

A TRANSAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ANÁLISE COM BASE NO NOVO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

THE TRANSACTION IN THE SCOPE OF THE PUBLIC ADMINISTRATION: ANALYSIS BASED ON THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL SYSTEM

Renato Henrique Barbosa de Oliveira Filho

Graduado em Direito pela UNIFBV

Especialista em Direito Municipal pela Universidade Estácio de Sá

Pós-graduando em Direito Processual Civil pela UFPE

Advogado e Coordenador do Núcleo de Direito Administrativo e

Constitucional da Gerência Jurídica do SENAI/PE.

RESUMO: Após a queda da Monarquia e do surgimento do Estado Social iniciou-se um processo de constitucionalização dos direitos em que os direitos fundamentais protagonizaram. Nesse contexto, o anseio social passou a ser o de uma Administração Pública consensual, daí a busca por novas formas de resolução de conflitos no âmbito do direito público. Em 2015, adveio o novo CPC que, por meio de suas diretrizes constitucionalizadas e pautado numa metodologia neopositivista, conferiu destaque à autocomposição. No entanto, a adoção de métodos de resolução consensual de conflitos pelo Estado encontra alguns entraves nas normas próprias do Regime Jurídico Administrativo ao qual está submetido. Assim, através de uma reflexão crítica, pretende-se averiguar os aspectos da transação no direito público, considerando os métodos alternativos de resolução de conflitos trazidos pelo novo sistema processual. Objetiva-se demonstrar que não existe vedação à transação judicial e extrajudicial entre o Poder Público e particulares. Para esse desiderato, busca-se analisar o novo sistema processual em conjunto com as regras inerentes ao Regime Jurídico Administrativo. Para tanto, fez-se uso da pesquisa bibliográfica colhendo dados na doutrina, leis e jurisprudências. Ou seja, adotou-se um método documental como estratégia de argumentação para o desenvolvimento deste estudo.

Palavras-chave: Administração Pública – Transação – Direitos Fundamentais – Ponderação de interesses.

ABSTRACT: *After the fall of the Monarchy and the emergence of the State, a process of constitution of the fundamental rights in the protagonism began. In this context, the social social has become a form of government. In 2015, it was followed by the new CPC, which, through its constitutional guidelines, was a neopositivist methodology that emphasized self-composition. However, the adoption of rules of consensual resolution of State contracts is being included in some of the own rules of the Administrative Legal Regime to which it is submitted. Thus, through a critical reflection, it is sought to ascertain the aspects of the transaction in the public, considering the alternative methods of resolution brought by the new procedural system. It is intended that there is no judicial and extrajudicial judicial response between the Public Authorities and individuals. To this desiderato, search-to analyze the procedural in conjunction with the rules inherent to Administrative Legal Regime. To do so, one must use bibliographic research by gathering data in legislation, laws and jurisprudence. That is, a documentary method was adopted as an argumentation strategy for the development of this study.*

Keywords: *Public Administration - Weighting of interests.*

1. INTRODUÇÃO

No limiar do presente artigo, verificar-se-á que o processo de transformação do modo de se relacionar entre o Estado, a administração pública e a sociedade implicou em mudanças sociais e jurídicas que repercutiram na estrutura organizacional do próprio Estado.

Nessa época, o Direito Administrativo que era embrionário, passou a ser enxergado sob uma nova perspectiva, pois os indivíduos que viviam numa relação vertical de monarquia deixaram de ser súditos para serem sujeitos de direitos, passando a exigir um novo posicionamento do Estado. É época em que o regime de não ingerência, pautado no liberalismo, transmudou-se para uma atuação positiva do Estado em prol da concretização dos direitos fundamentais que contribuiriam para a formação da democracia atual.

Tem-se, portanto, o marco do processo de constitucionalização dos direitos, em que a Constituição passou a ser o veículo principal para todas as fontes normativas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. Via de consequência, o Direito Administrativo experimentou contradições ideológicas existentes no Estado contemporâneo que lhe obrigaram a enfrentar temáticas surgidas em decorrência da valorização dos direitos fundamentais constitucionais, dentre as quais ganhou destaque o consensualismo na esfera pública.

A primeira dificuldade a ser enfrentada por essa nova perspectiva é a de compatibilização entre os mecanismos consensuais de resolução de conflitos e o próprio Regime Jurídico da Administração Pública.

Porém, em meio às temáticas discussões doutrinárias, o sistema processual civil brasileiro, no ano de 2015, foi modificado com a publicação do novo Código de Processo Civil, que trouxe uma mudança paradigmática para o ordenamento a partir de uma metodologia neopositivista na qual a lei, que era o núcleo do ordenamento processual antigo, cedeu espaço à ordem jurídica. Nesse novo cenário processual, a autocomposição ganhou papel de destaque, tendo o CPC previsto diversos dispositivos incentivadores desse instituto jurídico, inclusive no âmbito da administração pública.

O que se observou, portanto, foi que os momentos jurídicos naturalmente se encaixaram, uma vez que a busca pela consensualidade já era objetivo almejado pelo Direito Administrativo contemporâneo. Como consequência, o moderno conceito de interesse público abandonou os ideais de indisponibilidade e supremacia absolutos e a atividade administrativa passou a fazer uso da técnica da ponderação dos interesses em conflito, de forma a buscar o equilíbrio das relações jurídicas, caracterizadas por interesses públicos e privados cada vez mais próximos.

Dessa forma, este artigo se dedicará à análise da maneira como a Administração Pública atuará na preservação do interesse público, alinhada à resolução consensual dos conflitos e às características de indisponibilidade e supremacia de tal interesse. Nessa perspectiva, será estudado o processo de constitucionalização do Direito Administrativo associado às mudanças do ordenamento processual civil brasileiro e às limitações impostas pela indisponibilidade e supremacia que compõem o Regime Jurídico de direito público.

Este, portanto, é o objeto do presente artigo: discutir o instituto jurídico da transação e sua aplicabilidade no direito público sob o enfoque do novo sistema processual civil brasileiro.

2. O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Para melhor entender o conceito de Administração Pública, é preciso analisá-la sob duas vertentes; uma mais subjetiva que vai designar o conjunto de órgãos e a estrutura estatal em si e a outra, mais objetiva, que designa a administração pública como a própria função administrativa, ou seja, as

atividades de planejamento e de execução do Estado¹. Logo, administração pública não se confunde com o próprio governo ou Estado, pois está diretamente relacionada à população.

A relação entre Estado, administração pública e população se desenvolve de uma maneira intrincada, não sendo possível separar de forma exclusiva um do outro. “Estado” é um termo que possui conceito aberto, com várias formas de ser encarado e definido. No entanto, é imprescindível ao presente estudo destacar a linha diretamente ligada ao Direito Administrativo.

Dentro dessa relação com o Direito Administrativo, alguns autores irão dizer que o Estado surge em um momento muito específico, entre o fim da monarquia feudal e o surgimento de um único poder perante aquela unidade territorial, quando surgem os monarcas absolutos. Nessa época, a relação entre o Estado e os cidadãos era vertical, pois não se tinha o conceito de cidadão como se tem hodiernamente; era uma relação em que havia um rei e pessoas (súditos) que não possuíam direitos adquiridos na forma como hoje se compreende².

