

# Dever de consensualidade na atuação administrativa

CLEULER BARBOSA DAS NEVES

MARCÍLIO DA SILVA FERREIRA FILHO

**Resumo:** O presente artigo tem a finalidade de enfrentar uma problemática emergente no âmbito da consensualidade *stricto sensu* (concerção administrativa) envolvendo o Estado: existe um dever de terminação consensual de conflitos pela administração pública? Apesar das discussões existentes, a negociação administrativa virou prática recorrente nos mais diversos ramos do Direito (Administrativo, Ambiental, Tributário etc.), tendo suscitado o surgimento, inclusive, de um novo modelo de administração pública consensual, partindo especialmente das mudanças legislativas e das noções econômicas das últimas duas décadas. Assim, pretende-se verificar se a tentativa de consensualidade passou a caracterizar um dever no âmbito do Estado ou, por outro lado, se é caracterizada como mera possibilidade a ser adotada de acordo com as políticas públicas estatais.

**Palavras-chave:** Consensualidade. Dever. Conciliação. Mediação. Arbitragem.

## Introdução

Este artigo tem o propósito de enfrentar uma problemática emergente no cenário plural de questionamentos acerca da consensualidade *stricto sensu* envolvendo o Estado, comumente denominada de *concerção administrativa*. Como o próprio título sugere, a problemática envolve a investigação e a proposição de reflexões acerca da seguinte questão: existe obrigatoriedade administrativa de tentativa de solução consensual de conflitos envolvendo o Estado? Ou se trata de mera possibilidade, a ser adotada de acordo com a liberdade de escolha do agente público?

Recebido em 11/9/17  
Aprovado em 17/10/17

Antes de iniciar, é preciso traçar duas delimitações no tema.

Em primeiro lugar, a consensualidade objeto da investigação diz respeito àquela de natureza *stricto sensu* (conciliação, mediação e arbitragem<sup>1</sup>), também denominada doutrinariamente pelo termo *concertação administrativa*, isto é, a terminação consensual de conflitos. Não engloba, dessa maneira, a consensualidade em sentido amplo, como os acordos em geral (contratos, termos, parcerias etc.).

Em segundo lugar, a solução dos conflitos através da sistemática de *multiportas* não será tratada de maneira geral, envolvendo qualquer possível litigante perante o Poder Judiciário, tema afeto especialmente à processualística civil. O escopo do artigo, sob uma perspectiva mais restrita, envolve apenas os conflitos em que é parte a administração pública (entre particulares e o Estado ou entre órgãos e entidades administrativas, isto é, conflitos “interadministrativos”).

A *consensualidade* envolvendo a administração pública é tema que emerge na discussão jurídica atual, seja por uma releitura dos tradicionais paradigmas do Direito Administrativo, seja pela própria imposição prática que tem exigido uma atuação compatível com o caráter democrático do Estado de Direito e com as diretrizes decorrentes da releitura da supremacia do interesse público e da prevalência dos direitos fundamentais.

É fato que, apesar das restrições teóricas à realização de atos de disposição pela administração pública, a concertação administrativa passou a ser realidade na atuação dos entes estatais, inclusive contemplado em diplomas legais e em várias áreas do Direito (transações

tributárias, administrativas, ambientais, econômicas etc.).

Essa mudança sistêmica do pensamento jurídico, passando a cultivar os meios de solução pacíficos de conflitos (edição de legislações próprias, normas fundamentais no novo Código de Processo Civil, modificação do pensamento doutrinário processual e administrativo e assim por diante) sobreleva, então, o questionamento do presente trabalho, justificando, portanto, a escolha do tema.

## 1. Consensualidade administrativa *stricto sensu* e sua contextualização

Em países de cultura jurídica anglo-saxônica, a consensualidade envolvendo o Estado não encontra tantos entraves teóricos. A razão disso é que o Direito Administrativo naqueles países, durante muito tempo, não era concebido como disciplina autônoma; o Estado submetia-se – quase que por completo – ao regramento aplicável indistintamente aos particulares.<sup>2</sup>

No entanto, nos países de cultura jurídica romano-germânica, especialmente naqueles em que a tradição do Direito Administrativo advém do pensamento francês, a consensualidade, no âmbito da administração pública, apenas passou a ter atenção da doutrina nacional e internacional recentemente. O motivo para tanto é que o Direito Administrativo, nesses países,

<sup>1</sup> Aqui se incluiu a arbitragem pelo fato de que, embora seja uma espécie de “heterocomposição”, o ato inicial de instauração do processo depende de uma escolha consensual entre as partes envolvidas no litígio.

<sup>2</sup> Em tais países, a cultura jurídica é marcada pela subordinação da Administração ao Direito Comum. Amaral (2015, p. 92) explica que: “em consequência do *rule of law*, tanto o Rei como os seus conselhos e funcionários se regem pelo mesmo direito que os cidadãos anônimos (*the common law of the land*). O mesmo se diga das *local authorities*. Todos os órgãos e agentes da administração pública estão, pois, em princípio, submetidos ao direito comum, o que significa que por via de regra não dispõem de privilégios ou de prerrogativas de autoridade pública.”

foi erigido sob as bases das teorias francesas do Estado, em que prevaleceram concepções como a da *puissance publique*, cujo expoente é Maurice Hauriou.<sup>3</sup>

A Escola da *puissance publique* [poder-autoridade público] sempre se pautou pela noção de *poderes administrativos* numa relação de *verticalidade*, em que a administração pública apresenta características de atuação pautadas pela unilateralidade, imperatividade e autoexecutoriedade. Por outro lado, a noção de *consenso* com a participação do Estado – dispondo parcialmente de um interesse seu posto em jogo – conflitaria, segundo essa perspectiva, com o fundamento basilar da atuação administrativa.<sup>4</sup>

Ao longo do tempo, o desenvolvimento de modelos jurídicos estatais e filosofias econômicas (liberal, social-desenvolvimentista, regulatória, neoliberal, entre outras), especialmente motivado pelas crises econômicas e institucionais, impulsionou transformações no Direito Administrativo (ou, mais adequadamente, no Direito do Público) como um todo.

Atualmente, vários são os instrumentos tradicionais do Direito Administrativo objeto de reflexão e releitura, tais como: os limites da discricionariedade administrativa;<sup>5</sup> os modelos de parceria público-privada (englobando aqui os mais variados tipos de relação, inclusive com o terceiro setor);<sup>6</sup> a nova compreensão do princípio da legalidade, enfrentando, inclusive, a inserção pretensamente substitutiva da noção de juridicidade;<sup>7</sup> a releitura conceitual do *interesse público* e as formas de participação dos usuários nos processos decisórios administrativos;<sup>8</sup> um novo perfil da administração pública pautada na *eficiência*;<sup>9</sup> a interpretação dos princípios administrativos como norma jurídica, em especial a incidência do princípio da impessoalidade de maneira diferenciada;<sup>10</sup> e também – sem exclusão de outros – a própria possibilidade de atuação consensual dos entes administrativos.

