas hipóteses de desapropriação de seu patrimônio. Trata-se de um direito subjetivo, cuja instituição acarreta a redução da órbita dos poderes jurídicos estatais. A competência estatal para desapropriar é delimitada pela existência de direito subjetivo atribuído ao sujeito privado.

#### **4.5.4 Direito subjetivo privado e reconfiguração da competência estatal**

Há casos em que a instituição do direito subjetivo privado destina-se a produzir a reconfiguração *positiva* da competência estatal. Não se trata de promover a limitação dos poderes estatais, mas instituir deveres quanto a competências até então não existentes.

Nesses casos, o Estado se torna titular de um poder jurídico para promover a satisfação de direitos subjetivos privados. Assim se passa no tocante aos direitos fundamentais de segunda e terceira geração, relacionados com a atividade administrativa promocional da dignidade humana. Cada sujeito privado é titular de direito subjetivo a obter prestação estatal apta a promover a sua integridade física, moral e espiritual. Como decorrência, o Estado é investido de competências administrativas para desenvolver atividades no âmbito da saúde, do saneamento, da assistência, da previdência e assim por diante.

## **5. O interesse como fim e o direito subjetivo como meio**

Interesse (público ou privado) e direito subjetivo coexistem no ambiente jurídico. São institutos distintos, com eficácia jurídica diversa e regime

jurídico inconfundível.

### **5.1 O interesse como disciplina finalística**

O interesse envolve uma disciplina normativa finalística. O conceito de interesse é identificado em vista da finalidade a que se vincula a disciplina jurídica. A expressão “interesse” indica uma necessidade cuja satisfação é propiciada por meio dos poderes instituídos pela ordem jurídica.

### **5.2 O direito subjetivo como disciplina instrumental**

O direito subjetivo é um instituto cuja identidade decorre do conteúdo. Caracteriza-se como atribuição de poderes jurídicos específicos, em favor de um sujeito determinado, tendo por objeto uma prestação individualizada. O direito subjetivo apresenta natureza instrumental, na acepção de se constituir em um meio para o atingimento de fins buscados pelos sujeitos públicos e privados.

### **5.3 Interesses público e privado**

Um interesse é qualificado como público quando as necessidades a serem atendidas apresentam também uma dimensão supraindividual. Tal pode decorrer tanto em virtude de questões quantitativas como em vista de aspectos qualitativos.

### **5.3.1 O interesse privado**

Alude-se a interesse privado para indicar a situação em que existe uma identidade entre a titularidade da condição de parte e das necessidades a serem satisfeitas. Nesse caso, o sujeito é investido da faculdade de determinar não apenas as finalidades a serem buscadas, mas também o modo de exercício das faculdades jurídicas relacionadas.

Em diversas hipóteses, não existe essa identidade. Os poderes jurídicos são atribuídos a um sujeito distinto daquele que é titular da necessidade a ser satisfeita. Esse fenômeno pode ocorrer no próprio direito privado, que admite inclusive soluções para a sua formalização – tal como o contrato de mandato. Mas há outras posições jurídicas de direito privado em que essa dissociação é característica, tal como se passa no tocante à curatela. Em tais hipóteses, no entanto, não se alude a um interesse público.

### **5.3.2 O interesse público**

Em muitas situações, no entanto, as necessidades superam a dimensão puramente individual. O direito atribui poder jurídico para um sujeito promover a satisfação de necessidades que apresentam uma dimensão geral (critério quantitativo) ou que envolvem valores reputados como relevantes para a sociedade em seu conjunto (critério qualitativo).<sup>6</sup> Nesses casos, é usual o reconhecimento da existência de um interesse público, cuja relevância conduz à atribuição da titularidade dos poderes jurídicos a um órgão estatal.

## **6. Os direitos subjetivos do Estado**

Os direitos subjetivos, ainda quando de titularidade estatal e subordinados ao regime de direito público, são disponíveis, desde que observados os pressupostos e os limites da disciplina normativa. Há um regime jurídico próprio e diferenciado, condicionante da disponibilidade.

### **6.1 A natureza instrumental dos direitos subjetivos**

Como visto, os direitos subjetivos apresentam

natureza instrumental e envolvem poderes de conteúdo específico, cujo objeto consiste na obtenção de uma prestação consistente em um dar, fazer ou não fazer, a cargo de um sujeito determinado (ou determinável).

## **6.2 Direitos subjetivos patrimoniais e não patrimoniais**

Em muitos casos, a prestação objeto do direito subjetivo apresenta natureza patrimonial, comportando avaliação econômica. Em outros casos, o direito subjetivo não envolve uma prestação economicamente avaliável. Assim se passa também quanto aos direitos subjetivos de titularidade estatal.

## **6.3 A disponibilidade dos direitos subjetivos (patrimoniais ou não)**

Os direitos subjetivos, detenham ou não natureza patrimonial, envolvem poderes jurídicos que, em certas circunstâncias e observados mediante determinados pressupostos, podem ser objeto de renúncia, desistência ou sacrifício. Tal se passa inclusive na hipótese de direitos subjetivos de titularidade do Estado, tenham eles natureza

patrimonial ou não.

## **6.4 Disposição e renúncia**

Ainda por cautela, cabe assinalar que disposição não significa renúncia. A renúncia consiste numa modalidade específica de disposição, caracterizada pela ausência de comutatividade e pela eliminação da titularidade de um poder, direito ou bem sem uma contrapartida econômica ou não econômica para o titular.

A expressão “disposição” é dotada de amplitude semântica muito mais ampla. Envolve ação ou omissão voluntária que produza a extinção de poder, direito ou bem. A disposição compreende não apenas a renúncia, mas também e quando menos a alienação e a transação. Portanto e em muitos casos, a disposição não resulta em uma redução patrimonial, eis que a extinção da titularidade de um direito é acompanhada da aquisição da titularidade de outro.

## **6.5 A submissão ao princípio da legalidade**

De modo genérico, a disposição dos direitos subjetivos públicos subordina-se ao princípio da legalidade.

Exige-se a autorização legislativa permitindo que a Administração se desfaça do direito de que é titular. Cabe à lei determinar as condições para que tal disposição se aperfeiçoe.

## **6.6 A questão da disponibilidade em face de direitos subjetivos públicos e privados**

A ressalva acima evidencia a distinção do regime jurídico entre direitos subjetivos públicos e privados no tocante à questão da disponibilidade.

### **6.6.1 A disponibilidade dos direitos subjetivos privados**

No âmbito privado, o regime jurídico dos direitos subjetivos disciplina a questão da disponibilidade, tomando em vista as condições do titular e do objeto da prestação. Nesse contexto, existem certos direitos cujas características acarretam a sua indisponibilidade. Tal se passa, de modo específico, com os chamados direitos da personalidade.<sup>7</sup> Não seria excessivo (nem implicaria adesão a alguma concepção jusnaturalista) afirmar que certos atributos inerentes ao ser humano são reconhecidos pela ordem jurídica

em condições insuscetíveis de renúncia ou disponibilidade.

### **6.6.2 A disponibilidade dos direitos subjetivos públicos**

Os direitos subjetivos públicos são instituídos e configurados pelo direito. Uma norma jurídica estabelece a sua disciplina e dispõe sobre o seu exercício – o que abrange inclusive a sua eventual disposição.

Pode-se afirmar que todos os direitos subjetivos públicos são disponíveis **nos limites e nas condições da lei**. Portanto, o direito subjetivo de titularidade estatal não é disponível se inexistir lei autorizadora. Mas a lei pode contemplar situações abstratas ou concretas em que será cabível a disposição.

### **6.6.3 A desnecessidade de autorização legislativa específica**

Apenas por cautela, ressalte-se que a submissão da atividade estatal ao princípio da legalidade não significa a exigência de disciplina legislativa específica e especial para cada atuação concreta. Admitem-se

autorizações amplas e genéricas, as quais podem implicar, de modo necessário, atos administrativos que importam disposição de direitos.

Assim se passa, por exemplo, no âmbito contratual. A autorização legislativa para a Administração Pública desenvolver atividade contratual implica, de modo inafastável, a previsão da disposição de bens e direitos de sua titularidade.

## **6.7 As manifestações da disponibilidade dos direitos públicos**

Existem diversas manifestações de disponibilidade dos direitos subjetivos públicos patrimoniais. Nessas hipóteses, o direito subjetivo prevê as condições para a extinção de direitos subjetivos estatais, inclusive por meio de ações ou omissões voluntárias.

### **6.7.1 A alienação (gratuita ou onerosa) de bens**

Uma parcela significativa dos bens públicos comporta alienação, inclusive gratuita, ainda que o regime jurídico não seja idêntico àquele aplicável aos sujeitos privados. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, exigindo-se a autorização legislativa

correspondente. Há casos em que a alienação se faz de modo oneroso, mediante uma contrapartida econômica a cargo do adquirente. Mas existem diversas situações em que a lei pode autorizar a alienação gratuita dos bens públicos.