Nesse período, o Direito Administrativo não existia, apenas estava em formação, tendo surgido como ramo autônomo somente na fase do Estado Moderno, quando se desenvolveu o conceito de Estado de Direito estruturado sobre o princípio da legalidade³.

Assim, como ocorreu o desenvolvimento e a estruturação da relação entre Estado e cidadãos?

As grandes relações estão consubstanciadas especialmente na Revolução Francesa, pois com a queda do rei absoluto os cidadãos passaram a necessitar de um “Direito Novo”, direito esse que regulamentasse a conduta do Estado soberano em sua relação com seus administrados⁴.

Assim, a relação imposta pelo rei absoluto (representante do Estado) foi rompida pelo valor da liberdade, pois havia um desejo de uma conformação em que as pessoas fossem livres e iguais em direitos, uma liberdade que propiciasse a todos a chance de serem felizes, pois ser feliz era um valor a ser buscado⁵.

Na época, o grande dilema foi o de como conseguir essa liberdade. A conclusão foi de que essa liberdade não poderia ser concedida pelo rei, pois, caso contrário, esse direito não nasceria e se desenvolveria com a própria pessoa pela simples condição de ser pessoa⁶. Assim, o rei absoluto foi

1 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 2013, p.19.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 2014, p.1.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 2014, p.2.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 2013, p. 38-39.

5 Escopo constante do preâmbulo da Declaração de Direitos do Homem e dos Cidadãos de 1789.

6 A essência dessa ideia está no texto do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e intrínseco no regime

substituído por uma lei absoluta, daí desenvolvendo-se a ideia de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei⁷.

A partir de então, como mecanismo limitador, foram opostos direitos fundamentais dos quais qualquer cidadão já é titular ao nascer, ou seja, direitos naturais de qualquer pessoa e de caráter irrenunciável.

Assim, o poder que estava concentrado nas mãos de um monarca foi dividido em três grandes funções que a própria Constituição brasileira adotou como base para a organização da Administração Pública⁸. Esse foi o momento em que o Estado Liberal, essencialmente abstencionista, foi sufragado por um Estado Social, cujo poder materializa-se com a participação dos cidadãos e dos organismos sociais⁹.

A partir de então é que o Estado começa a se organizar com base em uma estrutura formada por órgãos públicos e entidades públicas indiretas oriundas da descentralização administrativa, passando a atuar “pautado” na lei; daí a origem do princípio da legalidade em uma de suas vertentes¹⁰.

Entendido o processo de desenvolvimento da relação entre Estado e cidadãos – daí surgindo o Direito Administrativo como regulamentador – torna-se possível identificar a forte influência do Direito Constitucional em todas as etapas desse movimento.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹, ao considerar como características fundantes da autonomia do Direito Administrativo o princípio da separação de poderes e o escopo da garantia à proteção aos direitos fundamentais não apenas nas relações particulares, afirma que “os títulos fundamentais do Direito Administrativo se alojam no Direito Constitucional. Assim, o Direito Administrativo de cada país possui a feição que lhe confere o respectivo Direito Constitucional”.

A constitucionalização dos direitos é uma tendência buscada por diversos ordenamentos jurídicos e consiste em um processo de tornar como base de funcionamento de um sistema os princípios e as regras constitucionais, o que resulta na aplicação direta da Constituição nas relações sociais quando da interpretação das normas infraconstitucionais, da construção de jurisprudências e de doutrinas.

jurídico da administração pública.

7 Ideia consagrada por Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis”.

8 Origem da teoria da repartição ou tripartição dos poderes.

9 OLIVEIRA FILHO, Renato Henrique Barbosa de. CORNÉLIO, Fernanda Marques. *Defensoria Pública, Legitimidade para Ação Civil Pública e Direitos Difusos*. 2013.

10 Ideia de limitação do poder do administrador público.

11 op. cit. p. 28

Marçal Justen Filho¹² alerta que a supremacia da Constituição deve ultrapassar o mero discurso político, pois a produção de um Estado democrático a partir de uma transformação concreta da realidade social e sua adequação ao modelo constitucional depende diretamente da efetividade das atividades administrativas. Para o autor, deve ser rejeitado o enfoque tradicional do Direito Administrativo, já que se consiste em um modelo que inviabiliza o controle das atividades administrativas por meio de soluções destituídas de transparência, tais como “discricionariedade”, “conveniência e oportunidade” e “interesse público”.

Contudo, tais soluções não devem ser definitivamente suprimidas, mas sua importância e extensão devem estar limitadas à dimensão constitucional e democrática.

As lições do Ministro Luís Roberto Barroso¹³ revelam que, quanto à Administração Pública, a constitucionalização dos direitos: 1) limita a discricionariedade; 2) impõe deveres de atuação; e 3) fornece fundamentos de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente do legislador ordinário.

Assim, tem-se que a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à Lei decorreu da mudança do modo de se relacionar entre Estado, administração pública e cidadãos, bem como da superação dos dogmas arcaicos do Direito Administrativo que passou a ter como escopo a preservação dos direitos fundamentais.

Nesse momento é que surge o conceito da supremacia do interesse público baseado em uma ponderação de interesses. Ou seja, não há mais a prevalência irrestrita do interesse público sobre o privado, tudo dependerá da análise de cada caso concreto com base em uma ponderação dos direitos fundamentais envolvidos. “Isso porque preservar o interesse privado também é, em última análise, preservar o interesse público”¹⁴.

Torna-se evidente, portanto, que uma controvérsia entre o cidadão e o Estado deve ser solucionada da maneira mais efetiva possível, especialmente mediante uma solução pacífica, não devendo ser admitida decisão baseada em conceitos indeterminados e de fundamentação pouco transparente, violadoras de garantias constitucionais que devem ser preservadas pelo Estado.

12 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2016, p. 105.

13 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. 2005.

14 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

3. O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO E A JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA

O Direito Administrativo pressupõe a existência de normas que lhes são peculiares e que se relacionam entre si de maneira lógica, coerente e única. Tais normas compõem o denominado regime jurídico administrativo, que nada mais é do que o conjunto normativo que define a lógica de funcionamento da administração pública, sendo os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público o núcleo desse regime¹⁵.

Em linhas gerais, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado estabelece que, em havendo necessidade, o Estado poderá restringir direitos individuais na busca do interesse público. Portanto, todas as prerrogativas de que o Estado goza decorrem desse princípio, que na verdade são concedidas ao interesse da coletividade. Já o princípio da indisponibilidade funciona como um limite às tais prerrogativas¹⁶.

Assim, ao tempo em que o Estado tem normas que lhe conferem prerrogativas para alcançar o interesse público, o mesmo se submete a algumas limitações com vistas a evitar a renúncia desse interesse.

Contudo, o princípio da indisponibilidade do interesse público não pode ser interpretado como a impossibilidade de o Estado reconhecer que lesou um cidadão e de transacionar como forma de repará-lo – evidentemente que dentro de parâmetros justificados – na qualidade de garantidor não só do interesse da coletividade, como também dos direitos individuais fundamentais de todo e qualquer cidadão.