Nesse sentido, a ausência – muitas vezes – de *efetividade* do ato administrativo unilateral e, conseqüentemente, de concretização do in-

---

<sup>3</sup> Ver Hauriou (1933).

<sup>4</sup> Como se verá adiante, a noção de indisponibilidade do interesse público, impregnada na doutrina administrativista oitocentista, resultava na perspectiva de impossibilidade de realização de atos consensuais em substituição aos atos administrativos, dada o caráter impositivo destes.

<sup>5</sup> Ver Guerra (2015, p. 133-229).

<sup>6</sup> Ver Di Pietro (2015, p. 5-23).

<sup>7</sup> Ver Otero (1963, p. 893-950).

<sup>8</sup> Ver Baptista (2003, p. 120-180).

<sup>9</sup> Ver Miragem (2013, p. 56-99).

<sup>10</sup> Ver Zago (2001, p. 294-344).

teresse público, fez surgir a reflexão sobre a necessidade de adotar-se a consensualidade como prática administrativa. Embora a imposição decorrente da vontade estatal garanta a existência do vínculo jurídico (afinal, a relação jurídica surge pelo ato administrativo), pode ela vir a falhar no que concerne ao cumprimento pelo administrado, à agilidade e à qualidade no atendimento das necessidades públicas. Afinal, como dito por García de Enterría e Fernández (2014, p. 672): “O ato unilateral garante eficazmente a submissão, mas é incapaz de suscitar o entusiasmo e o desejo de colaboração”.

Tanto é assim que, atualmente, há constante menção doutrinária à figura de um *Estado consensual*, pautado por um novo perfil. Segundo Moreira Neto (2011, p. 142-143), tal Estado fundamenta-se numa filosofia que considera um

perfil estatal em um mundo globalizado, [que] alude à figura do Estado consensual, que é pautado pela procura constantemente da solução negociada de seus conflitos, pois o diálogo entre sociedade e administração pública viabiliza com mais chances o cumprimento espontâneo das decisões consensuais, na medida em que há a concordância das partes envolvidas, reforçando, inclusive, a sua legitimidade.

De um ponto de vista pragmático<sup>11</sup>, a consensualidade no âmbito do Estado envolve-se em um problema dual: de um lado, se utilizada de maneira correta, trata-se de uma prática vantajosa para as estruturas do Estado, especialmente do ponto de vista social e econômico, na medida em que apresenta diversos benefícios, alguns já citados acima; de outro lado, enfrenta um entrave argumentativo contundente, originário da noção tradicional da indisponibilidade do interesse público e suas repercussões, que será tratado em tópico à frente.

Baptista (2003, p. 262-267), tratando das transformações do Direito Administrativo, aponta que a consensualidade representa uma mudança de paradigma decorrente do abandono da distinção absoluta, rígida e dual entre *interesse público* e *interesse privado*, passando a admitir uma parceria entre Estado e administrados. Foi nesse cenário, então, incentivado também pela maior participação dos administrados nas decisões administrativas, que a consensualidade passou a ganhar força como instrumental à disposição do Estado. Chega-se a falar, inclusive, numa *fuga* do Direito Administrativo *para* o Direito Privado em busca de soluções para seus problemas estruturais.

---

<sup>11</sup> Utiliza-se aqui o termo “pragmático” no sentido do *pragmatismo cotidiano* suscitado por Posner (2010), valendo-se dos dados à disposição, que apontam para a vantagem dos atos consensuais quando adotados pela administração pública em toda a sua conjuntura.

Nessa toada, a autora enfatiza ainda os benefícios da atuação consensual, citando, a título de exemplo: (i) maior *eficiência* na concretização do interesse público; (ii) maior *transparência* na atuação administrativa; (iii) maior *legitimação* na atuação da autoridade administrativa, na medida em que haverá maiores chances de cooperação no cumprimento pelo particular. As vantagens da consensualidade no âmbito administrativo são também evidenciadas quando se analisa que a administração pública se configura como um dos principais clientes do Poder Judiciário,<sup>12</sup> participando ativamente de uma elevada quantidade de litígios, com altos custos e burocracia, o que torna, inclusive, o Judiciário brasileiro um dos mais caros do mundo.<sup>13</sup>

Vários são os fatores que levam a Fazenda Pública a figurar em litígios no âmbito do Poder Judiciário: (i) sua grande estrutura, representada pelo âmbito federal, estadual (26 entes) e municipal (5.570 municípios), além das pessoas integrantes da administração indireta (autarquias, fundações públicas e privadas, bem como as sociedades de economia mista e empresas públicas); (ii) uma crescente judicialização das políticas públicas; (iii) a ausência de processo dialógico entre administrados e Administração; (iv) rigidez do vínculo de sua atuação à legalidade; (v) uma cultura de afastamento das soluções consensuais entre administrado e administração etc.

Como a Fazenda Pública é um dos participantes com maior quantidade de litígios perante o Poder Judiciário, cabe-lhe – em cooperação

com os demais órgãos públicos – atuar para solucionar os problemas decorrentes do gargalo judicial e da concretização de direitos.

A *consensualidade* em outros países é considerada instrumento admissível e conta com previsões legais expressas, em boa parte caracterizada por uma autorização genérica. É o que ocorre, a título de exemplo, no Direito italiano (*Legge* de 7 agosto 1990, n. 241) (ITALIA, 1990), no Direito espanhol (*Ley* 30/1992, art. 87 e 88) (ESPAÑA, 1992), no Direito norte-americano (*Administrative Dispute Resolution Act, Section* 571 a 581) (UNITED STATES, 1996) e no Direito alemão (*Verwaltungsverfahrensgesetz* – Lei de Procedimento Administrativo, § 54 e seguintes) (DEUTSCHLAND, 1976).

No Brasil, a consensualidade não tem registros históricos normativos longínquos. Apesar de ser mencionada a possibilidade de arbitragem em atos comerciais há muito tempo (v. g. Código Comercial de 1850, arts. 245 e 294) (IMPÉRIO DO BRASIL, 1850), os acordos diretos, a conciliação e a mediação sequer foram tratadas no Código de Processo Civil antecedente ou em legislações específicas durante suas respectivas regências. A própria arbitragem só chegou a ser sistematizada pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 1996), sem, no entanto, apresentar dispositivos acerca da sua aplicabilidade à administração pública, o que só ocorreu por meio da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 (BRASIL, 2015b).

O novo Código de Processo Civil (CPC), de 16 de março de 2015, em seu art. 174, inovou no assunto ao prever que os entes federativos “criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo” (BRASIL, 2015a). Interessante perceber que o texto do diploma legal utilizou o verbo no futuro do presente, mas com valor semântico de

<sup>12</sup> A quantidade excessiva de processos que entram no Poder Judiciário pode ser inferida com base nos dados divulgados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2016).