### **6.7.2 A atividade contratual estatal**

Uma outra faceta da disponibilidade de direitos subjetivos públicos patrimoniais se relaciona com a atividade contratual do Estado. Nesse caso, admite-se inclusive uma autorização genérica, compreensiva de atividades diversas e heterogêneas. Um dispositivo legal pode outorgar uma autorização ampla para a Administração Pública entabular acordos de diversa natureza com sujeitos privados, em condições muito variadas. Esses acordos podem compreender a transferência de bens e direitos de titularidade da Administração Pública, usualmente de modo oneroso e comutativo.

### **6.7.3 A renúncia e a transação**

Admite-se que a lei atribua à Administração Pública a faculdade de renunciar a direitos e pretensões, tal como promover transação visando a extinção de litígios e controvérsias. Em muitos casos, a lei

determina as condições mínimas e máximas para tais práticas. Em outros casos, a disciplina legal restringe-se a determinar a autoridade competente para implementar a solução.

#### **6.7.4 A anistia e o perdão**

Existem situações em que a lei prevê a extinção da ilicitude, a exclusão do ilícito ou autoriza a outorga de perdão aos autores de atos reprováveis. Assim, por exemplo, a anistia quanto a um ilícito tributário acarreta o desaparecimento inclusive do crédito fiscal decorrente.

#### **6.7.5 A prescrição e a decadência**

Rigorosamente, prescrição e decadência não se enquadram no conceito de disposição de direitos do Estado, eis que não se caracteriza uma conduta específica como causa extintiva deles. No entanto, é cabível aludir às figuras da prescrição e da decadência como evidência da existência de um modelo normativo que admite a extinção de direitos subjetivos sem a obtenção de um proveito e sem o atingimento do fim que norteou a sua instituição pelo ordenamento jurídico.

Ou seja, a ausência do exercício de faculdades e poderes de titularidade do Estado durante o período de tempo previsto legalmente acarreta a extinção de direitos subjetivos.

### **7. A distinção entre interesses públicos primários e secundários**

A diferenciação entre interesse público e direito subjetivo público conduz a um novo enfoque quanto a própria distinção entre interesse público primário e interesse público secundário.

#### **7.1 A tese de níveis diversos de interesses públicos**

Especialmente na doutrina brasileira, difundiu-se a diferenciação entre interesse público primário e interesse público secundário. A distinção é reportada à doutrina estrangeira,<sup>8</sup> mas adquiriu grande prestígio no Brasil.

Segundo esse enfoque, o interesse público primário consiste na dimensão do interesse público em sentido próprio. Envolve a satisfação das necessidades coletivas e transcendentais, que exigem atenção e comprometimento do Estado.

Já o interesse secundário resulta da institucionalização do Estado como uma organização formal, o que produz o surgimento de necessidades e conveniências próprios. O interesse público secundário aproxima-se ao interesse privado, na acepção de refletir uma avaliação das circunstâncias inerentes à organização estatal – em contraposição aos interesses do conjunto da coletividade.

## **7.2 O interesse público secundário como uma manifestação de direito subjetivo**

É muito mais apropriado identificar o interesse público secundário como uma manifestação de direitos subjetivos públicos, especialmente de natureza patrimonial.

Tome-se em vista um exemplo usualmente utilizado para diferenciar interesse público primário e secundário. Afirma-se que a Administração Pública, ao promover a desapropriação de bem privado para fins de utilidade pública, encontra-se imbuída do interesse público primário de pagar o justo preço em favor do expropriado. Mas existiria um interesse público secundário em promover a desapropriação pelo menor

preço possível.

É muito mais apropriado reconhecer que o dito interesse “secundário” não consiste propriamente em um interesse público. Trata-se muito mais de um direito subjetivo de titularidade da Administração. Ao promover a expropriação, a Administração busca o interesse público, mas é investida do direito subjetivo de desembolsar o menor valor possível para tanto.

As peculiaridades do chamado interesse público secundário se reportam a uma posição jurídica concreta, que envolve faculdades e poderes em face de um sujeito determinado, versando sobre prestações específicas, usualmente de natureza patrimonial. Por decorrência, o interesse público secundário comporta disposição, segundo a disciplina normativa aplicável.

## **8. A disponibilidade do direito subjetivo e a questão do interesse público**

A tradicional afirmativa da indisponibilidade do interesse público não significa que os direitos subjetivos públicos de titularidade do Estado sejam igualmente indisponíveis. As figuras de interesse público e de direito subjetivo público são distintas e

inconfundíveis e o Estado promove, de modo regular e contínuo, a disposição dos direitos subjetivos de que é titular.

### **8.1 A rejeição a uma concepção essencialista de interesse público**

Rejeita-se uma concepção essencialista para todos os institutos e valores jurídicos, inclusive para o interesse público. Isso significa rejeitar a concepção da existência de uma ideia autônoma, de uma figura hipostasiada, de uma entidade dotada de existência própria, que configuraria “o interesse público”.

#### **8.1.1 A presunção da existência autônoma de um “interesse público”**

É usual enfrentar-se essa temática partindo do pressuposto de que existe um interesse público em uma dimensão abstrata e autônoma, a ser descoberto ou revelado pela autoridade pública. Esse posicionamento envolve a negação da atividade inovadora e criativa da autoridade pública que invoca como fundamento de sua decisão a existência do interesse público.

#### **8.1.2 A inexistência da atividade de “revelação” do interesse público**

O interesse público é uma construção promovida pela autoridade competente, em face das necessidades coletivas e dos valores transcendentais. A autoridade estatal não desenvolve uma atividade passiva, por meio da qual um interesse público abstrato é revelado ao conjunto da população. Ao contrário, a autoridade competente realizar uma atividade criativa e inovadora, dentro dos limites da ordem jurídica e da realidade concreta. Essa atividade é constitutiva do interesse público, comportando discussão e avaliação no contexto dos pressupostos aplicáveis na situação considerada.

### **8.2 O reenquadramento da “indisponibilidade do interesse público”**

O sistema da CF/88 representou a ruptura de uma longa tradição no Direito Administrativo brasileiro, relacionada com aquela dimensão vertical do relacionamento entre Administração Pública e sujeito privado. Mais ainda, a recolocação da disciplina quanto a direitos e a interesses (públicos e privados)

impõe a adoção de um novo enfoque relativamente à questão da “disponibilidade”.

### **8.2.1 Ainda a ideia de Bem Comum**

A ordem constitucional de 1988 não eliminou o conceito de Bem Comum, mas subordinou-o à concepção da proteção à dignidade humana, a ser protegida em todas as situações. Cabe ao Estado promover o Bem Comum, mas isso não significa a irrelevância ou a secundariedade da dignidade individual.

### **8.2.2 A ponderação dos diversos interesses no momento pré-legislativo**

A CF/88 não eliminou o processo de ponderação dos diversos interesses no momento pré-legislativo – nem isso seria viável. A produção da lei reflete uma avaliação sobre os diversos interesses em jogo, o que pode resultar em soluções de restrição ao interesse privado e proteção do interesse público. No entanto, não existe uma determinação prévia contemplando a superioridade necessária do interesse público sobre o privado.

Mais precisamente, qualquer ponderação sobre os

interesses públicos e privados, durante o processo legislativo, é subordinada à eficácia dos direitos fundamentais. Portanto, qualquer solução contemplada em norma infraconstitucional terá a sua validade delimitada pela força impactante dos direitos fundamentais.

### **8.2.3 A ponderação de interesses no momento regulamentar**

Mas também existe uma ponderação de interesses em momento pós- -legislativo, especialmente por ocasião da produção normativa regulamentar. A autoridade administrativa formula soluções, inclusive realizando escolhas no exercício de competência discricionária. Os atos administrativos regulamentares resultam de uma avaliação quanto às necessidades supraindividuais e transcendentais a serem satisfeitas, tal como quanto às condições para que tal seja implementado. Isso envolve tomar em vista os interesses públicos envolvidos.

### **8.2.4 As decisões estatais, os interesses públicos e dos direitos subjetivos**

Em todas essas hipóteses, a decisão estatal deve necessariamente refletir a tutela constitucional não

apenas aos interesses públicos, mas também aos direitos subjetivos – especialmente aqueles reconhecidos aos sujeitos particulares.

### **8.2.5 A dimensão delimitada da “supremacia” do interesse público**

Então, somente pode ser cogitada da “supremacia” do interesse público quando houver espaço jurídico para tanto. Não existe viabilidade jurídica de sacrifício de direito subjetivo privado, consagrado e protegido pela Constituição ou por norma infraconstitucional (inclusive regulamentar) em favor de um “interesse público”.