Sob a ótica mais constitucionalizada, o Direito Administrativo, fundamentado nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, deve ser estudado, interpretado e aplicado com observância aos demais princípios constitucionais, que devem coexistir sem qualquer hierarquia ou exclusão¹⁷.

Quanto ao tema, a opinião da doutrina se divide. Para a linha “tradicional”, a exemplo de DI PIETRO¹⁸, o Direito Administrativo – originário da passagem do Estado no modelo absoluto para o Estado de Direito, momento em que as relações das pessoas e o Estado se invertem com base numa submissão à lei, delimitadora do limite da liberdade de cada um, assim como da atuação específica da própria administração – tem seu conteúdo buscado numa divisão entre o direito público e o direito privado.

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 2013, p. 53-56.

16 CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2016, p. 56-59.

17 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2016, p. 51.

18 Op. cit. 2014 p. 60-61

A outra corrente doutrinária afirma que o Direito Administrativo se constrói de maneira diversa, pois considera que a passagem da queda do rei absoluto e da introdução da lei serviu como um expediente de dominação, de manutenção do Estado Autoritário, não sendo superado o “absolutismo” típico do regime anterior. Para essa linha, a noção de supremacia do público sobre o particular não é compatível com a própria noção de direitos fundamentais, isso porque a liberdade era exercida na medida em que a lei especificava.

De certa forma, esse é o entrelaçamento que leva a pensar na dicotomia público/privada que vai embasar o regime jurídico da administração pública. Na realidade, existe uma crise doutrinária instalada, pois ao mesmo tempo em que se diz que o interesse público está diretamente relacionado à dicotomia direito público/privado, fala-se que existe uma linha muito tênue entre tais direitos, sendo difícil identificar essa relação caso a caso.

No entanto, é inegável que se assiste hoje uma aproximação entre os dois regimes, que constitui uma das prospecções da Administração Pública contemporânea.

Marçal Justen Filho¹⁹ desenvolve uma aproximação entre o próprio interesse público e o regime jurídico da administração pública com a ideia de supremacia do interesse público e dos direitos fundamentais. Tal aproximação é que fornece o conteúdo desse interesse público. Segundo o autor, não há como se admitir nos dias de hoje um Estado que se coloque autoritariamente perante o cidadão (titular de direitos) como se colocaria um rei absoluto perante o seu súdito, pois a relação de autoridade é uma relação que ainda existe, mas o que não existe é uma relação de autoritarismo.

Na realidade, a relação entre a administração pública e o cidadão deve ser conformada de um lado pelo seu complexo de direitos e do outro pelo poder/dever da administração, já que possui como finalidade exatamente o cumprimento de um conceito indeterminado, mas fundamental ao direito que é o bem comum.

Assim, essa relação jurídica subordinada ao regime jurídico constitucionalizado deve se basear em uma ponderação de princípios, bens e valores constitucionais que deverão nortear a solução de eventuais conflitos entre a administração pública e os cidadãos²⁰.

Nessa linha é que se busca a horizontalização da relação entre Estado e particulares, que se conforma por meio de uma necessária mudança de paradigma para a construção de uma administração pública consensual que funciona sob a égide de um regime jurídico administrativo em que as garantias

19 Op. cit. 2016, p. 48-59

20 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

atribuídas às pessoas possuem igual importância às prerrogativas do Poder Público.

Frente a esse cenário é que a concepção originária do princípio da legalidade – vinculada à separação dos poderes e às ideias opositoras ao poder absolutista – cede espaço ao ideal da juridicidade, em que as atividades da Administração Pública passam a se sujeitar não apenas às leis, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento.

Essa evolução foi registrada por Odete Medauar²¹ a partir do momento em que as leis em seu sentido formal, ou seja, vistas como justas somente por serem leis, independentemente do seu conteúdo, passaram a integrar um conjunto normativo formado por outros elementos criados através de outras bases valorativas.

A superação da regra geral de que nas relações de direito público, tudo que não for autorizado por meio de lei será reputado como proibido, decorre da ideia de que o ato praticado pela administração, independentemente de previsão legal, deve obrigatoriamente visar atingir o interesse público, bem como da possibilidade de o administrador atuar por fundamento direto na Constituição ou de outra fonte normativa do Direito, baseada na ideia de vinculação ao Direito como um todo, sobretudo à Constituição Federal, e não só à lei²².

O princípio da juridicidade, na realidade, é uma acepção mais moderna do princípio da legalidade baseada em uma visão neoconstitucionalista do Direito, em que regras constitucionais e legais agregadas de valores e direitos fundamentais constituem um “bloco de legalidade” que legitima e impõe limites à atividade administrativa.

Na realidade, a lei na forma de dispositivo literal é capaz de disciplinar o atendimento das necessidades sociais, mas não é capaz – em razão da sua própria natureza de permanência e generalidade – de atendê-las de maneira concreta e contínua, uma vez que os anseios sociais transmudam-se rapidamente no tempo, razão pela qual o princípio da legalidade se transforma nessa vertente de juridicidade²³.

4. O LUGAR DO INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

Compreendidos os conceitos que dão sustento a um ordenamento jurídico constitucionalizado, fundamentado na ideia de um Direito Administrativo

21 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 2013, p. 139.

22 ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2013, p. 58.

23 ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2013, p. 60

que se ocupa essencialmente com a realização do interesse público e, ao mesmo tempo, com a preservação dos direitos fundamentais, torna-se possível estabelecer o conceito jurídico do interesse público perseguido pela Administração Pública.

O primeiro passo é afastar-se da ideia de separação absoluta entre o interesse público na figura de um interesse do todo, que representa o próprio corpo social, do interesse individual das partes. Isso porque, na verdade, “o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é ‘função’ qualificada do interesse das partes, um aspecto, uma forma específica de sua manifestação”²⁴.

Muito embora possa ser possível admitir um interesse público contraposto a um determinado interesse individual, não é possível se conceber a ideia de um interesse público contrário aos interesses de cada um dos membros da sociedade, pois o interesse público nada mais é do que a dimensão pública dos interesses de cada indivíduo como partícipe da sociedade interessado em um serviço público efetivo.

Assim, pode-se afirmar que o interesse público é adequadamente atendido quando se consideram os interesses dos particulares, devendo a Administração Pública alinhar o cumprimento das suas atribuições com a proteção dos interesses dos cidadãos²⁵.

Assim, o atendimento das necessidades coletivas exige da Administração Pública uma postura consensual e de ponderação de interesses, ou seja, a adoção da melhor solução possível – do ponto de vista administrativo em consonância com o princípio constitucional da eficiência – com base na análise de cada caso concreto²⁶.

Fixadas as teorias e compreendido que o interesse público é a dimensão pública dos interesses individuais, é possível afirmar que não existe semelhança entre o interesse público e o interesse do Estado na qualidade de sujeito de direitos e interesses individuais²⁷. Diferente do particular, o Estado só poderá defender seus interesses se esses coincidirem com o interesse público, caso em que a sua defesa será simultaneamente um instrumento para defesa do interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em suas lições, classifica o interesse público em 1) primário, que se relaciona com os fins do Estado, ou seja, busca a realização dos interesses daqueles indivíduos como integrantes de um corpo social e 2) secundário, também denominado de interesse derivado ou

24 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 2013, p. 60

25 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

26 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

27 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 2013, p. 66

instrumental, que diz respeito aos interesses transitórios do Governo, utilizado como instrumento de realização do interesse primário²⁸.