<sup>13</sup> O Brasil supera países desenvolvidos e subdesenvolvidos em relação aos custos do Poder Judiciário, tais como Venezuela, Alemanha, Portugal, Chile, Colômbia, Itália, Inglaterra, Estados Unidos, Argentina e Espanha (DA ROS, 2015).

imperativo (“*criarão*”), dando a entender que se trata de *um dever* a instituição das referidas Câmaras.

Em seu art. 32, a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, editada pouco depois para regulamentar a mediação no âmbito da administração pública, previu que os *entes federativos* “*poderão* criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, *no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública*, onde houver” (BRASIL, 2015c, grifos nossos). O texto dá a entender que se trataria de uma faculdade.

Uma *interpretação corretiva*, tendente à *conservação* dessas duas normas (BOBBIO, 1999, p. 102-105), não afasta a *obrigação* da administração de *instituir* suas *câmaras de mediação e conciliação*; o legislador não se valeu da mesma forma verbal impositiva tão só porque se sabe que nos Municípios não há obrigação legal de um órgão de advocacia pública – diferentemente da União e dos Estados membros, em que tais órgãos são uma *injunção constitucional*.

Além disso, os três incisos do art. 174 do CPC repetem-se nos três incisos do art. 32 da Lei nº 13.140/2015, de modo que, quando ocorrer a obrigatória instituição de *câmaras de mediação e conciliação* no âmbito dos *órgãos de advocacia pública* federal, estadual e distrital, elas exercerão a *competência* para “II – *avaliar a admissibilidade* dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de *composição*, no caso de *controvérsia* entre *particular e pessoa jurídica de direito público*” (BRASIL, 2015a, 2015c, grifos nossos), o que não poderia mesmo ser diferente, pois que tais órgãos detêm a reserva constitucional para a consultoria e o assessoramento da administração pública (art. 131 e 132) (BRASIL, 1988).

A mesma conclusão alcança aqueles Municípios que apresentarem procuradorias

públicas; ou seja, não são obrigados a criar órgãos de advocacia pública, mas, se o fizerem, terão a *obrigação* de instituir *câmaras de mediação e conciliação* no âmbito desses *órgãos*.

A consensualidade, nos dois diplomas normativos, é tratada como *prioritária* na resolução de conflitos. O próprio CPC, ao estabelecer as normas fundamentais do Processo Civil (Capítulo I), dispõe imperativamente, em seu art. 3º, § 2º, que “O *Estado promoverá*, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (BRASIL, 2015a, grifos nossos). Complementando-o, o § 3º do mesmo artigo prescreve que “A conciliação, a mediação e outros métodos de *solução consensual* de conflitos *deverão ser* estimulados por juízes, *advogados*, defensores públicos e membros do Ministério Público, *inclusive* no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015a, grifos nossos). Registre-se que as normas do CPC são aplicáveis ao processo administrativo por força do seu art. 15, dado que as leis específicas federais (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) (BRASIL, 1999) e estaduais (Lei estadual nº 13.800, de 18 de janeiro de 2001, no Estado de Goiás) (GOIÁS, 2001) que regulam o processo administrativo *não* tratam da solução mediada, conciliada ou arbitrada de conflitos.

Há, portanto, uma escolha consciente em estabelecer uma *ordem preferencial* entre as formas de solução dos conflitos (sistema multipartas), em que pese o modelo brasileiro de consensualidade ser pautado por normas esparsas (PALMA, 2015, p. 236), especialmente no campo administrativo. Nesse sentido, apesar de não ser afastada a apreciação judicial em todos os casos (princípio da inafastabilidade de jurisdição), há *preferência* pela conciliação, mediação e outros métodos de *solução consensual* de conflitos. Não havendo êxito, prefere-se a arbitragem (que, apesar de nascer de um ato consensual, caracteriza-se, ao fim, como

uma espécie de “heterocomposição”), para, apenas em último caso, recorrer-se à típica jurisdição estatal.

Essa sistemática do ordenamento jurídico aponta, pois, a indicação de uma *preferência* na forma de solução dos conflitos. A indagação que poderia surgir é se tal preferência seria aplicável apenas aos conflitos privados ou se abrange também aqueles com participação da administração pública. Nesse aspecto, o art. 3º, § 2º, do CPC não faz qualquer distinção, não cabendo ao interprete substituí-lo (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*), sendo corroborada pelo *caput* do art. 174 do CPC a interpretação de que tal preferência também alcança os conflitos que envolvam a administração pública.

Desse modo, pode inferir-se que a *preferência* pela busca da solução consensual de conflitos abrange também as disputas administrativas, não apenas as de natureza privada. O problema surge, no entanto, quando se utiliza um discurso hermético do interesse público como limitador de toda e qualquer atuação consensual.

## 2. Hermenêutica do Direito e inserção do interesse público na problemática

A Hermenêutica do Direito passou por variações de perspectivas e teorizações, mantendo-se em aberto uma discussão secular entre os que defendem uma atuação mais restrita ao texto legal (interpretacionistas)<sup>14</sup> e os que defendem a norma como construção humana que perpassa uma análise entre fato e texto num processo intelectual-constutivo, permitindo, portanto, maior liberdade na atuação do intérprete e maiores influências externas (ideológica, pragmática, institucional etc.) na conclusão inferida a partir do caso analisado (não interpretacionistas).<sup>15</sup>

Com a variação de perspectivas na Hermenêutica do Direito – especialmente em decorrência da evolução de visões sobre o próprio Direito (historicismo, jurisprudência dos conceitos, positivismo lógico etc.) –, as discussões e divergências não se findaram (LARENZ, 2014, p. 6-258). Porém, em alguns aspectos, o pensamento *metodológico* resulta num consenso parcial, cabendo aqui salientar dois pontos que aparecem recorrentemente nos livros de hermenêutica.

---

<sup>14</sup>Defendendo uma atuação mais restrita do judiciário em virtude da análise de legitimidade das decisões (e focando na garantia do processo de representação e nos direitos das minorias no Parlamento), apesar de não totalmente preso às cláusulas textuais da Constituição, ver Ely (2010).

<sup>15</sup>Partindo de uma concepção distintiva entre texto e norma, mas buscando um parâmetro mínimo vinculativo da atuação do intérprete (por meio da prudência, por exemplo), ver Coelho (2011) e Grau (2016).

Um primeiro ponto relevante é a afirmação de que a busca da verdade (ou melhor, de *uma* única verdade) é algo inalcançável pelas *ciências do espírito* (quicá pelas *ciências da natureza*), como propugnado por Gadamer (1997, p. 39-47). A desmistificação de que o intérprete seria mero aplicador – por um processo de subsunção do fato à norma – tornou-se consenso na doutrina, que ressalta o papel construtivista do juiz,<sup>16</sup> limitado, de certa forma, em decorrência do giro linguístico (*linguistic turn*) que tem ganhado força nesse campo.