Essa afirmativa não envolve afirmar que os interesses privados prevalecem sobre os públicos, mas decorre do reconhecimento de que a tutela normativa a um direito subjetivo não pode ser eliminada por meio de um ato administrativo concreto. A supremacia da Constituição e da Lei, que vinculam o ato administrativo, definem e determinam os limites e o conteúdo dos interesses públicos. Portanto, quando a Constituição ou a Lei (ou um Regulamento) reconhecerem a um sujeito privado um direito subjetivo determinado, existirá um impedimento normativo à invocação ao interesse público.

Dito de outro modo, a Administração Pública não é legitimada a invocar um interesse público para restringir, atenuar ou neutralizar as imposições constantes da Constituição, da Lei e do Regulamento.

### **8.3 A superação da concepção monista de interesse público**

Por outro lado, tornou-se superada a concepção monista do interesse público. A alusão a “**um**” (ou a “**o**”) interesse público é imprecisa e insuficiente. Assim se passa porque o estabelecimento de um Estado Pluriclasse<sup>6</sup> e de uma sociedade democrática pluralista, produziu a multiplicação de valores e de fins cuja realização incumbe ao Estado.

#### **8.3.1 A multiplicidade de fins a serem buscados**

O Estado disciplinado pela CF/88 é um veículo para a realização de finalidades de diversa ordem – algumas delas potencialmente conflitantes entre si. Basta considerar o art. 3º da Constituição para compreender a complexidade da posição jurídica do Estado. Existem finalidades de natureza política, econômica, social e política, todas merecedoras de tutela jurídica

equivalente.

### **8.3.2 A multiplicidade de interesses públicos**

Por decorrência, surgem múltiplos e diversos interesses públicos. Assim, por exemplo, existe o interesse público em promover o desenvolvimento econômico. Mas também há o interesse público em proteger o meio ambiente. E há o interesse público em reduzir as desigualdades regionais e eliminar a miséria, tanto quanto há o interesse público em reduzir a violência contra sujeitos em situação de desvantagem.

A ação administrativa estatal envolve um procedimento de “construção harmônica do interesse público no caso concreto”, em que o agente público pondera as diversas manifestações de interesses públicos envolvidos para buscar uma solução que preserve, na maior extensão possível, todos os fins a serem realizados pelo Estado.

### **8.3.3 A produção procedimentalizada da decisão**

Não é casual a alusão a um “procedimento”. É descabido afirmar a existência não apenas de um

interesse público único. Também não se admite um interesse público abstrato, concebido em termos dissociados da realidade concreta da atuação estatal.

O interesse público é produzido (ou identificado) em vista das características de cada situação fática. Essa produção envolve um procedimento, na acepção de uma sucessão preordenada de atividades administrativas, entre si organizadas de modo lógico, de modo a que a etapa anterior condiciona as subsequentes.

Não se admite, por isso, a determinação do interesse público como uma manifestação impositiva da vontade do administrador. O conteúdo concreto da finalidade buscada pelo Estado é variável em vista das circunstâncias, mas não é o reflexo de uma decisão voluntarista isolada e subjetiva do governante. Não se admite que o interesse público seja aquilo que o governante quer, porque a sua identificação depende de dados objetivos extraídos da realidade política, social, econômica e jurídica.

### **8.3.4 O dever de justificativa**

Isso não implica negar a existência de dimensão política e discricionária à atividade de determinação

do interesse público. Mas há um dever de justificativa da autoridade. A justificativa – que condiciona a validade da decisão adotada – compreende a avaliação realizada pela autoridade em vista das diversas circunstâncias, que envolve a observância de um procedimento. A legitimidade jurídica e política da decisão depende da observância desse procedimento e da consistência das justificativas invocadas.

## **8.4 A indisponibilidade do interesse público**

É nesse contexto em que se insere a concepção da indisponibilidade do interesse público.

### ***8.4.1 A indisponibilidade dos interesses públicos em abstrato***

Sob um prisma abstrato, todos os interesses públicos são indisponíveis. Isso significa que existem certos fins cuja realização é obrigatória para o Estado. Não é facultado ao Estado ignorar, eliminar ou desmerecer qualquer um desses diversos fins.

No entanto e no plano puramente abstrato, não é viável extrair efeitos jurídicos vinculantes para a conduta do Estado, seja ela isolada, seja ela

relacionada com os sujeitos não estatais. Assim, existe um interesse público abstrato em promover o desenvolvimento nacional sustentável, tal como há um interesse público abstrato em garantir a proteção à saúde. Mas isso não permite identificar um padrão concreto de disciplina da conduta do Estado. Uma decisão concreta específica do Estado não é suscetível de uma qualificação como “violação” ao interesse público abstrato.

### ***8.4.2 A indisponibilidade do interesse público em concreto***

Uma vez determinado o interesse público concreto, a questão muda de figura. Em tal hipótese, produz-se a redução da complexidade e a harmonização das diversas manifestações de interesses públicos abstratos. Surge um interesse público concreto, que condiciona e delimita a atuação do Estado.

Esse interesse público concreto também é indisponível, na acepção de refletir a ponderação da autoridade competente quanto ao fim a ser atingido.

### ***8.4.3 A dinamicidade do interesse público em concreto***

No entanto, uma característica marcante é a dinamicidade do interesse público concreto. Precisamente porque reflete a ponderação de uma pluralidade de circunstâncias concretas, a variação dos dados da realidade propicia a ausência de cristalização definitiva quando ao modo de solução e de atendimento às necessidades identificadas.

Considere-se, como exemplo, a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação. O ato administrativo formal resulta de uma avaliação em face de um contexto específico. Mas isso não impede que, em momento posterior, a Administração reconheça (ainda que de modo implícito) a inadequação da desapropriação como providência para atendimento às necessidades buscadas. Por isso, admite-se que a Administração deixe de efetivar a desapropriação, ainda que tenha promovido a declaração de utilidade pública.

A alteração da ponderação quanto à solução mais satisfatória para promover o atendimento dos interesses públicos não configura disposição, renúncia ou descompromisso com a função estatal. Muito pelo contrário, a modificação do entendimento reflete a constatação de que a avaliação anterior não mantém a sua atualidade e adequação. Impõe-se adotar nova

orientação para assegurar a efetiva satisfação das necessidades e interesses coletivos e transcendentais.

## **9. Conclusões**

Os interesses públicos apresentam essa dimensão de indisponibilidade, implicada na posição funcional do agente estatal e da proibição ao exercício de poder jurídico para a satisfação de necessidade pessoal. Mas os direitos subjetivos, instituídos e disciplinados pela ordem jurídica como instrumento para o desenvolvimento da atividade administrativa, comportam disposição, nos termos e limites contemplados pela mesma ordem jurídica. Daí se segue uma pluralidade de decorrências.

### **9.1 A difusão da atividade consensual do Estado**

Uma das implicações mais notáveis das considerações anteriores consiste na legitimidade jurídica da atuação consensual do Estado.<sup>10</sup>

#### **9.1.1 A superação do limite do “contrato administrativo”**

A atividade consensual do Estado ultrapassa

largamente os limites da figura do contrato administrativo, entendido como um acordo de vontades entre Administração Pública e um sujeito privado, tendo por objeto a execução de uma prestação consistente em um dar ou fazer algo economicamente avaliável.

A consensualidade indica um conjunto muito mais amplo de situações, em que o exercício de competências administrativas unilaterais é subordinado a um processo de composição de interesses com outros sujeitos. Mediante acordos com os diversos segmentos da sociedade, a Administração atinge soluções consensuais, que adquirem cunho vinculante para os diversos envolvidos.

### ***9.1.2 Os acordos em tema de competências punitivas***

Uma parcela relevante desses acordos se relaciona a competências sancionatórias. Consumada uma infração, admite-se que o Estado atinja uma solução negociada com o infrator, versando sobre o reconhecimento da ilicitude e as condições de recomposição da ordem jurídica violada. Essa solução pode envolver concessões recíprocas entre as partes, compreendendo inclusive a dimensão concreta das

punições determinadas por comum acordo entre as partes.

### ***9.1.3 A adoção da arbitragem***

Outra manifestação do processo de consensualização consiste na adoção de arbitragem como solução para composição de litígios. Isso significa que todas as implicações patrimoniais inerentes a um conflito surgido no âmbito de relação jurídica de que participe a Administração Pública podem ser levados à arbitragem. Mas essa solução pode compreender inclusive as decorrências não patrimoniais relacionadas a tais litígios, tal como a lide versando sobre a prática de infrações e seu sancionamento.