Tradicionalmente se tem como regra a impossibilidade de o Estado transacionar em assuntos relacionados aos interesses primários, uma vez que só seria passível de negociação o interesse derivado. No entanto, a indisponibilidade do interesse público não se revela em um conceito rígido, não se podendo admitir que a regra geral da impossibilidade de transação não admita exceções.

O princípio da indisponibilidade do interesse público está implícito no texto constitucional e consiste em um dos pilares do regime jurídico administrativo baseado em uma limitação imposta ao Estado com o intuito de evitar lesão ao interesse ou ofensa aos direitos fundamentais dos administrados. A ideologia desse princípio parte da premissa de que a Administração não possui livre disposição dos bens e interesses públicos, cabendo-lhe apenas a geri-los e conservá-los em benefício da coletividade que é a titular dos mesmos²⁹.

Em face dessa indisponibilidade é que, num primeiro momento, resta inviabilizada qualquer possibilidade de os entes públicos transigirem com relação aos seus interesses, exceto quando houver prévia autorização legal.

Contudo, o Estado na função de administração pública, quando em litígio, deve – lastreado numa ponderação de interesses – buscar a solução mais compatível com o Estado Democrático de Direito, de maneira a garantir que os interesses individuais e coletivos coexistam e convivam harmoniosamente.

Na realidade, os ideais de supremacia e indisponibilidade do interesse público devem ser ponderadamente relativizados quando em prol de outros princípios, a exemplo o da moralidade e o da eficiência, bem como dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos.

Assim, em cada caso concreto deve-se buscar a melhor forma de resolução do conflito, de maneira a garantir a mais eficiente preservação do interesse público. Isso porque não existe uma supremacia e indisponibilidade absoluta; tais conceitos não passam de uma concepção abstrata, pois o interesse público não se constitui como um fim em si mesmo. Ou seja, a existência, por si só, do Regime Jurídico Administrativo não acarreta a exclusão dos demais princípios, tampouco deve colocar em risco os direitos fundamentais dos cidadãos³⁰.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre a possibilidade de a Administração transacionar, relativizando assim a indisponibilidade do

28 Op. cit. 2013, p.67

29 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 2010, p. 37

30 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2016, p. 51-58

interesse público, sobremaneira quando o acordo for a medida mais eficaz de se beneficiar a coletividade, verdadeira detentora dos bens e interesses públicos³¹.

O Tribunal de Contas da União (TCU) também já se posicionou favorável à realização da transação pelo poder público, mormente quando demonstrada a viabilidade técnica e financeira da conciliação e a inexistência de vedação legal para o acordo. No entanto, pondera que a análise deve ser restrita a cada caso concreto³².

Nesse contexto, sob a ótica da transação como mecanismo de preservação do direito fundamental de um cidadão injustamente lesado pelo Estado, para evitar o resultado de uma incompatibilidade da ação do legislador com os direitos fundamentais, é que Robert Alexy³³ defende a competência restritiva do legislador, condicionada ao princípio da proporcionalidade e ao mandato de ponderação, em que deverá haver um sopesamento entre os princípios consagrados pela ordem jurídica.

Na realidade, a pluralidade de direitos fundamentais, cuja proteção é garantida pela ordem jurídica constitucional, implica na impossibilidade de adoção de soluções predeterminadas e abstratas para eventuais conflitos em que estejam em discussão interesses públicos e privados, devendo a solução estar sempre baseada numa ponderação de interesses e adstrita, portanto, a cada caso concreto³⁴.

O que se pode extrair do texto constitucional, partindo do pressuposto da unicidade entre direitos, interesses e valores, é a ideia de que os direitos fundamentais privados devem integrar a própria noção de interesse público, sem contradição, negação ou exclusão, mas sim com harmonização³⁵.

Por tais motivos e ante a inexistência de regra constitucional hierárquica entre o interesse público e o privado, é que não se pode resolver um conflito com a aplicação pura e simples do princípio da supremacia ou indisponibilidade do interesse público³⁶.

Esclareça-se que não se está pretendendo defender o direito privado de forma individualista, ao ponto de sustentar uma tese defensiva da supremacia do indivíduo em face da coletividade. Na realidade, como ensina Marçal Justen Filho³⁷, o interesse da maioria é digno de maior proteção; o que não

31 STF - RE: 253.885/MG, Relator: Min. Ellen Gracie. Data de Julgamento: 04/06/2002, Primeira Turma.

32 TCU – SCN (Solicitação do Congresso Nacional). Processo nº. 016.180/2015-1. Acórdão nº. 274/2016 Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Data de Julgamento: 17/06/2016, Plenário.

33 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2017, p. 298-301

34 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2016, p. 59

35 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

36 Id. *Ibidem*

37 Op. cit. p.59

se admite é a diluição dos direitos fundamentais (mesmo de minorias) em detrimento da existência de incerto e indefinido interesse público.

A supremacia do interesse público, portanto, deve ser relativizada quando essa prevalência oferecer risco a um direito fundamental. Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade vem ao auxílio das disposições constitucionais, visto que tenta harmonizar os interesses em confronto, sem prejuízo de um ou de outro.

O interesse público não pode ser usado como um escudo para a Administração não assegurar os direitos fundamentais garantidos pela ordem jurídica. A invocação vazia do interesse público não comporta espaço no atual cenário jurídico brasileiro, que cada vez mais constitucionalizado busca resguardar os direitos fundamentais individuais.

5. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O processo civil brasileiro foi construído por meio de um modelo proposto pela Constituição Federal de 1988; por tal motivo é que se forma com base em princípios constitucionais processuais implementados por meio das normas (princípios e regras) estabelecidas pelo Código de Processo Civil³⁸.

O constitucionalismo processual ganhou ainda mais força no ano de 2015 com a publicação do novo Código de Processo Civil, muito embora já existisse um movimento mais antigo de constitucionalização dos direitos, a exemplo do que se observou no Direito Administrativo, conforme explicado no primeiro capítulo deste artigo.

Fredie Didier³⁹ destaca que esse fenômeno de constitucionalização do direito processual pode ser enxergado sob duas dimensões; a primeira, com a previsão de normas processuais dentro do próprio texto da Constituição e a segunda com a concretização das disposições constitucionais nas normas processuais infraconstitucionais.

Tem-se, portanto, um modelo processual constitucional alimentado por influências recíprocas em que a Constituição e a ordem jurídica processual exercem uma sobre a outra. Não foi por outra razão que o novo CPC dispôs em seu art. 1º que: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

38 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2017, p.18

39 DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. I. 2017, p. 53-54.

O CPC de 2015 reservou o seu primeiro capítulo justamente para tratar dessas normas fundamentais do processo civil. Contudo, o rol de normas fundamentais encontrado no invocado capítulo não é exaustivo; nesse sentido foi editado o enunciado 369 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis - FPPC⁴⁰.

Essa não exaustividade das normas fundamentais trazidas pelo CPC tem como fundamento o §1º do art. 5º da CRFB de 1988, que atribui aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Além disso, o processo civil contemporâneo deve objetivar *prima facie* a garantia da efetiva tutela dos direitos fundamentais, independentemente de previsão em seu texto. Por tal motivo é que o processo deve estar adequado e estruturado de acordo com a tutela efetiva dos direitos fundamentais.