Nesse cenário, o Direito Administrativo mostra-se peculiar na adequação ao novo pensamento hermenêutico. É que sua caracterização, na maioria dos países, é pautada pela descodificação, heterogeneidade de diplomas legais e, o que é mais importante, pela ideia de vinculação à lei (princípio da legalidade) com uma noção mais restritiva do que aquela aplicada aos particulares, sendo comum a menção à necessidade de uma interpretação rígida dos textos legais. E muitos são os fundamentos argumentativos utilizados para defender essa óptica acerca da legalidade, entre eles a exigência de atendimento ao interesse público.<sup>17</sup>

O surgimento do Estado de Direito deu-se em reação ao do Estado absolutista. No absolutismo, preponderou a ideia de divindade do Rei ou Príncipe, em que sua vontade prevalecia como algo irretocável, inclusive sem responder por eventuais danos causados a terceiros.<sup>18</sup> A queda do absolutismo representou uma ruptura ideológica no ordenamento jurídico e a atuação administrativa seria, a partir dali, pautada pela atuação responsável dos seus atos, vinculada à noção de interesse público. Conforme as lições de Ferraz Junior (2011, p. 148), a submissão do Estado ao Direito representa, nesse contexto, uma garantia de integridade aos direitos e uma limitação à atuação abusiva dos governantes.

---

<sup>16</sup> Freitas (2010, p. 320-321), tratando da Hermenêutica no campo constitucional, afirma que é “mister reconhecer o papel constitutivo e fecundo do intérprete, especialmente do intérprete-juiz, na geração da identidade e na decifração do sistema. Em suma, o sistema é o resultante direto do trabalho hermenêutico e profundamente humano do intérprete. Não por acaso, observa-se que o sistema constitucional pode, sem alteração legislativa, experimentar progressos ou retrocessos, em face da qualidade dos agentes que efetuam o controle difuso ou concentrado”.

<sup>17</sup> A vinculação da administração pública à lei é uma noção decorrente do Estado de Direito, advinda da necessidade de limitar o poder do governante, anteriormente ilimitado no Estado absolutista. Todavia, a interpretação de vinculação à legalidade apresenta variantes no tempo e no espaço, sendo observados modelos distintivos, inclusive no que concerne à relação entre lei e regulamento (ver a separação de competências estabelecidas na Constituição francesa de 1958 (FRANCE, 1958)). Na atualidade, tem-se consolidado na doutrina a substituição da ideia de *legalidade rígida* pela noção de *juridicidade*, em que o Estado não fica mais vinculado à lei em sentido formal, mas sim ao Direito como um todo. Nesse sentido, ver Otero (1963).

<sup>18</sup> Nesse período anterior ao Estado de Direito, prevalecia a teoria da irresponsabilidade do Estado, pautada em premissas, *Le Roi ne peut mal faire* e *The King can do no wrong*, que representam a mesma diretriz de irresponsabilidade pelos atos estatais.

Max Weber (1976: 815) identifica o aparecimento do Estado com o desenvolvimento da burocracia ocidental, enquanto forma de dominação baseada na crença na legalidade, isto é, na organização *racional* de competências com base na lei, tendo em vista o princípio da eficiência. Já a noção de grandeza superior, presente nas primeiras teorizações de Maquiavel e Bodin, marca o Estado como poder-força, garantido pelo direito de soberania, pela afirmação de um poder central e unitário contra os poderes setoriais e particulares (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 148).

O interesse público desprende-se da vontade dos governantes (Estado absolutista) para vincular-se a uma noção mais plural, representando a *proteção jurídica dos administrados por meio da lei* (Estado de Direito/Estado Legal). A ideia de interesse público, por conseguinte, surgiu logo após a era das revoluções (Revolução Gloriosa, Francesa e Americana), pautada na noção de Estado de Direito, cuja distinção entre público e privado se mostrava imprescindível *para limitar a atuação estatal*.<sup>19</sup>

O interesse público passa a ser mencionado em praticamente todos os ordenamentos jurídicos, seja por meio de disposição constitucional expressa, tal como na Constituição Portuguesa de 1976 (art. 266<sup>o</sup>)<sup>20</sup> e na Constituição Espanhola de 1978 (Preâmbulo),<sup>21</sup> seja por meio de construção legislativa e/ou doutrinária. Na própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), editada no bojo da Revolução Francesa pouco antes da primeira Constituição (1791), há disposições que mencionam essa quebra de paradigma e a ideologia impregnada pela noção de interesse público, mas com outras denominações, como “utilidade comum” (art. 1<sup>o</sup>), “vontade geral” (art. 6<sup>o</sup>), “ordem pública” (art. 10<sup>o</sup>) e “necessidade pública” (art. 17<sup>o</sup>).

No ordenamento jurídico brasileiro, o interesse público também foi posto como fundamento do Estado (embora seja princípio não ins-

---

<sup>19</sup> Medauar (1992, p. 179-180) explica: “A noção de interesse público começou a ser utilizada após a Revolução francesa; acreditando no poder da razão, os revolucionários tentavam explicar, de modo racional, a finalidade de sua ação; o interesse público era argumento suscetível de propiciar a adesão de todos e, por isso mesmo, de fundamentar o poder do Estado. Liga-se à separação entre esfera pública e privada, típica do século XIX; ao poder público cabia zelar pelo interesse público; ao particular, o âmbito privado, e, pois, o que se referia ao interesse privado”.

<sup>20</sup> “Artigo 266<sup>o</sup> Princípios fundamentais. 1. A administração pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé” (PORTUGAL, 1976).

<sup>21</sup> “La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: [...] Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular” (ESPAÑA, 1978).

crito expressamente na Constituição), fundamentando toda a atuação da administração pública (KRELL, 2013, p. 126), muito embora não se encontre a utilização do termo de maneira expressa em qualquer dos artigos constitucionais (ainda que possam ser encontradas expressões semelhantes nos artigos 218, § 1º, 173, 184, entre outros). Verificam-se algumas menções nas legislações infraconstitucionais de maneira mais direta, de que é exemplo a Lei nº 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal), em seu art. 2º, *caput*; porém, a Constituição não dedica um dispositivo específico para tanto. A despeito dessa ausência de disposição expressa, o interesse público é mencionado em praticamente toda a literatura jurídica brasileira, com base num contexto interpretativo da conjuntura textual das cláusulas constitucionais.

Esse contexto, então, pode ser identificado pela seguinte dualidade: de um lado, a Hermenêutica do Direito aponta para um processo construtivo do intérprete, em que há margem de liberdade na construção da norma jurídica, limitado por um processo linguístico-argumentativo; de outro lado, no campo da administração pública, existe uma exigência rígida de atendimento à legalidade, mediada pela diretriz do interesse público, caracterizado pelas noções tradicionais de *supremacia*<sup>22</sup> e *indisponibilidade*<sup>23</sup>.