## **9.2 A impertinência da indisponibilidade do interesse público**

Em todas essas situações, não há pertinência em cogitar da indisponibilidade do interesse público (abstrato ou concreto), eis que estão em jogo direitos subjetivos de titularidade pública e privada. Ao invés de questionar um atributo intrínseco do interesse público, cabe avaliar o regime jurídico concreto adotado relativamente aos direitos subjetivos

envolvidos. A ordem jurídica, mesmo de modo implícito, pode autorizar a Administração Pública a entabular negociações e acordos com os particulares, versando sobre os direitos subjetivos públicos, admitindo que tal solução é um meio para a realização mais adequada e satisfatória dos interesses públicos abstratos e concretos que se constituem no fim buscado pela atividade estatal.

## REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa. 4. ed., Milano: Giuffrè Editore, 1978.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*, 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2016.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2018.
- CASSESE, Sabino. Lo "Stato pluriclasse" in Massimo Severo Giannini. In: CASSESE, Sabino; CARCATERRA, Gaetano; D'ALBERTI, Marco; BIXIO, Andrea (Coord.). *L'Unità del Diritto – Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*. Bologna: Il Mulino, 1994.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Interesse público. *Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região*, n. 1, p. 10 e ss., 1995.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*, tomo I, Milano: Giuffrè, 1970.
- GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo* (Parte general, t. II). Buenos Aires: Macchi, 1991.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 13. ed., São Paulo: RT, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*, 16. ed., São Paulo: RT, 1991.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 32, p. 31-49, 2008.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 15. ed., São Paulo: Saraiva, 1987.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*, v. 1, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed., São Paulo: RT, 2005.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, v. 1, 14. ed., São Paulo: RT, 2014.

<sup>1</sup> A disputa sobre o conceito e a função do interesse público no direito administrativo brasileiro é um tema clássico, que tem sido versado por uma plêiade de autores. O presente estudo tangencia essa disputa e se preocupa em destacar um aspecto que não tem chamado a atenção dos pensadores. Sobre a polêmica relativa ao tema do interesse público, consultem-se as obras de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2016; ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*, 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2013; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Interesse público. *Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região*, n. 1, p. 10 e ss., 1995; GORDILLO, Augustín, *Tratado de derecho administrativo* (Parte general, t. II). Buenos Aires: Macchi, 1991; ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

<sup>2</sup> Para um exame sobre as concepções processualistas do interesse público, consultem-se WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, v. 1, 14. ed., São Paulo: RT, 2014, p. 173-174 e SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*, v. 1, 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 61 e ss.

<sup>3</sup> Esse tema tem sido examinado tradicionalmente pela teoria geral do direito privado. Para uma exposição dessas disputas, examinem-se REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 15. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 247 e ss.

<sup>4</sup> De modo genérico, a doutrina clássica do Direito Administrativo incorpora a noção de “poderes da Administração”, ainda que nem sempre assumindo todas as

implicações daí decorrentes. Nesse sentido, confira-se o pensamento de MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*, 16. ed., São Paulo: RT, 1991, p. 95 e ss.

<sup>5</sup> Acerca da concepção generacional dos direitos fundamentais, consulte-se BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2018, p. 574 e ss.

<sup>6</sup> O critério de identificação do interesse público é um tema muito problemático. Nesse sentido, confira-se o posicionamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 59 e ss.). Adota-se o entendimento de que o interesse público resulta tanto de critérios quantitativos como de razões qualitativas. Assim, há interesse público quando existir uma necessidade a ser satisfeita relacionada com parcela significativa da população. Mas também se configura o interesse público quando a necessidade, embora não atingindo um número relevante de sujeitos, relacionar-se com valores essenciais, relacionados com os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica. Em ambos os casos, o interesse público apenas se configura na medida em que os mecanismos próprios da sociedade sejam insuficientes para a satisfação das referidas necessidades. Essa exposição envolve a evolução do pensamento exposto em minha obra *Curso de Direito Administrativo*, 13. ed., São Paulo: RT, 2018, p. 60 e ss.

<sup>7</sup> Sobre o tema, confira-se SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed., São Paulo: RT, 2005.

<sup>8</sup> O tema foi objeto de análise especificamente por parte de ALESSI na obra *Principi di Diritto Amministrativo*. I soggetti attivi e l’esplicazione della funzione amministrativa (4. ed., Milano: Giuffrè Editore, 1978, p. 228 e ss.). Na doutrina brasileira, consulte-se BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio.

*“É possível evidenciar a modificação paulatina do tradicional regime de direito administrativo em prol de uma disciplina mais aberta aos direitos e interesses do cidadão e da comunidade em geral e mais paritária entre as entidades intervenientes. No termo desse percurso aparece-nos a noção de relação jurídica administrativa, espécie de denominador comum de toda uma evolução do direito administrativo processual, procedimental e até orgânico.”<sup>11</sup>*

## **2. O Acordo Administrativo entre o Direito Público e o Direito Privado: Emergência de uma Racionalidade Jurídico – Normativa Público – Privada?**

**VIVIAN CRISTINA LIMA LÓPEZ  
VALLE**

### **1. O consensualismo como alternativa ao regime jurídico administrativo de unilateralidade e verticalidade**

O Direito Administrativo brasileiro é um direito em transição e mutação. Encontra-se entre uma construção teórica sustentada na unilateralidade e na verticalidade e o aumento significativo da complexidade das relações Estado-Sociedade, com emergência de relações paritárias, que pressupõem novos papéis para o Estado e para a Sociedade Civil Organizada, e novas possibilidades na relação com o Mercado.

Nesse contexto o acordo administrativo passa a ser importante instrumento de desenvolvimento e de realização do interesse público e a reflexão sobre o consensualismo e a definição de um regime jurídico

**entre** o direito público e o direito privado, com estabelecimento de uma racionalidade jurídico – normativa público – privada apresenta-se relevante na contemporaneidade.

O consensualismo precisa ser estruturado e desenvolvido na dogmática acerca do regime jurídico dos acordos administrativos no Brasil. A necessidade de segurança jurídica nas relações jurídico administrativas bem como o ambiente de crise e de crítica ao modelo de autoridade, sobretudo no espaço da contratualização administrativa de longo prazo e no regime sancionatório ordenador, direcionam-no como uma alternativa a uma relação jurídica administrativa verticalizada e unilateral que já não se apresenta capaz de atender adequadamente as demandas de interesse público contemporâneas.

O equilíbrio entre autoridade e consenso no regime jurídico administrativo e o deslocamento da verticalidade para situações episódicas, descaracterizando um regime geral de prerrogativas parece ser um caminho possível. Para isso é necessária a afirmação de uma dogmática que imponha limites à utilização de prerrogativas públicas no exercício de função pública, sobretudo na função pública ordenadora, com revisão do modelo de autoridade, de

prerrogativas e de supremacia abstrata do interesse público.

Esse repensar sobre o regime jurídico administrativo implica ser possível sustentar um princípio de liberdade de eleição entre o direito público e o direito privado nas relações jurídico administrativas e essa realidade de mudança é exatamente o que precisa ser seriamente enfrentado na dogmática do Direito Administrativo.

A Administração Pública está em mudança. Reflexos da necessidade dessa reformulação da dogmática já estão sendo sentidos nos seus diferentes espaços jurídicos e as Leis de Arbitragem bem demonstram essa realidade.<sup>12</sup> E se trata de uma realidade de interpenetração público-privado no Direito Administrativo em geral e no ambiente dos Contratos Administrativos e do Regime de função ordenadora em especial.

É um direito que se desenvolve a partir da necessidade de satisfação de direitos num ambiente de incremento quantitativo e qualitativo das demandas sociais e de uma proposta de Administração Pública contratualizada. A contemporaneidade exigiu do Estado uma mudança de papel. De Estado prestador

direito de serviços públicos, através de estruturas no primeiro setor (sobretudo a partir da segunda metade do século XX), passa-se a um Estado Garantidor de prestações de interesse público (através de relações no segundo setor e no terceiro setor)<sup>13</sup>. Tais relações pressupõem módulos convencionais<sup>14</sup> capazes de permitir desenvolvimento e controle da prestação dos serviços públicos e das atividades econômicas de relevância para o interesse público.

Nesse contexto o Direito Administrativo deixa de fornecer respostas adequadas e satisfatórias a demandas de diferentes realidades. Alicerçado nas bases da dicotomia público-privado do século XIX, espremido na noção de potestade da Administração Pública sedimentada no Brasil a partir da segunda metade do século XX, desconfiado nas relações Estado-Sociedade.

Trata-se de um Direito Administrativo fundamentalmente preocupado com a manutenção da autoridade e que tem a pretensão utópica de, no ambiente contratual, presentificar o tempo futuro, buscando alocar no contrato administrativo todas as relações jurídicas do porvir, com significativo insucesso e prejuízo ao interesse público e à prestação dos serviços públicos e, no ambiente ordenador,

concentra-se na sanção e não no ajustamento da conduta e não na prevenção de novas situações ilícitas.