Sob essa ótica, Fredie Didier⁴¹ pondera que os direitos fundamentais devem ser compreendidos da maneira que lhes seja dada a máxima eficácia. Portanto, o normativo que colocar qualquer obstáculo desarrazoado e desproporcional à efetivação de um direito fundamental deve ser afastado.

Nesse contexto, eventuais restrições à realização de um direito fundamental só poderão ser impostas quando a finalidade seja a de garantir – mediante um juízo de ponderação – outros direitos fundamentais que estejam envolvidos, pois a relativização de qualquer direito fundamental só é admitida quando compatível com os ditames constitucionais e respeitado o princípio da proporcionalidade, por meio da técnica da ponderação. Além disso, tal limitação deve ser estritamente proporcional ao peso e ao significado do direito fundamental que está sendo restringido.

Dessa forma, nesse modelo processual constitucionalizado, são protagonistas os princípios, garantias e disposições de diversas naturezas que a Constituição projeta sobre o processo.

Dentre muitos outros princípios constitucionais citados no seu primeiro capítulo, o CPC de 2015 reproduziu em seu art. 3º o princípio da inafastabilidade da jurisdição – previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal – que por meio de seus parágrafos, reconheceu expressamente a compatibilidade dos métodos consensuais de resolução de conflitos com tal princípio⁴².

A autocomposição ganhou um papel de destaque no novo CPC. Tanto é que no processo civil moderno, o Réu não é mais citado para oferecer contestação e sim para comparecer à audiência de conciliação ou mediação,

40 Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/fppc-carta-de-sa%cc%83o-paulo.pdf>> Acesso em 29 de outubro de 2017.

41 Op. cit., 2017, p. 64-65

42 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2017, p.18

com ressalva da exceção prevista no §4º, inciso II do art. 334, hipótese em que a audiência não ocorrerá caso o direito não admita a autocomposição.

Ressalte-se que a exceção à transação acima destacada não possui necessariamente relação com situações em que pura e simplesmente estejam envolvidos interesses públicos, ditos indisponíveis. Conforme será detalhado adiante, a inadmissibilidade da autocomposição deverá ser verificada em cada caso concreto.

De acordo com o art. 3º, §3º do CPC, os métodos consensuais de resolução de conflitos deverão ser estimulados por todos os profissionais do Direito, além do próprio Estado, a quem a Constituição outorgou o poder de solucionar os litígios em caráter definitivo, não podendo, pois, delegar ou se recusar a exercer essa função⁴³.

A solução consensual do conflito, seja ela judicial ou extrajudicial, foi considerada pelo CPC como o caminho mais adequado à preservação dos vínculos intersubjetivos existentes entre os sujeitos em conflito e também com relação aos terceiros afetados⁴⁴. Além disso, apresenta-se como mecanismo mais econômico de resolução de controvérsias.

Fredie Didier⁴⁵ enfatiza que a solução consensual dos conflitos deve ser estimulada até mesmo dentro do Poder Executivo, destacando as regras que regulamentam a autocomposição administrativa e a instalação de câmaras administrativas de conciliação. O referido autor defende inclusive a ideia de um novo princípio no ordenamento jurídico brasileiro que é o do estímulo da solução por autocomposição.

Fixadas essas bases conceituais, torna-se imprescindível estabelecer a distinção – em linhas gerais – dos métodos mais comuns de resolução de conflitos.

Primeiramente, é importante conceituar a transação, que é basicamente o resultado de um acordo decorrente de uma conciliação ou mediação. A transação é instituto de Direito Civil e encontra-se regulamentada no art. 840 do atual Código Civil (CC), que define sua finalidade como a de encerrar ou prevenir um litígio mediante concessões recíprocas entre os contratantes, consubstanciando-se em causa extintiva de obrigações.

Em linhas gerais, pode-se conceituar a transação como um contrato pelo qual as partes fazem acordos ou reconhecem direitos com o objetivo de extinguir ou prevenir eventuais litígios. No âmbito do Direito Público, a transação não se constitui como um método de concessão de direitos – o que num primeiro

43 DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 2017, p. 50-51

44 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2017, p.18

45 DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. I. 2017, p. 305

momento seria juridicamente inviável em face da indisponibilidade relativa do interesse público – mas sim como um meio célere e eficiente de solução de um conflito judicial ou administrativo⁴⁶.

Na realidade, a transação no Direito Público se revela como uma atitude positiva do Estado em satisfazer um interesse inequívoco de um cidadão, sem que ofereça embaraços processuais destinados à procrastinação da pretensão lastreada na invocação vazia da indisponibilidade e supremacia do interesse público.

Embora a teoria do instituto da transação tenha sido construída sob os moldes do direito privado, esse instituto jurídico, aplicado ao Direito Público, tem como núcleo a persecução do melhor interesse público como resultado.

Tradicionalmente, para a teoria civilista, só é possível transacionar aquilo que é disponível. No entanto, a indisponibilidade não implica necessariamente na impossibilidade de transacionar, pois ainda que a questão verse sobre interesse público, em algum aspecto, a depender do caso concreto, ela poderá ser negociada desde que não implique em renúncia aos princípios gerais da administração pública e nem aos direitos e garantias fundamentais⁴⁷.

Quanto à mediação e à conciliação, pode-se dizer que esses são meios procedimentais ou técnicas judiciais e extrajudiciais utilizados para se obter uma transação. A definição desses mecanismos está transcrita de maneira bem completa nos artigos 165 e 166 do CPC, onde estão conceituadas e estabelecidas as características básicas de cada instituto.

Tanto a mediação quanto a conciliação são mecanismos de autocomposição. Contudo, no primeiro tem-se a figura de um mediador que assume o papel de conduzir a audiência de maneira imparcial, sem tentar induzir a formalização do acordo, pois nesse caso a transação deve ser uma decisão exclusiva das partes envolvidas no litígio, cabendo ao mediador apenas a função de facilitar a comunicação entre as mesmas. Já na conciliação, tem-se a figura de um conciliador que terá a função, além de conduzir o procedimento, de buscar a transação, propondo medidas, convencendo as partes, etc.

O objetivo principal da conciliação é o de resolver o conflito, já a mediação tem o escopo de restaurar a comunicação entre as partes para que voltem a ter a capacidade de resolver por elas mesmas os próprios conflitos.

6. A ATUAL FASE METODOLÓGICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

No capítulo anterior, foi exposto que o processo civil contemporâneo vem sofrendo fortes influências do texto constitucional. Vivencia-se, portanto,

46 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

47 Id. *Ibidem*.

um momento em que se tem reconhecida a força normativa da Constituição, que passou a ser o principal veículo do sistema jurídico. Essa transformação do pensamento jurídico hodierno implicou numa mudança de paradigma, pois o modelo de Estado fundado na lei passou para um modelo pautado na Constituição⁴⁸.

No Código de Processo Civil de 2015, é possível notar uma nítida predominância de características da metodologia pós-positivista, pois em seu texto há pouquíssimas referências à expressão “lei”. Até o Ministério Público não é mais o fiscal da lei, mas sim da ordem jurídica.