Essa ausência de um tratamento pormenorizado do interesse público legou à doutrina uma construção teórica a seu respeito. Dada a ausência de texto legal tratando dos efeitos do seu desrespeito e sua eficácia sobre a atuação administrativa, a hermenêutica permitiu algumas construções teóricas, a exemplo do atual debate acerca da qualificação do interesse público como *princípio* jurídico.

Em síntese, a ideia de *supremacia* do *interesse público* foi estabelecida na base do Direito Administrativo brasileiro e considerou-o, num nível hierárquico, acima dos interesses privados, embora não totalmente desvinculado destes. Assim, no conflito entre interesses privados e públicos, deveria incidir a ideia de supremacia do último.

Relacionada à ideia de supremacia, construiu-se também a noção de *indisponibilidade* do *interesse público* com fundamento na ideia de que não cabe ao *administrador* fazer valer seu interesse privado em detrimento do público, devendo a este sempre se vincular. A ideia de

---

<sup>22</sup> Ver Mello (2008, p. 96-99) e Di Pietro (2011, p. 65-68).

<sup>23</sup> Segundo Siqueira (2016, p. 195), “A indisponibilidade do interesse público, elemento de destaque no regime jurídico administrativo contemporâneo, não é texto exposto nas disposições da Constituição de 1988, nem por isso, todavia, carece de proteção jurídica. Inúmeros são os dispositivos normativos que direcionam ao gestor da Administração a impossibilidade de dispor da coisa pública como bem entenda. As restrições direcionadas à venda de bens públicos, às reformas ou modificações em patrimônio público, as cláusulas contratuais obrigatórias, dentre outras, são reflexos da ideia de indisponibilidade do interesse público.”

indisponibilidade, ademais, impedia a disposição sobre atos administrativos.

Em que pese a menção substancial dessas noções na qualidade de *princípios* jurídicos aplicáveis à administração pública na literatura jurídica brasileira, a sua desconstrução ou reconstrução tem entrado na pauta dos artigos científicos e livros que investigam as transformações do Direito Público.<sup>24</sup> Defende-se uma nova óptica, no sentido de que não haveria um princípio como norma impositiva pôr o interesse público acima dos demais.<sup>25</sup> Mesmo que houvesse, *não* seria *absoluto*, havendo que ser *sopesado* caso a caso quando em *colisão*<sup>26</sup> com o expresso *princípio da eficiência* (art. 37) (BRASIL, 1988).

Prefere-se pensar como Miragem (2013, p. 50), para quem o interesse público não se dissipou no contexto jurídico atual, mas ganhou nova visão, pautada na adequação temporal e, especialmente, no processo de constitucionalização dos direitos. O grande desafio, segundo o autor, não é a desqualificação do interesse público, “mas o estabelecimento de critérios para sua precisão” (MIRAGEM, 2013, p. 50).

A despeito dessa discussão, ainda inacabada, um ponto importante e que se sobressai nessas categorizações é que o interesse público é considerado – mesmo pelos que defendem a ideia de supremacia e indisponibilidade – como algo *intertemporal*, que se modifica de acordo com as necessidades e adequações dos seus destinatários. Destaca Mello (2010, p. 182) que

o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é do que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.

---

<sup>24</sup>Sarmento (2012, p. 143) afirma que a perspectiva estatal da atualidade deve seguir uma cultura de proteção de direitos humanos e uma espécie de patriotismo constitucional, já que a noção de coletividade não há como ser constituída sem que o Estado respeite profundamente os direitos dos seus cidadãos.

<sup>25</sup>Defensor desta posição, Ávila (2007, p. 29) entende que a releitura do princípio da supremacia do interesse público importa em duas consequências: “Primeira: não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito Brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse ‘princípio’. Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. Segundo: a única ideia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais”.

<sup>26</sup>Ver Alexy (2008, p. 93-99). No mesmo sentido, ver Silva (2010, p. 170-179).

Uma interpretação conceitual do interesse público, nesse sentido, é construída de acordo com cada contexto, sendo objeto de modificação no tempo. Não há como se conceber o interesse público de maneira prévia e abstrata, sem levar em consideração a avaliação concreta de cada caso, mediante uma avaliação participativa entre gestor público, órgãos de controle e sociedade. Nesse processo interpretativo, é importante a ideia de que a construção da norma decorre de um processo participativo plural, a partir de uma noção de sociedade aberta, contida nas lições de Härbele (1997, p. 13).

Dito isso, a conclusão a que se chega é que o interesse público, no contexto atual, *não deve ser* concebido – especialmente do ponto de vista retórico – como um óbice absoluto à consensualidade administrativa. O campo construtivista do Direito ainda admite uma edificação hermenêutica para viabilizar a compatibilização da necessidade do Estado e das necessidades da sociedade em face do Direito.

Afinal, a consensualidade é uma prática recorrente na solução dos problemas pelo Estado, especialmente em decorrência da exigência constitucional de *eficiência* (art. 37, *caput*) (BRASIL, 1988) e das diversas políticas públicas incumbidas pela CRFB ao Poder Público. As vantagens de uma administração pública fundada na consensualidade não podem ser ignoradas por uma limitação argumentativa pautada num interesse público maniqueísta, sem considerar as minúcias, dados e informações instrumentais que favorecem esse tipo de atuação, com enfoque nas exigências atuais de legitimidade da atuação administrativa. Segundo Souza (2012, p. 36): “A implementação de mecanismos consensuais de solução de controvérsias se insere na visão de que o acesso à justiça é fundamental para o desenvolvimento de um país e a realização dos direitos básicos dos seus cidadãos”.

Até mesmo no campo do Direito Tributário, em que existe um entrave argumentativo maior à transação (especialmente em virtude das restrições da legalidade estrita para a exigência de tributos), os estudos sobre a matéria apontam para a sua possibilidade, inclusive com a indicação de suas vantagens e adequações.<sup>27</sup>

Após defender a *inexistência* do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como pensado inicialmente, França (2013, p. 61-62) aduz que atualmente a noção relacional entre público e privado advém muito mais da exigência de *legitimidade* na interação entre as forças existentes do Estado.

Mesmo na doutrina francesa de Rivero (1981, p. 16), encontramos menção à importância da técnica da consensualidade. Embora não tratando especificamente da concertação administrativa, o autor – após apontar o interesse público como motor da atuação administrativa e, especialmente, como justificador das prerrogativas estatais existentes – afirma que “o recurso a estes processos autoritários nem sempre é necessário; quando a vontade da Administração, na prossecução do interesse geral, vai ao encontro da do particular, pode utilizar a técnica do contrato” (RIVERO, 1981, p. 16). É bem verdade, no entanto, que o autor salienta o fato de a prática ser muito mais frequente na atuação unilateral.