Nesse espaço o consensualismo administrativo apresenta-se como fundamento de legitimidade de alternativa ao regime jurídico administrativo de unilateralidade e verticalidade.

## **2. A resubstancialização do regime jurídico administrativo**

A condição de autoridade da Administração Pública foi estabelecida gradualmente na construção do Direito Administrativo a partir do século XIX e impactou significativamente diferentes espaços da relação jurídica administrativa e sobretudo na construção da Teoria Contratual administrativa brasileira.<sup>15</sup>

Trata-se de regime jurídico baseado exclusivamente na dicotomia público-privado, reservando um regime especial e derogatório ao Estado na prestação dos serviços públicos, com estabelecimento de prerrogativas *a priori* na relação contratual, condicionando desigualdade de posição jurídica entre Poder Público e particulares, com imposição abstrata de supremacia e indisponibilidade do interesse público.

E partindo dessa premissa, no ordenamento jurídico brasileiro as prerrogativas caracterizam o Regime Jurídico Administrativo próprio da Administração Pública, calcado nos princípios da Supremacia do Interesse Público e na indisponibilidade do Interesse Público. A Administração Pública brasileira se organizou sob esses pilares, impondo a sua condição de autoridade em face do particular com a justificativa da proteção do interesse público.

Essas prerrogativas e a posição de desigualdade jurídica da Administração Pública são justificadas axiológica e epistemologicamente pela aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. A questão é que no Brasil a interpretação desse princípio, a partir da segunda metade do século XX, ensejou uma posição de supremacia da Administração Pública, representada pela verticalidade existente nas relações com o particular, com a justificativa de se buscar a satisfação do interesse da coletividade.

No espaço temporal anterior ao regime democrático estabelecido com a Constituição de 1988, é possível identificar interpretações do princípio como uma regra abstrata de supremacia, na qual a Administração Pública poderia restringir direito do particular

justificando um abstrato e genérico interesse público, sem relacioná-lo com o caso concreto e sem efetuar a devida ponderação de valores.

O início do século XXI é marcado por forte crítica à ideia de supremacia e ao próprio princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ao qual é atribuído caráter autoritário incompatível com a Constituição Federal.

Apontando uma origem autoritária do Direito Administrativo e baseada nas prerrogativas, Paulo Otero, contudo, entende que, no final do século XX, operou-se uma crise de identidade, em que o Direito Administrativo vivenciou uma progressiva amputação de poder em favor do direito privado.<sup>16</sup>

Mas é relevante destacar a controvérsia doutrinária sobre o tema. Analisando as raízes históricas do Direito Administrativo, Romeu Felipe Bacellar Filho evidencia a inadequação da ideia de que o contencioso administrativo teria sido criado para o exercício de arbitrariedade sem controle judicial, que seria um instituto herdado do Antigo Regime.<sup>17</sup>

Em outro sentido, autores como Humberto Bergmann Ávila, Paulo Ricardo Schier, Marçal Justen Filho, Daniel Sarmento e Gustavo Binembojm

buscaram demonstrar a insuficiência das bases que compõem o princípio frente ao regime jurídico administrativo e ao ordenamento constitucional, propondo um redimensionamento do princípio e do próprio conceito de interesse público.<sup>18</sup>

Para citar alguns exemplos, sustentando que não se trata nem de norma-princípio nem de postulado, Humberto Bergmann Ávila<sup>19</sup> define a supremacia do interesse público como um axioma. Para o autor não há no ordenamento constitucional fundamento de justificação do referido princípio. Afirma que, embora não se negue a relevância do interesse público, a imposição estatal em face do particular deve ser analisada na medida de sua limitação.

Na mesma linha de desconstrução do princípio, Paulo Ricardo Schier<sup>20</sup> desenvolve um paralelo entre supremacia do interesse público e direitos fundamentais. E aponta que o direito público não pode prevalecer em detrimento do direito privado, e vice-versa, mas devem coexistir em equilíbrio. Compreende a Constituição como unidade e sistema, e afirma a necessidade de se analisar sua completude, apontando que todos os valores possuem vinculação e mesmo nível de hierarquia, não justificando a relação de superioridade entre os interesses públicos e privados.<sup>21</sup>

No mesmo sentido, propondo uma ressustancialização do princípio da supremacia a partir da dignidade da pessoa humana e uma personalização do direito administrativo, Marçal Justen Filho propõe um repensar do direito administrativo a partir das ideias de filtragem constitucional, da conformação do direito para orientar e disciplinar as atividades humanas, do questionamento da proposta de que o interesse público deve prevalecer sempre, porque é único e singular.<sup>22</sup>

Marçal Justen Filho afirma a supremacia dos direitos fundamentais e entende que a Administração Pública deve agir em consonância com a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, na qual o direito administrativo deve proteger as minorias e seus interesses, com uma processualização da atividade administrativa e um incremento na participação popular no âmbito das decisões da Administração.<sup>23</sup>

O fio condutor desses raciocínios é um suposto caráter autoritário do princípio, ou do relacionamento Estado-cidadão nos séculos XIX e XX, que se incompatibiliza com o conteúdo programático da Constituição de 1988 e exige submissão ao filtro constitucional. Todavia, defendendo a ausência de um

caráter autoritário para o Direito Administrativo e para a noção de supremacia do interesse público e sustentando equívocos interpretativos e metodológicos nessa visão Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem pontuam que o caminho de desenvolvimento dos institutos do Direito Administrativo denota, seja por intermédio da doutrina, seja pela própria jurisprudência do Conselho de Estado Francês, um meio de resistência ao Estado, exemplificando com os temas do serviço público e da responsabilidade civil do Estado, que foram desenvolvidos exatamente para inverter os padrões típicos do Antigo Regime e estabelecer controle do “excesso de poder”.<sup>24</sup>

Concluem os autores que a iniciativa de imputar às origens do Direito Administrativo um caráter autoritário e refutar a ideia de supremacia do interesse público não passa muitas vezes de fuga do regime jurídico próprio de direito público, de prerrogativas imprescindíveis à consecução dos interesses sociais.<sup>25</sup>

Os autores sustentam ainda, que o conceito de interesse público, moldado no século XIX, bem como o aperfeiçoamento de suas ferramentas, representou um inegável avanço, principalmente em relação à proteção do cidadão, pois acabou afastando arbitrariedades praticadas pelo Estado, e citam exemplos de

responsabilização, como a possibilidade de controle do Poder Público em razão de suas exorbitâncias no exercício do poder político.<sup>26</sup>

Mariana de Siqueira defende que a titularidade do interesse público não é exclusiva da Administração Pública e que a supremacia do interesse público deve ser encarada sob outra perspectiva, que não permite excluir, em situações concretas, que a melhor solução seja a permanência do interesse particular diante de um interesse público específico. Define a função administrativa como a aplicação da lei de ofício e aponta que a validade das condutas administrativas exige a satisfação de mais do que o interesse público abstrato, de simples observância das normas legais, e sim de observância do que é o interesse público em concreto. Para a autora o interesse público é fim, fundamento e limite do agir administrativo e precisa ser pensando de forma racional, científica e jurídica.<sup>27</sup>

Esse viés, de uma adequada compreensão do princípio da supremacia e das instituições políticas do Estado, localizada de acordo com a realidade atual e os anseios sociais na contemporaneidade, sem desprezar as conquistas contra o arbítrio do Poder Público praticado no século XIX e nos séculos anteriores, assim como em certa medida ainda presente no século

XX e atualmente, é extremamente útil para justificar a resubstancialização do regime jurídico administrativo.

De todo modo, o que se discute é uma alternativa à existência de um regime geral de prerrogativas, estabelecido na lei, estruturando desigualdade jurídica na relação jurídico administrativa, num modelo em que a Administração Pública invoca um interesse público abstrato, não materializado no caso concreto e hipotético para justificar a utilização de suas prerrogativas.

Por tudo que até aqui já se aludiu, é possível afirmar que o estabelecimento das prerrogativas como elemento estruturador da relação jurídico administrativa gera como consequência uma visão do particular como litigante e produz insegurança jurídica e desestabilização.

Thiago Valiati em conclusão acertada sobre o tema e focando em matéria de infraestrutura, assinala que a insegurança jurídica encontra-se difundida no Legislativo, no Executivo e no Judiciário e também arraigada na práxis administrativa brasileira (*“insegurança é segurança”*), devendo ser combatida de modo a propiciar desenvolvimento.<sup>28</sup>

O Direito Administrativo não pode mais ser um

direito de colisão entre interesses públicos e privados, mas sim um direito de distribuição entre interesses privados perante a Administração Pública. A Administração Pública não pode se utilizar de prerrogativas para se posicionar com autoritarismo.