Essa mudança de paradigma decorreu principalmente 1) do desenvolvimento da teoria dos princípios, que receberam eficácia normativa; 2) do reconhecimento da função jurisdicional como elemento essencial ao desenvolvimento do Direito e 3) da expansão e consagração dos direitos fundamentais, que impôs ao direito positivo um conteúdo ético mínimo⁴⁹.

Portanto, atualmente busca-se trabalhar com o ordenamento jurídico de maneira sistemática, ou seja, não é apenas a lei que importa, mas sim todo o plexo que forma a ordem jurídica. Por isso que o CPC de 2015 é pós-positivista, já que ele trabalha muito mais com o ordenamento jurídico do que com a lei.

Fredie Didier⁵⁰ prefere utilizar a terminologia neopositivista, vez que entende ser esse um processo de reconstrução do positivismo jurídico. Afirmar em suas lições que a terminologia “pós-positivismo” remete a uma era arcaica compreendida entre a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX.

Na prática, é possível afirmar que atualmente o sistema jurídico está vivenciando um novo momento do processo civil, no qual estão preservados conceitos e ganhos obtidos nas fases processualista e instrumentalista do processo. Parte da doutrina acredita tratar-se de uma nova fase processual e a denomina de neoprocessualismo⁵¹.

É importante destacar que o fenômeno da constitucionalização dos direitos e garantias processuais resultou, além de um ordenamento processual descodificado – baseado em um conjunto normativo sistemático –, em um distanciamento da conotação eminentemente privada, em que o processo deixa de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para realizar a justiça.

48 DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. I. 2017, p. 48

49 Id. *Ibidem*. p. 48-49

50 Op. cit. 2017, p. 52

51 DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 2017, p. 66

Portanto, resta clarividente que o objetivo dessa nova legislação processual civil é o de harmonizar os procedimentos às normas elencadas no texto constitucional, incorporando os princípios e as regras constitucionais à codificação processual.

7. A RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO DIREITO PÚBLICO

Ao administrador público está incumbida a missão de preservar e satisfazer o interesse público da maneira mais eficiente possível, isso sob a ótica da economicidade aliada à preservação dos direitos fundamentais individuais.

Portanto, perseguir o melhor interesse público é, sem sombra de dúvidas, verificar a melhor alternativa para atuação da administração pública quando da resolução dos conflitos com os administrados. No entanto, é possível admitir uma postura consensual da administração na resolução de tais conflitos? É aceitável que a administração se valha de instrumentos típicos de direito privado para solucionar consensualmente conflitos nas hipóteses em que o direito do cidadão é inequívoco?

É certo que, no âmbito do Direito Público, a transação não ocorre da mesma forma que no Direito Privado, tendo em vista as limitações, ainda que de forma relativa, decorrentes do interesse público indisponível e supremo.

Justamente por essa confusão é que por muito tempo prevaleceu o falso pensamento de que a Administração não poderia transacionar, pois representaria uma liberdade em relação a um interesse de que ela não poderia dispor⁵².

A regra sempre foi de que apenas os direitos disponíveis são transacionáveis, ainda que em uma parcela deles. No entanto, o novo CPC sequer utiliza em seu texto a expressão “indisponível” quando quer se referir a algo que não pode ser transacionado, até porque não se está diante de uma decorrência lógica necessária.

Na realidade, o CPC em seu art. 334, § 4º, inciso II preferiu se referir a direitos que não admitem autocomposição. Ou seja, a transação está condicionada à análise de cada caso concreto, inexistindo, pois, regra abstrata e absoluta.

O instrumento da transação é, portanto, um mecanismo colocado à disposição da Administração Pública para resolução de suas controvérsias administrativas, sempre com base numa ponderação dos interesses conflitantes⁵³.

52 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

53 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

Porém, é importante enfatizar que a transação pela Administração deve sempre ser precedida da demonstração fundamentada de que a solução consensual é a medida economicamente mais viável e/ou se destina à preservação de um direito fundamental inequívoco de um cidadão violado, cuja responsabilidade de preservar é do Estado.

A redução de litigiosidade e a garantia dos direitos fundamentais são objetivos perseguidos pela Constituição Federal de 1988, que em seu preâmbulo já expõe a sua intenção política. O CPC de 2015, já constitucionalizado, também consagrou o escopo da redução de litigiosidade. Em diversos de seus dispositivos buscou-se estimular a autocomposição, sendo o mais famoso deles a obrigatoriedade da citação para comparecimento à audiência de conciliação ou de mediação prévia ao oferecimento da contestação (art. 331).

O consensualismo, sempre quando é a medida mais eficiente, vem conquistando cada vez mais importância no âmbito do direito público. Essa busca à consensualidade, sem sombra de dúvidas, resulta numa Administração Pública flexível e, sobretudo, capaz de solucionar casos atípicos. Responde, em particular, ao que se espera de uma Administração moderna, aliada aos ditames do Estado Democrático de Direito que enxerga o cidadão como um titular de direitos⁵⁴.

Além disso, a escolha da via judicial para pleitear direitos em face da Administração Pública não inviabiliza, por si, a solução amigável do conflito. A Administração não é obrigada, pela simples existência do litígio, a deixar de reconhecer direitos que sejam realmente devidos⁵⁵.

Ademais, inexistente regra jurídica expressa que proíba a Administração Pública transacionar. Pelo contrário, o CPC de 2015 (art. 174) e a Lei Federal nº. 13.140/15 (art. 32) criaram e regulamentaram as câmaras administrativas para solução consensual de conflitos no âmbito da Administração Pública. Houve, portanto, um nítido fortalecimento da transação perante o poder público, após a publicação do novo CPC.

Ressalte-se que as Câmaras Administrativas não excluem outras formas de resoluções consensuais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes⁵⁶. Tanto é que o parágrafo único do art. 33 da invocada Lei n. 13.140/15 diz que “a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos”.

54 MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. *A Lógica do Consenso na Administração Pública Contemporânea em face do Paradigma do Resultado*. 2005.

55 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

56 LUSTOZA, Helton Kramer. *Advocacia Pública em Ação*. 2017, p.444

8. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TRANSACIONAR

Conforme já abordado, a compreensão inicialmente defendida por parcela da doutrina no sentido da impossibilidade de transação quando o litígio envolver direitos indisponíveis está sendo superada, tendo o CPC de 2015 contribuído significativamente para essa mudança. Sob a luz de vários princípios constitucionalmente consagrados, percebeu-se que o acordo administrativo, em diversas situações, é um instrumento legítimo e eficaz para preservação de direitos.

É certo que a transação no âmbito do direito público não comporta renúncia a direitos, mas tão somente confere a solução da controvérsia de forma mais rápida para o cidadão⁵⁷. Se a ordem jurídica dispõe que alguém tem um direito em face da Administração, não pode ela fazer outra coisa senão o satisfazer, sob pena de violá-la, pois que, por princípio constitucional, tem a obrigação de observar.

Ao passo em que é vedada ao Estado a renúncia de direito, ao mesmo tempo lhe é garantida a possibilidade de, no curso de um processo judicial, reconhecer que está errado e assim promover a autocomposição da lide, dispensando-se, nesse caso, a decisão judicial de mérito⁵⁸.