Nesse sentido, é contraditório aceitar um contexto em que há exigência de modernização e atualização, segurando-se em conceitos jurídicos antigos, sem suas devidas adequa-

---

<sup>27</sup> Nesse sentido, ver Gama (2007, p. 267-274), Severini (2009) e Buíssa e Bevilacqua (2015). Neste último artigo, conclusão interessante é a afirmação de que: “A partir da sincronização dos princípios da legalidade, eficiência administrativa, igualdade tributária e da livre concorrência, o interesse público restará plenamente atendido em prol não só das burras do Fisco, mas, sobretudo, da liberdade do contribuinte em ver-se não só adimplente com seus deveres perante o Fisco, mas em usufruir um harmônico ambiente de colaboração fiscal e livre concorrência” (BUÍSSA; BEVILACQUA, 2015, p. 53).

ções. Assim é que Di Pietro (2015, p. 331), tratando do paradoxo no Direito brasileiro para a adequação da administração pública à nova filosofia consensual, acentua:

Verifica-se um grande paradoxo no direito brasileiro.

Procuram-se os meios privados de atuação da administração pública, porque se entende que o regime jurídico a ela imposto pelo direito positivo impede seu funcionamento adequado. Como se fala em modernização e eficiência da administração pública, tem-se que deduzir que a mesma é vista hoje como antiquada, ultrapassada e ineficiente, na consecução dos fins tutelados pelo Estado.

No entanto, paradoxalmente, ao invés de procurar flexibilizar os meios de atuação da administração pública, pela alteração dos dispositivos legais e constitucionais que a emperram, prefere-se manter a rigidez do direito positivo e a procura de formas paralelas à margem desse mesmo direito. Por outras palavras, o direito positivo é bom como fachada, como norma escrita, como direito posto, mas ruim como direito aplicado.

Desse modo, por ser um *conceito intertemporal*, o interesse público deve ser adequado à nova realidade do Estado, mediante uma composição consensual, que deve ser estudada e sistematizada à luz do seu novo contexto e das novas exigências sociais.

### **3. Obrigatoriedade de uma atuação consensual à luz da nova sistemática jurídica**

Visto que o interesse público é uma diretriz impositiva da atuação administrativa – inclusive tratado por alguns como princípio jurídico –, passa-se então a trazer reflexões especificamente sobre a indagação formulada no início.

Em princípio, não existiria, *ad argumentandum tantum*, no ordenamento jurídico brasileiro, um texto contido em diploma constitucional, legal ou regulamentar que estipulasse expressamente um *dever jurídico* de promover uma avaliação e mesmo uma tentativa de *resolver consensualmente* as disputas envolvendo o Estado. A diretriz do dever, no entanto, decorre da interpretação do ordenamento jurídico (partindo de uma concepção construtivista do Direito) e da nova perspectiva dada à noção de interesse público que vincula a atuação administrativa do Estado a uma atuação consensual, mais compatível com os primados do Estado Democrático de Direito.

Poder-se-ia argumentar que, dada a ausência de texto expresso nesse sentido, uma atuação prioritária consensual apresentar-se-ia como

medida discricionária, a ser adotada de acordo com a política pública do ente administrativo interessado. Para chegar ou não a essa conclusão, a análise deve perquirir um pouco além, considerando especialmente a evolução conceitual da *discricionariedade* e seu tratamento no contexto das transformações do Direito Público.

O conceito de *mérito* administrativo – relacionado ao de discricionariedade – foi trabalhado, no âmbito nacional, por Fagundes (1967, p. 149-150), fundamentado na doutrina italiana, revelando o binômio da *conveniência* e *oportunidade* que caracteriza a decisão facultada. O instituto jurídico da discricionariedade foi, nesse sentido, incorporado ao Direito Administrativo brasileiro, estabelecendo-se como uma faculdade conferida ao gestor público de definir entre escolhas viáveis autorizadas pela lei, considerando a conveniência e oportunidade de diversos *meios* aptos para consecução de um *fim comum* previsto no ordenamento. Porém, mesmo esse autor já afirmava que ele deriva de *normas de boa administração*, a despeito de o mérito encontrar-se no sentido político do ato administrativo – portanto, não passível de substituição pelo juízo formulado no âmbito do Poder Judiciário. Haveria, então, uma orientação intrínseca ao ato, no sentido de que ele seja praticado de acordo com essas regras de boa conduta administrativa.

Há algum tempo, por outro lado, a discricionariedade *pura* (imune a diretrizes na tomada de decisão e não passível de “sindicabilidade” por outros órgãos) tem sido rejeitada pela doutrina administrativista.

Freitas (2009, p. 22-23), enfrentando a questão da mutação no conceito de discricionariedade em face das exigências constitucionais, chega a defender a existência de um *direito fundamental à boa administração*, constituída em um conjunto de direitos: (i) direito à

administração pública *transparente*; (ii) direito à administração pública *dialogica*; (iii) direito à administração pública *imparcial*; (iv) direito à administração pública *proba*; (v) direito à administração pública respeitadora de uma *legalidade temperada*; (vi) direito à administração pública *preventiva, precavida e eficaz* (não apenas eficiente).

Entre os consectários relacionados ao direito fundamental à boa administração pública, encontra-se a exigência relativa aos *princípios* da *prevenção* e da *precaução* – muitas vezes relacionados ao Direito Ambiental – mas que, segundo o autor, tem plena aplicabilidade no âmbito geral da gestão dos interesses pelo Estado.

Sem adentrar na sutil diferença entre a precaução e a prevenção (diferenciadas pelo grau de probabilidade em relação à ocorrência do dano), é interessante observar que, sob esse Direito Constitucional, “não se admite a inércia administrativa perante o dano previsível” (FREITAS, 2009, p. 100). Haveria, então, um *dever de atuação* para evitá-lo.

Tal dever decorre também da necessidade de observância do interesse público, que, como visto, não se esvaiu do ordenamento brasileiro, embora venha sofrendo constante releitura diante do processo de transformação do Direito Público.<sup>28</sup> Nesse sentido, o interesse

---

<sup>28</sup> Segundo Ferraz Junior (2011, p. 109): “A distinção entre direito público e privado não é apenas um critério classificatório de ordenação dos critérios de distinção dos tipos normativos. Com sua ajuda, podemos, é verdade, classificar as normas, com seus diferentes tipos, em dois grandes grupos. O interesse da classificação, porém, é mais extenso. A distinção permite sistematização, isto é, o estabelecimento de princípios teóricos, básicos para operar as normas de um e outro grupo, ou seja, princípios diretores do trato com as normas, com suas consequências, com as instituições a que elas referem, os elementos congregados em sua estrutura. Esses princípios decorrem eles próprios, do modo como a dogmática concebe direito público e privado. E esse modo, não podendo ter o rigor de definição, é, de novo, *tópico*, resulta da utilização de lugares-comuns, de pontos de vista formados historicamente e de aceitação geral”.

público vale também como limitador da atuação administrativa, já que orienta a prática dos atos administrativos.

Segundo Di Pietro (2012, p. 162), é de defender-se “a ideia de que o interesse público, ao invés de implicar, necessariamente, discricionariedade administrativa, constitui um dos princípios limitadores dessa discricionariedade”. Para a autora, “em vez de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pela *lei*, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pelo *Direito*” (DI PIETRO, 2012, p. 162).