Busca-se um modelo teórico e um regime legal que permita uma Administração Pública constitutiva da sociedade, com equilíbrio das posições jurídicas.<sup>29</sup> A visão do particular como litigante é incompatível com um modelo pautado na ponderação de valores, na razoabilidade e na definição de um interesse público concreto, relacionado à situação fática e justificador de sacrifício individual somente na valoração no caso concreto e na exata medida do indispensável ao interesse público.

O enquadramento do particular como litigante permite a sustentação de um modelo de supremacia abstrata, em que não há níveis de ponderação nem relação com o caso concreto e impede a aplicação de um modelo de prevalência concreta, no qual somente há sacrifício do particular se houver um interesse público bastante e suficiente, que justifique tal sacrifício. Cabe destacar que a Constituição de 1988 não traz em si fundamento axiológico ou epistemológico que justifique essa visão beligerante e,

pelo contrário, é permeada pela lógica da igualdade, da segurança jurídica, da boa-fé e do desenvolvimento.

Todo o sentido da Constituição de 1988 comunica-se com a promoção da estabilidade das relações jurídicas, com o desenvolvimento da segurança jurídica nas relações Estado-sociedade, as quais devem estar marcadas pela boa-fé. E a proposta da segurança jurídica e boa-fé é antagônica à posição do particular como litigante.

### **3. O acordo administrativo e a possibilidade de eleição entre o direito público e o direito privado**

A contemporaneidade traz consigo significativa crítica ao binário autoridade-liberdade e à dicotomia público-privado na estruturação da relação jurídico – Administrativa.<sup>30</sup>

Na contemporaneidade de um Estado de Parcerias é importante um esforço doutrinário e metodológico para a identificação de uma nova racionalidade jurídica, capaz de manter hígidas as garantias ao interesse público e ao mesmo tempo ressuscitar a relação jurídica administrativa para viabilizar através de um ambiente menos imperativo e mais paritário a

satisfação dos direitos sociais.

Essa ressuscitação exige uma mudança paradigmática, que pressupõe a substituição do paradigma da autoridade por um novo paradigma, focado na paridade e aberto para as diferentes realidades que se comunicam com o Direito Administrativo. A virada paradigmática deve levar em consideração as relações de internalidade e externalidade no Direito Administrativo, especialmente considerando as relações entre Direito, Economia e Política.

É necessário revisar categorias metodológicas. Na realidade europeia, o regime jurídico dos acordos que envolvam a pessoa jurídica de direito público foi inspirado pela submissão ao direito público ou pela submissão ao direito privado.

A submissão ao direito público se fez presente no modelo francês e a submissão ao direito privado se destacou no modelo alemão e no inglês. Atualmente, há uma tendência de convergência dos modelos, especialmente pelo foco no livre mercado do direito europeu, que vem diluindo a relação autoridade-liberdade como tradicionalmente vista na Teoria Contratual Administrativa.

O acordo administrativo não é estático e sim dinâmico e não se pode perder de vista sua essência. O acordo administrativo não pertence a um ou outro ramo específico do Direito e não pertence nem ao direito privado nem ao direito público.<sup>31</sup>

Nesse sentido, Fernando Menezes de Almeida, tratando de contratos administrativos em especial e de acordos em geral, apresenta o contrato como superconceito, patrimônio comum de toda a ciência do direito, da teoria do direito e sustenta o equívoco da doutrina tradicional que afirma o contrato administrativo como exceção ao contrato baseado no direito civil.<sup>32</sup>

É a ideia de ir para além das aparências que se apresenta compatível com as atuais necessidades da Administração Pública, que evidenciam uma interpenetração público-privado que não cabe na lógica da unilateralidade das relações administrativas formulada nos séculos XVIII e XIX.

Ao tratar das dimensões público e privado no direito, Maurizio Fioravanti as inclui como princípios fundamentais da Constituição Democrática, ambas necessárias para a vida da democracia, tendo a Constituição Democrática como uma das principais

tarefas estabelecer o espaço público, o espaço privado e seus limites. Destaca o autor que o modelo democrático não pressupõe um modelo constitucional flagrantemente publicístico e que a relação público-privado é consagrada nas Constituições Democráticas.<sup>33</sup>

E prossegue o autor afirmando que Público e Privado não são outra coisa senão duas dimensões fundamentais da democracia.<sup>34</sup> Maurizio Fioravanti questiona se existe um modelo constitucional sobre o qual é possível orientar um correto relacionamento entre Público e Privado.<sup>35</sup> O objetivo é demonstrar a existência de um espaço de diálogo Estado-Sociedade mais equilibrado e um relacionamento público-privado sem prevalências *a priori*.

Nesse sentido a total inadequação da dicotomia público-privado já anteriormente apontada. Na Teoria Contratual Administrativa, essa realidade é sobretudo ampliada, com significativas consequências para o interesse público, de ordem econômica (pelo aumento do litígio e das consequências dele decorrentes envolvendo Contratos Administrativos), de ordem social (pela paralização ou não atendimento adequado de serviços públicos através dos Contratos Administrativos), de ordem política (pela perda de

legitimidade da ação estatal na satisfação dos direitos fundamentais).

Mário Masagão em 1977 já apontava, quanto à natureza do contrato, que este não era figura peculiar e exclusiva do direito civil.<sup>36</sup> Contemporaneamente e alinhado à noção de que os desafios da Administração Contemporânea necessitam da construção de uma doutrina de interesse público entre as fronteiras do público e do privado está Romeu Felipe Bacellar Filho.

O autor parte da premissa de que o contrato administrativo é instituto de direito, não pertencente especialmente nem ao direito público nem ao direito privado.<sup>37</sup> Tal fato desafia a criação de uma nova regulação, especialmente considerando as deficiências do modelo tradicional unilateral frente às necessidades atuais e a necessária construção de um modelo de consenso e negociação compatibilizado com os pilares de supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público estabelecidos no Regime Jurídico Administrativo.

Na contemporaneidade não faz sentido questionar se o regime é de direito público ou de direito privado. O regime administrativo pode ser de direito público ou de direito privado. Não se parte de uma única forma

contratual com um único regime jurídico. A realidade contratual pressupõe diferentes relações contratuais com regimes jurídicos distintos, em que a questão público e privado sequer se coloca, pois elementos dos dois ambientes podem estar presentes.

Parece clara a necessidade de adoção de um regime jurídico de direito nos Acordos Administrativos, nem público nem privado, desafiando a criação de uma nova regulação, que não permita a substituição de prerrogativas por lógicas exclusivas de consenso, mas que permita o equilíbrio entre essas duas realidades. Um regime geral que permita a adoção de vários regimes específicos, distintos entre si, aplicáveis às diferentes estruturas convencionais da Administração Pública. Um regime que não possua a pretensão totalizante de ser único e aplicável a realidades distintas uniformemente.<sup>38</sup>

Fernando Menezes de Almeida desenvolve a proposta do contrato administrativo ser contrato de Direito, o que não significa que o direito que o regula seja fragmentado (seja como um dado da realidade, ou como fenômeno social, ou como fenômeno normativo ou como ciência do direito).<sup>39</sup>

Prossegue o autor afirmando que o conteúdo

estabelecido sob a rubrica Direito Administrativo pressupõe uma determinada configuração sócio-política do Estado que só passa a existir em meados do século XVII e XVIII. Isso não quer dizer que o contrato pertença ao Direito Civil porque quando o Direito Administrativo surgiu ele já era trabalhado no Direito Civil.<sup>40</sup>

Partindo dessa perspectiva, discutir regime de Direito nos acordos administrativos é discutir sobre heteronomia e autonomia. A lei é um modo de produção normativa que pressupõe que o destinatário não necessariamente participe com a sua vontade para a formação da norma, expressando o princípio da heteronomia e a obrigatoriedade perante o cidadão.

Mas a Constituição pode optar pelo princípio da autonomia, em que as partes, os indivíduos que estarão sujeitos àquela norma participam eles mesmos com a produção do conteúdo específico da norma. A vontade do destinatário da norma participa da formação da norma. Relevante neste contexto é a reflexão sobre quando cabe o princípio da autonomia e quando cabe a heteronomia. Para Fernando Menezes de Almeida não existe uma regra *a priori*, ideal. Para certas situações um é melhor que o outro, a critério de cada sociedade.<sup>41</sup>

Defende-se uma nova relação público-privado, em que um misto de autonomia e heteronomia é necessário para o atendimento das demandas contemporâneas. O Direito Administrativo tradicional surgiu no contexto do Direito Europeu Ocidental estabelecendo submissão dos governantes à lei e impondo-se contra a sobreposição dos governantes à lei. Nesse momento surge a figura da Administração Pública como sujeito de direito. Ela não apenas é sujeito ao direito como se põe nas relações jurídicas como sujeito de direito.