Após esse alinhamento de entendimentos, tendo ficado esclarecido que não há qualquer oposição entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e o instituto da transação, passa-se a expor breves comentários a respeito da independência de previsão legal para o Estado transacionar.

Como já dito, após o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, o princípio da legalidade cedeu espaço à juridicidade administrativa, que consiste na ideia de um Direito Administrativo flexibilizado e tendencioso às garantias constitucionais fundamentais. Tal fato implica necessariamente no conceito moderno de que a atividade administrativa é exigível independentemente de previsão legal. Ora, a forma de atuação da Administração Pública, seja ela imperativa ou consensual, não se encontra predeterminada no ordenamento⁵⁹.

Assim, ao tempo em que a transação é um dever da Administração Pública de reconhecer e satisfazer consensualmente o direito do cidadão que foi por ela injustamente violado, a sua formalização dependerá de prévia justificativa fundamentada na eficácia administrativa ou na preservação de direito fundamental.

57 TALAMINI, Eduardo. *A (In) Disponibilidade do Interesse Público: Consequências Processuais (Composições em Juízo, Prerrogativas Processuais, Arbitragem e Ação Monitória)*. 2004, p. 16.

58 Id. *Ibidem*. p. 08

59 FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e Princípios Fundamentais*. 2013, p. 29

Tal dever estatal decorre justamente do princípio da juridicidade, uma vez que se há uma lei, norma constitucional ou fonte do direito outra que assegure inequivocamente o direito desse cidadão, a consequente reparação é uma decorrência lógica. Portanto, leis que expressamente autorizam a Administração Pública transacionar em determinados casos, apenas estão dizendo que para tais casos deve ser respeitado o princípio da legalidade⁶⁰.

Acresce que o agente administrativo tem cada vez mais a responsabilidade funcional de perseguir os fins do Estado de promoção de políticas públicas, não podendo estar limitado à mera legalidade formal em desconsideração às orientações da Constituição Federal, ficando evidente que as possibilidades de acordos não se limitam aos casos de edição de leis ou mesmo de súmulas administrativas⁶¹.

Além disso, não é possível conceber a ideia de que o Estado somente possa realizar atos ou medidas que a lei ordene, pois, se assim o fosse, o significado geral do princípio da legalidade paralisaria a Administração porque seria necessário um comando geral específico para cada ato ou medida editada, tornando-a inviável⁶².

“Nesse enfoque, a legalidade a que a Administração está vinculada é aquela que deflui do sistema jurídico do Estado de Democrático de Direito, feita a partir de uma interpretação conforme a Constituição”⁶³.

Revelar-se-ia um demasiado contrassenso admitir que a Administração Pública somente poderia transacionar em hipóteses específicas trazidas pelo legislador ordinário, quando neste estudo defende-se a análise concretista dos direitos envolvidos em determinado conflito de maneira a restarem afastadas as soluções de caráter abstrato e genérico.

Portanto, o princípio da legalidade não constitui óbice à atuação consensual administrativa, uma vez que o anseio da sociedade moderna é de uma Administração Pública eficiente e democrática, garantidora dos direitos fundamentais dos indivíduos que a compõem.

Dessa forma, a autoridade administrativa é competente para decidir se deve realizar a transação ou não, independentemente de autorização legislativa, bastando apenas estar evidenciado que a solução consensual é o meio mais eficaz para o atendimento otimizado do interesse público⁶⁴.

60 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014

61 GAZDA, Emmerson. *Administração Pública em juízo: Poder-Dever de Transigir*. 2006

62 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 2013, p. 139-140

63 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014

64 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014

9. O PODER-DEVER DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TRANSGIR E A FUNÇÃO DO ADVOGADO QUE ATUA COM O DIREITO PÚBLICO

Como dito anteriormente, a própria Constituição Federal de 1988 trouxe em seu preâmbulo o compromisso com a implantação de um Estado Democrático e com a redução de litígios por meio da resolução consensual das controvérsias, sendo certo que essa redução envolve os litígios entre os integrantes do Estado e desses contra o Estado, na medida em que dizem respeito diretamente à vida das pessoas.

As atuais diretrizes do Direito Administrativo brasileiro são exatamente no sentido de ampliar as possibilidades de transação por parte da Administração, impondo ao agente público a obrigação de motivar os casos em que seja recusado ao administrado-cidadão a possibilidade de uma solução pacífica para a controvérsia⁶⁵.

A doutrina processualista também elenca a pacificação social como sendo um dos escopos da jurisdição. A transação, nesse aspecto, dentre todas as formas de se resolver um conflito é a que mais se aproxima desse objetivo, uma vez que, por meio dos citados mecanismos, as próprias partes estabelecem livremente os termos e as condições para a solução da demanda.

O CPC de 2015 em seu artigo 139, inciso V previu como obrigação do magistrado a promoção da autocomposição em qualquer fase do processo. Além disso, determinou como obrigatória a citação para comparecimento das partes à audiência de conciliação prévia ao oferecimento da contestação.

Dessa forma, é possível afirmar que o poder-dever da administração pública transacionar decorre, em primeiro lugar, da preservação do melhor interesse público e, em segundo, do princípio constitucional da legalidade, o qual impõe a sua submissão aos parâmetros da lei que, por sua vez, indica o dever de transacionar quando identificada a inexistência de razão num conflito específico⁶⁶.

No Brasil, tal princípio tem assento constitucional, também no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que determina à Administração o respeito ao princípio da moralidade administrativa, razão pela qual qualquer postura desleal da Administração Pública consistirá numa reprovação qualificada⁶⁷. Portanto, se a Administração constata que a posição jurídica do particular é

65 GAZDA, Emmerson. *Administração Pública em juízo: Poder-Dever de Transgir*. 2006

66 TALAMINI, Eduardo. *A (In) Disponibilidade do Interesse Público: Consequências Processuais (Composições em Juízo, Prerrogativas Processuais, Arbitragem e Ação Monitoria)*. 2004 p. 3-4

67 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014

correta, não lhe é permitido valer-se de artifícios ou subterfúgios para subtrair-se ao cumprimento do dever dali extraível.

Nesse contexto de busca pela consensualidade e ponderação de interesses, a figura do advogado que atua com o Direito Público ganha notória relevância, incentivada inclusive pelo CPC de 2015.

Contudo, especificamente no tocante à utilização de métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito do Direito Público, dentre os quais se insere a transação, é praticamente inevitável fugir do debate de temas controvertidos que ainda despontam discussões acaloradas.

Ainda que o cenário jurídico administrativo/processual tenha sofrido importantes e recentes mudanças, a jurisprudência é cautelosa em aceitar acordos no âmbito da Administração Pública, tendo o STF inclusive imputado responsabilidade a um procurador público – apurado em processo administrativo disciplinar – por ter ele realizado acordos extrajudiciais em reclamações trabalhistas, manifestando-se nos seguintes termos⁶⁸:

“No ponto, verificou-se que a autoridade coatora informara que a condenação em comento não teria se fundado apenas na emissão do citado parecer, mas em diversas condutas comissivas e omissivas do então impetrante que teria contribuído para o pagamento de acordos extrajudiciais danos à União e sem respaldo legal. Assim, afirmou-se haver divergência entre a arguição do recorrente e da autoridade coatora, a demandar análise fático-probatória, inviável no caso”. (STF – MS 27867 AgR/DF, rel. Min.Dias Toffoli, 18.9.12).