A discricionariedade também não se dissipou na doutrina administrativista brasileira, mas tem sido transformada para adequar-se às diretrizes do Estado Democrático de Direito, especialmente ao limitar a atuação facultativa dos governantes por meio de orientações específicas (regras, princípios, limitações éticas etc.). Assim, não mais se pode falar na existência de uma discricionariedade administrativa pura, sem *limitações e/ou orientações* decorrentes do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, por exemplo, Guerra (2012, p. 237) defende que a atuação administrativa deve pautar-se pela *reflexividade administrativa*, que serviria como uma imposição ao administrador na avaliação de *riscos* através de dois elementos: a prevenção e a mediação. Para o autor, o Estado deve postar-se como interlocutor dos diversos grupos de interesses e buscar a mediação para garantir legitimidade às suas decisões, “em um procedimento negocial e autorreferencial visando obter o consenso mediado” (GUERRA, 2012, p. 237).

Nesse sentido, o *interesse público* é um limitador da atuação administrativa e, por vezes, reduz as opções do administrador diante de situações concretas, em que emerge o dever de consensualidade, nos casos em que seja

admissível (art. 174, II, CPC), notadamente quando evidenciada uma vantagem para a administração pública. O interesse público não mais justifica uma discricionariedade administrativa ampla e ilimitada, mas sim reduz o campo de escolha do administrador para a decisão que, sob um ponto de vista de legitimidade, para além da necessária legitimação, deverá justificar-se.

Como aduz Krell (2013, p. 127), vários são os interesses públicos que surgem na análise das situações concretas e que acabam por vincular a atuação do administrador público, pelo menos a ponto de lhe exigir uma legitimação da sua atuação, por meio, por exemplo, da motivação, da publicidade dos atos etc. O autor afirma que o interesse público

não se trata de uma expressão mágica, capaz de justificar qualquer comportamento da Administração; tampouco ela é uma “palavra oca, destituída de conteúdo, comportando seja lá o que for que se lhe queira inserir”. O próprio agente público sempre deve perseguir na sua atuação a *realização de algo* que foi *previamente qualificado* pela *ordem jurídica* como de *interesse público*; a verificação concreta da satisfação deste se dá por meio do processo administrativo ou da ação judicial. Surgem, assim, vários *interesses públicos* específicos em situações concretas, cuja concretização está sujeita a contestação e discussão (KRELL, 2013, p. 127, grifos nossos).

O interesse público, apesar de ser um *conceito jurídico indeterminado*, adequa-se à realidade do momento vivido pelos diversos atores sociais e econômicos, bem como às exigências concretas de atuação legítima do Estado. Segundo Rodenas (2012, p. 30), “lo característico de la utilización de este tipo de conceptos es que implican una renuncia del legislador a introducir propiedades descriptivas en la norma y, en

su lugar, suponen una remisión a los acuerdos valorativos vigentes en un determinado colectivo social”. Assim, se a consensualidade passa a incorporar-se a um ordenamento jurídico e às necessidades de um Estado eficiente, participativo e plural, é consequência começar a conceber um *dever de consensualidade* pautado nos novos *paradigmas finalísticos* dessa administração pública fundada numa releitura dos seus pressupostos tradicionais.

No mesmo sentido, Maurer (2011, p. 174), escrevendo com base no direito alemão, destaca que existem hipóteses em que a discricionariedade, ainda que existente, pode chegar a uma redução: redução da discricionariedade a zero ou estreitamento da discricionariedade. Seriam hipóteses em que, havendo alternativas, uma delas seria inválida diante da vantagem das demais, especialmente pela interpretação de direitos fundamentais e princípios constitucionais.

A ideia experimentada no presente trabalho, no entanto, não objetiva defender a consensualidade como algo habitual e corriqueiro da administração pública, sem observância dos demais princípios aplicáveis (igualdade, eficiência etc.). É possível que num caso concreto não seja benéfico para o Estado firmar eventual acordo e, por isso, os meios de atuação do poder de polícia e de execução judicial devem ser aprimorados para essas hipóteses.

A questão é que, em situações nas quais existe a possibilidade de adoção da consensualidade com a diminuição de *riscos* e com a maximização do interesse público (especialmente pelo cumprimento espontâneo do direito material pelo administrado), o dever da atuação consensual, pelo menos com uma proposta de tentativa perante o interessado, existe com base numa interpretação do ordenamento jurídico brasileiro atual, notadamente dos arts. 3º, § 2º, 15 e 174, II, do CPC, como já visto no tópico anterior.

O mesmo posicionamento é externado por Batista Júnior (2007, p. 468), para quem, embora a discricionariedade esteja presente em algumas atuações dos representantes estatais, a análise da conveniência e da oportunidade reduz-se a um dever de tentar transacionar quando um acordo se mostre como a melhor via:

portanto, é antijurídica a decisão administrativa que não atenda ao poder/dever de prossecução otimizada do bem comum. Se existe a possibilidade de celebração de contratos alternativos que propiciem soluções mais ajustadas ao desiderato de atendimento otimizado do bem comum, em especial quando o Direito estabelece cláusulas setoriais autorizativas, firma-se o dever/poder de transacionar, sempre que esta se constitua na melhor alternativa para o atendimento do bem comum (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 468).

O *dever de busca da consensualidade* existe pelos diversos motivos já apontados (exigência de legitimidade, reinterpretação do interesse público, nova sistemática processualística etc.). Pode-se falar, então, num dever de consensualidade a que todos os administradores públicos e, em especial, os advogados públicos estão vinculados.

Esse dever, no entanto, enfrenta alguns problemas de concretização, tais como a importância da existência de regulamentação com critérios sobre a atuação consensual (seja por lei, seja por ato normativo infralegal); a criação de estruturas administrativas (órgãos, câmaras etc.); uma *delimitação* do *controle* a ser exercido diante da consensualidade pelos diversos órgãos (Poder Judiciário, Ministério Público, órgãos de controle interno etc.). Tudo isso com vistas a viabilizar uma cultura jurídica mais efetiva no âmbito do Estado-administração na lida com conflitos intersubjetivos de interesses que o alcancem.

Tais aspectos, apesar de relevantes, devem ser estudados e enfrentados nos próximos anos pela área acadêmica e profissional do Direito, objetivando solucionar os problemas evidenciados pela sociedade brasileira, destacando-se o momento de crise atualmente vivenciado.

## Conclusão

O contexto histórico mostra que a consensualidade administrativa passou a fazer parte da atuação do Estado Democrático de Direito contemporâneo e que não mais se sustentam os entraves argumentativos pautados num interesse público absoluto que inviabilize sua atuação consensual. O *interesse público*, como *conceito jurídico indeterminado*, adequa-se à realidade social e econômica e passa a exigir atuações administrativas de acordo com o

novo contexto jurídico e, especialmente, compatibilizado com os princípios e ditames constitucionais, notadamente aos da eficiência e da efetividade social.