Esse foi o grande problema teórico no século XIX para a concepção do acordo administrativo, com reflexões que concluíam pela impossibilidade de acordo quando se tratava da Administração Pública, vez que esta não poderia livremente fazer acordos de vontade porque suas relações jurídicas reger-se-iam estritamente pelo princípio da heteronomia. Essa visão é própria do Direito Administrativo do século XIX, que posiciona a soberania como atributo da Administração Pública.<sup>42</sup>

E no contexto de heteronomia as prerrogativas nos Acordos Administrativos aparecem como regra geral e essência, o que denota um desperdício do acordo como importante modelo de conformação da sociedade e de

desenvolvimento.

A construção de uma doutrina de interesse público que não se fixe na dicotomia público-privado é indispensável para a construção de novos paradigmas na Teoria da Relação Jurídico Administrativa. O Direito Administrativo que justifica os acordos não é nem público nem privado. Rótulos muito estanques segmentam e fracionam as realidades complexas do ambiente consensual administrativo e impossibilitam um olhar para além do direito, substancializado e ressubstancializado pela interpenetração das externalidades da Política, da Economia, do Mercado e da própria sociedade civil.

Não se discute que o regime público possa ser associado a modos heterônomos de ação (a autoexecutoriedade própria do Estado por certo não acompanha as relações individuais) assim como não se discute que o privado possa ser associado a modos autônomos de ação (as lógicas de liberdade e autonomia privadas não repercutem igualmente no espaço público).

Conforme apontado por Santiago Gonzalez-Varas Ibáñez, firmou-se no direito espanhol o princípio da absoluta liberdade de eleição de regime jurídico

público ou privado para a regulação dos sujeitos que realizam funções administrativas. Faz-se necessário discutir os limites dessa liberdade. O autor analisa as possibilidades jurídicas sobre a atividade administrativa ser regida por um direito privado e para isso analisa o direito alemão, no qual a liberdade de eleição de regime jurídico entre direito público e direito privado é um princípio característico.<sup>43</sup>

O que se pode afirmar como certo é que não há sentido em se estabelecer rigidamente e de forma estanque, divisora e excludente, uma dicotomia público e privado no regime jurídico dos Acordos Administrativos.<sup>44</sup>

O que é público não é um regime aplicável à Administração Pública. Há relações tipicamente públicas no momento em que a auto-executoriedade aparece.<sup>45</sup> E o contrário também é verdadeiro. Existem situações em que excepcionalmente a Administração Pública não possui autoexecutoriedade e outras situações nas quais excepcionalmente os indivíduos a possuem, como por exemplo legítima defesa, defesa da posse.

Percebe-se, portanto, certa incongruência na afirmação da autoridade dentro de um regime

exclusivo de direito público aos Acordos Administrativos. Romeu Felipe Bacellar Filho nesse sentido afirma que o predomínio da autoridade no Direito Administrativo fez com que o “negócio” fosse proibido, estabelecendo a imperatividade do ato administrativo como “sacralização do poder estatal”, e, portanto, dificultando a adoção de uma Administração Pública inserida num panorama de bilateralidade e consenso. E ainda assinala que essa é uma visão monolítica de Administração Pública, fundada num conceito de interesse público “absoluto e homogêneo”, que recusa interpretações dissidentes.<sup>46</sup>

Buscando identificar o lugar do acordo administrativo no Direito Administrativo, Casalta Nabais parte da premissa de que a figura contratual foi gradualmente se instalando no Direito Administrativo e no direito público.<sup>47</sup>

Nesse sentido, Marçal Justen Filho aponta que a tendência à contratualização da função administrativa é reflexo da ampliação do Estado Democrático de Direito, na medida em que o exercício das competências públicas torna-se cada vez mais sujeito à negociação com a comunidade. E pontua o autor que nas prestações de fazer a única alternativa é o contrato.<sup>48</sup>

Na linha da redução da autoridade na relação contratual, sustentando consenso e transação novamente cabe a citação de Romeu Felipe Bacellar Filho, que afirma que a Administração Pública está autorizada a celebrar acordos e transacionar a fim de evitar litígios despropositados que somente prejudicariam suas finalidades.<sup>49</sup>

A verdade é que a doutrina vem identificando a insuficiência e inadequação da dicotomia entre a supremacia do interesse público e a autonomia privada. Giorgio Berti nesse sentido defende o banimento da usual contraposição entre o princípio da supremacia do interesse público e a autonomia privada.<sup>50</sup>

O que se propõe é exatamente a limitação da condição potestativa de intervenção e subordinação na esfera da liberdade individual, justamente pela alteração da posição do Estado na relação jurídica administrativa.

Pretende-se uma alteração qualitativa das posições jurídicas na relação jurídico administrativa. Isso acarretará, necessariamente, uma reorganização do poder e uma heterocontenção deste. De todo modo, não se pode discordar da lógica que exige a prevalência

do interesse público (e a utilização de prerrogativas, se necessário) no confronto com interesses privados.

Mas a premissa da relação jurídico administrativa não pode mais ser a autoridade. O consenso aparece como muito mais do que uma fonte de legitimação. Apresenta-se como essência da relação jurídica e vai revelar-se no seu planejamento e na sua execução.

Para isso não se pode partir de um modelo abstrato e teórico de sustentação da relação jurídica, pois as realidades não se justificam através da legitimação de autoridade abstratamente colocada. O ponto de partida pressupõe discussão e não imposição.

A legitimação desse novo modelo pode ser buscada através da conciliação dinâmica entre autonomia da vontade e indisponibilidade do interesse público para além da dicotomia público-privado e conduz a reflexão a novos horizontes, especialmente considerando que o princípio da indisponibilidade é fundamentalmente uma limitação ao Poder Público, não sendo limitante da autonomia da vontade.<sup>51</sup>

Ao mesmo tempo em que é possível afirmar a inadequação do questionamento sobre ser o regime jurídico administrativo de direito público ou de direito privado, é importante destacar que o modelo

contemporâneo proposto é estruturalmente diferente deste modelo binário público-privado.

Não apenas circunstancialmente diferente, mas estruturalmente diferente. E é por isso que não se pode falar em publicização do privado e privatização do público, porque pressupõe aceitar a dicotomia público-privado e capitular frente aos novos horizontes, em especial frente à concepção de regime de direito exclusivamente, nem público nem privado, como já afirmado anteriormente.

A ruptura com o paradigma da unilateralidade aparece na eleição do conceito de Relação Jurídica Administrativa, como já dito, enquadrado como elemento central na Teoria Administrativa Contemporânea, conforme pontua Cabral de Moncada<sup>52</sup>.

A doutrina da relação jurídica busca na Constituição seu fundamento de aplicabilidade e justificação. A sua legitimidade radica-se na concepção de que a relação entre o Estado e o cidadão é uma relação jurídica e não uma mera ligação de sujeição entre o poder administrativo e um administrado. Não é relação de poder vez que Estado e cidadão estão submetidos ao Direito e a Administração Pública não possui nenhum

poder preexistente à Constituição, justificador de uma relação de subordinação pré-jurídica, abstrata e geral.<sup>53</sup>

Entender a relação jurídica como a chave da dogmática do Direito Administrativo significa considerar que a maior e mais importante parcela das situações administrativas corresponde a um esquema relacional mais adequado à compreensão da maior parcela dos fenômenos administrativos da atualidade.<sup>54</sup>

A Administração Pública como função constitutiva da sociedade e de relações administrativas multilaterais modifica a compreensão do processo de tomada de decisão administrativa, a começar pela própria noção de processo, passando pela revisão inclusive dos motivos determinantes da decisão, considerando os diferentes legitimados a intervir.<sup>55</sup> Essa proposta exige um regime equilibrado de prerrogativas e consensualismo.

#### **4. A construção de uma racionalidade jurídico – normativa público – privada**

O ambiente da Administração Pública nesse contexto é de paridade. Luiz Cabral de Moncada, sobre o assunto,

afirma que a relação entre a Administração e os cidadãos é uma relação jurídica caracterizada pela tendencial paridade entre a Administração e aqueles na base de direitos e deveres recíprocos e compreende as relações com os cidadãos que estão imersos em relações gerais ou especiais de poder.<sup>56</sup>

Os marcos teóricos ligados às ideias de universalidade, abstração e imperatividade não se sustentam na contemporaneidade. Essas ideias estão de acordo com uma concepção de Estado como centro unitário de poder e isso não se aplica hoje. O Estado é o resultado de vários grupos de poder e o direito necessita se acomodar nesse ambiente sem esquecer que atua em uma área em constante e estrutural mutação.