Trata-se de infeliz precedente da Corte Constitucional brasileira que acaba condicionando, mediante um conceito jurídico ultrapassado, a transação administrativa à existência de previsão legal da possibilidade em específico.

Ainda que no caso concreto do referido acórdão inexistisse fundamento jurídico hábil a garantir respaldo à realização dos respectivos acordos extrajudiciais, considerando que se deve estar evidenciada a perseguição do melhor interesse público, a possibilidade de transacionar decorre da própria ordem jurídica contemporânea, independentemente de previsão legal expressa e específica. Ou seja, a análise deveria ter se restringido à existência de motivos capazes de justificar a solução administrativa consensual.

Quanto à atuação judicial, é importante destacar a responsabilidade profissional do advogado público, pois no seu *modus operandi* deve prevalecer

68 LUSTOZA, Helton Kramer. *Advocacia Pública em Ação*. 2017, p.445

a ponderação de interesses, quando da análise dos casos concretos. Constatado o erro da Administração Pública, deve o advogado público buscar a resolução consensual do conflito ao invés de interpor medidas procrastinatórias do andamento do feito.

10. CONCLUSÃO

O Estado, na figura de um Monarca, assim como a administração pública, na qualidade de aparelho estatal, ao longo da história, se mantiveram autônomos e distantes dos cidadãos. Tinha-se, portanto, uma relação verticalizada, em que prevalecia a vontade do rei.

Nessa época, a dogmática da disciplina destinada a submeter as atividades da Administração Pública à lei foi construída sobre a ideia central de que o interesse público é próprio da pessoa estatal, externo e contraposto ao dos cidadãos. Contudo, fatores como a queda da monarquia e o estopim da Revolução Francesa contribuíram para uma radical mudança na forma de esses três indivíduos se relacionarem, fato que se efetivou por meio de um processo de horizontalização dos direitos.

A partir desse ponto, desenvolveu-se um Direito Administrativo influenciado pelos novos anseios da sociedade moderna, a qual começou a exigir que o Estado atuasse positivamente em prol da garantia dos direitos individuais fundamentais.

Nesse cenário, a Constituição traça os preceitos basilares de desempenho da Administração Pública ao mesmo tempo em que determina sua democratização, para que o administrador público, à luz dos comandos constitucionais, persiga o melhor interesse público, mediante uma solução concertada com o administrado, tanto com o objetivo de prevenir, quanto para por fim às controvérsias.

Influenciado pelo texto constitucional, no ano de 2015, adveio o novo Código de Processo Civil, que por meio de uma proposta neopositivista, buscando em seu próprio texto assegurar os direitos fundamentais, trouxe em destaque a autocomposição estimulada através de vários mecanismos, dentre eles as câmaras administrativas destinadas à resolução consensual dos conflitos entre a Administração Pública e os particulares.

Portanto, a solução consensual das controvérsias no âmbito da Administração Pública não é só juridicamente possível, como também foi um desejo concretizado pelo novo ordenamento constitucional/processual. Contudo, essa nova ordem processual, estimulada pela busca à consensualidade, com repercussões inclusive no Direito Público, causou diversas discussões no

âmbito doutrinário, uma vez que a figura do interesse público absolutamente supremo e indisponível ainda não foi desconstruída no ordenamento jurídico brasileiro.

Admitir a possibilidade de a Administração Pública transacionar, inclusive sobre direitos indisponíveis, não é pacífico na doutrina e na jurisprudência, além de violar os ideais de um posicionamento tradicional. Porém, os ideais de supremacia e indisponibilidade do interesse público devem ser flexibilizados quando, diante de um caso específico, se deseje assegurar um direito fundamental de um cidadão violado pelo Estado ou até quando a transação se revelar na medida mais eficiente para a consecução do próprio interesse público.

A impossibilidade de transacionar não é uma decorrência lógica da indisponibilidade de um interesse. Tanto é que o novo CPC não tratou o direito indisponível como necessariamente aquele em que a autocomposição é inviável. Pelo contrário, a análise da inviabilidade da autocomposição deve sempre estar restrita a cada caso concreto.

Assim, chegam-se às linhas finais deste estudo com o entendimento de que é a ponderação de princípios, bens e valores constitucionais que deverá nortear a resolução de eventuais conflitos entre Administração e cidadãos. Deve-se buscar a solução que estabeleça o equilíbrio e proteja dos interesses legítimos envolvidos em cada caso concreto, com o auxílio da advocacia pública e livre de critérios abstratos e genéricos pautados na indisponibilidade e supremacia absolutistas do interesse público.

É a satisfação das necessidades coletivas que determinará a adoção da melhor solução possível como resposta ao dever de boa administração do Estado, com eficiência e economicidade.

Destaque-se ainda, a título de conclusão, que a Administração não depende de autorização legislativa prévia para atuar de forma consensual. Até porque é seu dever transigir, quando viável sob a égide da eficiência administrativa. A mera observância da lei pelo simples método da subsunção não mais atende aos reclamos de uma sociedade plural e heterogênea como a nossa, razão pela qual a técnica da ponderação de valores no caso concreto, diante da releitura dos princípios constitucionais administrativos, é a solução mais adequada ao melhor interesse público.

Em linhas gerais, cabe à Administração Pública analisar os aspectos jurídicos e valorar cada caso, a fim de verificar a melhor solução a ser dada. Obviamente que a formalização da transação, quando se tem interesse público em discussão, depende da demonstração da viabilidade técnica, econômica e jurídica para ser efetivada.

Nessa situação, quando a Administração optar por transacionar, em que as partes põem fim a um litígio, ela não está transigindo com o interesse público, e sim atuando em conformidade com o princípio da proporcionalidade que reclama uma atuação administrativa adequada, ajustada nos meios aos fins de interesse público.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ARAGÃO, Alexandro Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. V. I. 19ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e Princípios Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GAZDA, Emmerson. **Administração Pública em Juízo: Poder-Dever de Transigir**. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, v. 23, nº. 83, p.131-158, jan/mar 2006. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao010/>>

emmer__gazda.htm> Acesso em: 05 nov. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Advocacia Pública em Ação: Atuação na Prática Judicial e Extrajudicial**. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8ª ed. Niterói: Impetus, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. **A Lógica do Consenso na Administração Pública Contemporânea em face do Paradigma do Resultado**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585>. Acesso em: 24 out. 2017

OLIVEIRA FILHO, Renato Henrique Barbosa de; CORNÉLIO, Fernanda Marques. **Defensoria Pública, Legitimidade para Ação Civil Pública e Direitos Difusos**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3670, 19 jul. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24970>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

SCHREIBER, Rafael. **Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público, Sem Lei Prévia**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4122, 14 out. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29917>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

TALAMINI, Eduardo. **A (In) Disponibilidade do Interesse Público: Consequências Processuais (Composições em Juízo, Prerrogativas Processuais, Arbitragem e Ação Monitória)**. Academia.edu, 2004. Disponível em: <https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_publico_consequencias_processuais>. Acesso em: 06 nov. 2017.