Com isso, verificou-se que, entre as transformações que perpassam o Direito Público atual, esse novo contexto jurídico permite reconhecer a existência de um *dever de consensualidade* quando da decisão imperativa e unilateral puder resultar prejuízos ao Estado (não apenas de cunho financeiro, mas também quando violar o interesse público em outros aspectos) ou menor efetividade no seu cumprimento do que uma negociação administrativa. Tal análise diminui o campo de escolha do administrador público, exigindo-lhe uma atuação proativa para tentar adotar uma interlocução entre Estado e administrados na busca de soluções em que se evidencie alguma vantagem para a administração pública.

Uma discricionariedade pura e ilimitada não mais se compatibiliza com os ditames do Estado Democrático de Direito e com os princípios aplicáveis à administração pública previstos na vigente Constituição brasileira de forma expressa e implícita. Nesse sentido, a exigência de legitimidade da atuação administrativa faz com que uma decisão pública seja devidamente justificada, especialmente quando há meios mais adequados de atender-se ao interesse público através da concertação administrativa.

O ordenamento jurídico brasileiro já contempla uma *obrigação administrativa de preferência* pela *busca* de uma *solução consensual de conflitos intersubjetivos de interesses* que alcancem os da própria administração pública, inclusive no âmbito dessa mesma administração, notadamente por seus *órgãos de advocacia pública*, com base numa interpretação *corretiva*, tendente à *máxima conservação* das normas presentes nos dispositivos dos arts. 3º, § 2º, 15

e 174, II, do CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, combinados com o art. 32 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015) (BRASIL, 2015a, 2015c).

Aliás, uma vez provocadas suas *câmaras institucionais* de mediação e de conciliação, que neles *têm de ser* criadas (art. 174, *caput*, do CPC, combinado com o art. 32, *caput*, da Lei nº 13.140/2015), diante de um pedido administrativo, dizer se, no caso concreto, há ou não *admissibilidade de resolução do conflito intersubjetivo de interesses por meio da conciliação no âmbito da própria administração pública* (BRASIL, 2015a, 2015c).

### Sobre os autores

Cleuler Barbosa das Neves é doutor em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil; mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil; professor associado da graduação, especialização *lato sensu* e integrante dos quadros do Programa de Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás, Goiânia, GO, Brasil; Procurador do Estado de Goiás, Goiânia, GO, Brasil.  
E-mail: cleuler@gmail.com

Marcílio da Silva Ferreira Filho é mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil; especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, Recife, PE, Brasil; doutorando no Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil; Procurador do Estado de Goiás, Goiânia, GO, Brasil.  
E-mail: contato@marcilioferreira.com.br

### Título, resumo e palavras-chave em inglês<sup>29</sup>

#### DUTY OF CONSENSUALITY IN THE ADMINISTRATIVE ACTION

ABSTRACT: The purpose of this article is to confront an emerging problem in the context of consensuality *stricto sensu* (administrative conciliation) involving the State: is there a duty of a consensual termination of conflicts by the public administration? Despite the existing discussions, administrative negotiation has become a recurring practice in the most diverse branches of Law (Administrative, Environmental, Tax, etc.), mentioning the emergence of a new model of consensual Public Administration, starting from legislative and Economic ideologies of the last two decades. So it is tried to face if the attempt of consensuality came to characterize a duty in the scope of the State or, on the other hand, if it is characterized as a mere possibility to be adopted according to the policies Public authorities.

KEYWORDS: CONSENSUALITY. AGREEMENTS. CONCILIATION. MEDIATION. ARBITRATION.

---

<sup>29</sup> Sem revisão do editor.

## Como citar este artigo

(ABNT)

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Márcilio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril\\_v55\\_n218\\_p63](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63)>.

(APA)

Neves, C. B. das, & Ferreira, M. da S., F<sup>o</sup> (2018). Dever de consensualidade na atuação administrativa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 55(218), 63-84. Recuperado de [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril\\_v55\\_n218\\_p63](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63)

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria & direito público).

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rer.asp>>. Acesso em: 7 jan. 2017.

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

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite Santos; Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, 24 set. 1996.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, 1<sup>o</sup> fev. 1999.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015a.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. *Diário Oficial da União*, 27 maio 2015b.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. *Diário Oficial da União*, 29 jun. 2015c.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano base 2015*. Brasília: CNJ, 2016. 2 v. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 14 jan. 2017.

BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas. Consensualidade na administração pública e transação tributária. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 15, n. 174, p. 46-54, ago. 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. *The Observatory of Social and Political Elites of Brazil*, [S.l.], v. 2, n. 9, p. 1-15, jul. 2015. Disponível em: <<http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2016.

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão. [S.l.: s.n.], 1978. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2017.

DEUTSCHLAND. *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*. *Bundesgesetzblatt*, nr. 59, 29 Mai 1976.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESPAÑA. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, n. 311, 29 dez. 1978.

\_\_\_\_\_. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. *Boletín Oficial del Estado*, n. 285, 27 nov. 1992.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed., 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANCE. Constitution du 4 octobre 1958. *Journal Officiel de la Republique Française*, 5 oct. 1958.

FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FREITAS, Juez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 317-356.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GAMA, Tácio Lacerda. A transação em matéria tributária e a possibilidade de posterior contestação da dívida pelo contribuinte. *Revista Internacional de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 8, p. 267-274, jul. 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GOIÁS. Lei nº 13.800, de 18 de janeiro de 2001. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de Goiás. *Diário Oficial Estado de Goiás*, 23 jan. 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade administrativa – limitações da vinculação legalitória e propostas pós-positivistas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 205-240.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Dalloz, 1933.

IMPÉRIO DO BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. *Collecção das Leis do Império do Brasil*, t. 11, p. 57-238, 1850.

ITALIA. Legge 7 agosto 1990, n. 241. Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi. *Gazzetta Ufficiale*, n. 192, 18 ag. 1990.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamago. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

MAURER, Hartmut. *Decreto administrativo: parte general*. Traducción coordinada por Gabriel Doménech Pascual. Madrid: Marcial Pons, 2011.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Grandes temas de direito administrativo*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. 2. reimp. da ed. de março/2003. Coimbra: Livraria Almedina, 1963.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. *Diário da República*, n. 86, 10 abr. 1976.

POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho*: indeterminación, validez y positivismo jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público?: as colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 97-143.

SEVERINI, Tiago. Transação em matéria tributária no direito brasileiro?. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 1, n. 88, p. 235-268, set. 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. (Teoria & direito público).

SIQUEIRA, Mariana, *Interesse público no direito administrativo brasileiro*: da construção da moldura à composição da pintura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos*: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

UNITED STATES. The Administrative Dispute Resolution Act of 1996. *Public Law*, Oct. 19, 1996.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.