O Direito Administrativo pode reorganizar-se a partir dessa nova concepção de relação jurídica. Mas para isso necessita abandonar suas bases tradicionais de sustentação, especialmente centradas na dicotomia público-privado, num ambiente hermético de soluções jurídicas aplicáveis, pouco permeável à mutabilidade própria das relações negociais administrativas.

A chamada Administração Pública paritária, consensual, pretende discutir o modelo da autoridade

e reorganizar as bases de sustentação da Teoria Do Direito Administrativo, incluindo a transação na essência dos Acordos Administrativos. A proposta sustenta-se na necessidade de reposicionamento da condição e existência de prerrogativas públicas, a partir do conceito de relação jurídica.

Nesse sentido, Francisco Zardo posiciona-se afirmando que o impacto da consensualidade sobre as concepções tradicionais é significativo, e que o uso moderado das prerrogativas especiais da Administração deve ser mitigado sempre que possível pela via consensual, especialmente ao se demonstrar maior vantagem ao próprio interesse público.<sup>57</sup>

A consensualidade aparece como elemento decisivo para equilíbrio da relação contratual administrativa complexa, de modo a compatibilizar o ambiente novo da coordenação e cooperação administrativa com a tradicional imperatividade e subordinação da Administração Pública.

Essa Administração Pública negocial tem alterado seu processo de tomada de decisão administrativa, que passa a ser plural, mais igualitário e mais democrático. Nesse ponto Gustavo Justino de Oliveira assinala que a decisão administrativa fica respaldada pela

participação popular e terá maior eficácia e efetividade.<sup>58</sup>

Gustavo Justino de Oliveira parece acertadamente definir a questão, estabelecendo equilíbrio entre os dois mundos: o do consenso e o da autoridade. O autor afirma que a Administração Pública consensual não estabelece a superação da Administração Pública imperativa. Há uma nova mudança no eixo do Direito Administrativo, que passa a não ser orientado exclusivamente pela lógica da autoridade, mas permeado também pela lógica do consenso.<sup>59</sup>

Defende-se um regime jurídico administrativo, nem público nem privado, que permita a convivência entre prerrogativas públicas e lógicas como a do consenso e da negociação, e possibilite um regime de prerrogativas definido episódica e especificamente, em substituição a um regime geral e unificado.

O que muda é que a imperatividade não mais será o modo principal de atuação do Estado e a solução lógica para os conflitos de interesse. A imperatividade cede lugar ao consenso como alternativa viável à solução de conflitos. Nesse ponto o reposicionamento das prerrogativas públicas é inevitável.<sup>60</sup> O desafio então é estabelecer estas fronteiras. Identificar o limite da

imperatividade em face do consenso. Ou o limite do consenso em face da imperatividade.

Essa lógica que desloca a consensualidade para fora do eixo supremacia-indisponibilidade do interesse público e permite um princípio de eleição entre o direito público e o direito privado, no exercício das relações contratuais, também pode ser sustentada através da análise de Carlos Ari Sundfeld, que defende acordos substitutivos inclusive no ambiente de sanções regulatórias e cita a Lei n. 7.347/85 como permissivo legal, uma vez que esta autoriza que a Administração Pública possa firmar compromisso de ajustamento de sua conduta (TAC) para adequação das condutas dos interessados às exigências legais, mediante cominações, atribuindo a este acordo, inclusive, eficácia de título executivo extrajudicial.<sup>61</sup> No mesmo sentido, adotando a possibilidade de acordos substitutivos e integrativos de decisões sancionatórias está Gustavo Binenbojm.<sup>62</sup>

Esse é o ponto onde a unilateralidade volta-se ao consenso, e o consenso volta-se à unilateralidade. São exemplos como esse, de acordos substitutivos de atos unilaterais, que permitem a construção de uma doutrina de consensualidade para fora do eixo supremacia-indisponibilidade do interesse público e

um princípio de eleição entre o direito público e o direito privado no exercício das relações contratuais.

O que se pretende é a discussão de uma nova raiz dogmática para o direito administrativo, especialmente considerando que quando a Administração Pública opta pelo acordo está optando pelo consenso e não pela autoridade, adotando **um princípio da preferência ao consenso**.

E aparece estruturalmente na relação jurídica Estado-Sociedade, o princípio da Colaboração, como elemento estruturador dos relacionamentos público-privados e definidor dos novos arranjos de interesse público. Esse é o espaço da Administração Pública relacional. Esse é o espaço do consensualismo no direito administrativo.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.) Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. Contrato administrativo. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012.

ANTUNES, Luis Felipe Colaço. O Direito Administrativo sem Estado. Crise ou fim de um paradigma? Coimbra:

Coimbra, 2008.

\_\_\_\_\_. O Direito Administrativo e a sua justiça no início do século XXI. O esquecimento do interesse público no Direito Administrativo. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. *In*: \_\_\_\_\_. (Org.). Privatización y liberalización de servicios. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999.

\_\_\_\_\_. Estudio Introductorio. *In*: ARIÑO ORTIZ, Gaspar *et al.* (Org.). Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, título I. Granada: Comadres Editorial, 2002.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 17/02/2017.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 211, jan-mar, 1998.

\_\_\_\_\_. Contrato Administrativo. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). Direito Administrativo Contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

\_\_\_\_\_. Direito Administrativo e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BINENBJOM, Gustavo. Poder de polícia ordenação regulação. Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Prefácio de Luis Roberto Barroso. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

\_\_\_\_\_. Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

CABRAL DE MONCADA, Luís S. A relação jurídica administrativa. Para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativos. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. Consenso e autoridade na teoria do contrato administrativo. Lisboa: Quid Juris, 2012.

CASALTA NABAIS, José. Contratos fiscais. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o Direito Privado. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito dos contratos públicos. Por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. Requiém pelo contrato administrativo. Coimbra: Almedina, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. Público e Privado: os princípios fundamentais da Constituição Democrática. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 58, 2013.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel

Wunder (Coord.). Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GONÇALVES, Pedro Costa. A relação jurídica fundada em contrato administrativo. *In*: SEMINÁRIO DE JUSTIÇA ADMINISTRATIVA 9. Cadernos de Justiça Administrativa. n. 64. jul/ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina, 2015.

\_\_\_\_\_. Entidades Privadas com Poderes Públicos: O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. Gestão em contratos públicos em tempo de crise. *In*: GONÇALVES, Pedro Costa (Org.). Estudos de contratação pública – III. Coimbra: Coimbra, 2010.

\_\_\_\_\_. O contrato administrativo – Uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo. 1. reimp. Coimbra: Almedina, 2004.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado contratante. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr./jun. 2011.

\_\_\_\_\_. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

\_\_\_\_\_. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan./mar. 2014.

IBÁÑEZ, Santiago Gonzalez-Varas. *El Derecho Administrativo Privado*. Madrid: ed. Montecorvo, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo. *Revista trimestral de Direito Público*, n. 26, 1999. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. Considerações acerca da modificação subjetiva dos contratos administrativos. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.) *Direito Administrativo Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. O direito administrativo do espetáculo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. *Concessões de rodovias – a experiência brasileira*. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MASAGÃO, Mario. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

\_\_\_\_\_. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 1933.

MONCADA, Luis Cabral de. Manual elementar de direito público da economia e da regulação. Uma perspectiva luso-brasileira. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. Autoridade e liberdade na teoria do Ato Administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. O futuro das cláusulas exorbitantes no contrato administrativo. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.) Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MUNIZ, Mariana. Lei da Arbitragem abriu caminho para mediação e conciliação. JOTA, 31 ago. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/consenso/lei-da-arbitragem-abriu-caminho-para-mediacao-e-conciliacao-diz-especialista-31082016>>. Acesso em: 01/02/2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Contrato de gestão. São Paulo: RT, 2008.

\_\_\_\_\_. Participação administrativa. In: OSÓRIO, Fabio Medina Souto; VILLELA, Marcos Jurena. Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lúmen JÚRIS, 2006.

\_\_\_\_\_. A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. A arbitragem e as parcerias publico-privadas. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 2, Instituto de Direito Público da Bahia, 2015. Disponível em:

<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-2-maio-2005-gustavo-justino.pdf>>. Acesso em: 15/02/2017.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Interesses públicos vs. Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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, Curitiba, UNIBRASIL, jan./jun. 2003.

SIQUEIRA, Mariana de. Interesse Público no Direito Administrativo Brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Direito Administrativo Ordenador – a interferência estatal na vida privada. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. Público e privado no desenvolvimento de empreendimentos estatais. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabricio; GABARDO, Emerson (Coord.) Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

VALLIATI, Thiago Priess. O princípio constitucional da segurança jurídica nos setores de infraestrutura – a segurança como dever dos Poderes Públicos e como direito dos agentes econômicos. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2016.