O papel do princípio da indisponibilidade do interesse público na administração pública consensual*

The role of the principle of unavailability of the public interest in the consensual public administration

*Luzardo Faria***

RESUMO

A consensualidade já se firmou como uma realidade inquestionável do direito administrativo brasileiro contemporâneo. Nesse contexto, porém, verificam-se, na doutrina, na atividade administrativa e na prática forense, discussões a respeito de uma suposta incompatibilidade entre os instrumentos consensuais da administração pública e o tradicional

* Artigo recebido em 28 de janeiro de 2020 e aprovado em 2 de abril de 2020. DOI: https://doi.org/10.12660/rda.v281.2022.88324.

** Doutorando em direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Curso de Graduação em Direito da UniOpet e do Curso de Especialização em Licitações e Contratos Administrativos da PUC-PR. Editor-adjunto da *Revista de Investigações Constitucionais*. Membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo e do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro. Advogado. E-mail: farialuzardo@hotmail.com.

princípio da indisponibilidade do interesse público. O presente artigo objetiva analisar qual é o papel que ainda pode ser exercido pelo princípio da indisponibilidade no paradigma da administração pública consensual. Após identificar o que se considera falhas cometidas pelos dois lados deste polarizado debate, objetiva-se demonstrar por que o interesse público pode ser atingido por meio de pactos consensuais da administração pública com particulares e também como essas relações devem ser firmadas para que sejam válidas de acordo com o referido princípio. Ao final, conclui-se pela existência de seis parâmetros de validade que devem ser observados pelas decisões administrativas consensuais: legalidade, isonomia, publicidade, motivação, moralidade e segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE

indisponibilidade — interesse público — consensualidade — administração pública consensual — acordos

ABSTRACT

Consensuality is already established as an unquestionable reality in Brazilian Administrative Law. In this context, however, there is, in the legal theory, in the public administration activity and in the legal practice fields, discussions about a supposed incompatibility between the consensual tools used by the public administration and the traditional principle of the unavailability of the public interest. The present article aims to analyze what role can still be played by the principle of unavailability in the consensual Public Administration paradigm. After identifying what are considered failures committed by both sides of this polarized debate, the objective is to demonstrate why the public interest can be reached through consensual agreements between the Public Administration and private individuals and also how these relations must be signed in order to be valid in accordance with that principle. In the end, it is concluded that there are six parameters of validity that must be observed by consensual administrative decisions: legality, isonomy, publicity, motivation, morality and legal certainty.

KEYWORDS

unavailability — public interest — consensuality — consensual public administration — agreements

1. Introdução

O fenômeno da consensualização da atividade administrativa é uma das principais novidades que estão recepcionadas pelo direito administrativo brasileiro nos últimos anos. A internalização da lógica consensual na administração pública, porém, não é um processo simples.

Conforme lembra Floriano de Azevedo Marques Neto, existe uma "herança, forte entre nós, de desconfiar sempre do envolvimento dos particulares em qualquer atividade que promova as necessidades coletivas".[1] E, por conta disso, o princípio da indisponibilidade do interesse público é elevado ao patamar central dos debates relacionados com a consensualização do direito administrativo.

Com efeito, há um reconhecimento na doutrina de que a discussão sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público nas tentativas de resolução consensual dos conflitos envolvendo a administração pública é "uma importante questão que está na ordem do dia da atualidade brasileira".[2]

Nesse sentido, há quem defenda ser "possível interpretar que, segundo o princípio da indisponibilidade do interesse público, à administração pública seria defeso adotar instrumentos consensuais para satisfação das finalidades públicas". Inclusive, "nos textos que versam sobre a consensualidade é comum verificar um item destinado à análise do princípio da indisponibilidade, quando não o artigo inteiro se volta ao estudo do referido princípio à luz da consensualidade".[3]

Assim, o presente trabalho se destina a analisar os impactos da incidência do princípio da indisponibilidade do interesse público nas relações consensuais da administração pública, com foco em demonstrar não apenas *por que* o interesse público pode ser atingido por meio de pactos consensuais da administração pública com particulares (e assim restar observado o princípio

---

1 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

2 GABARDO, Emerson; VALLE, Vivian Cristina Lima López; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. Il diritto amministrativo brasiliano: aspetti attuali del controllo della pubblica amministrazione. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 4, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2017. p. 64.

3 PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 174-175.

da indisponibilidade), mas também *como* essas relações devem ser firmadas para que sejam válidas de acordo com o referido princípio.

Para tanto, inicialmente serão expostas as críticas que mais comumente se realizam nessa discussão — tanto aquelas que, baseadas na indisponibilidade, defendem posturas refratárias à consensualização, como aquelas que, em prol do consenso, advogam pelo abandono da noção de indisponibilidade, por considerá-la incompatível com esse novo paradigma do direito administrativo. Com isso, será possível demonstrar que ambas partem de equivocadas compreensões de interesse público (além de, em alguns casos, pura aversão ao consensualismo ou à indisponibilidade).

Na sequência, será demonstrado como é possível harmonizar o princípio da indisponibilidade do interesse público com a lógica consensual dos atos administrativos negociais, buscando apontar alguns parâmetros que devem ser observados para que as decisões administrativas consensuais possam ser consideradas válidas à luz da indisponibilidade.

Do ponto de vista metodológico, o artigo utiliza-se de pesquisa bibliográfica (com foco na doutrina nacional contemporânea, mas também contando com contribuições de autores clássicos e estrangeiros do direito administrativo) e tem por objetivo *descrever* o debate acerca da aplicação do princípio da indisponibilidade na era da administração pública consensual, bem como *propor* de que forma esta aplicação deve ser realizada. O *problema* que impulsiona a pesquisa é a percepção de que boa parte da doutrina costuma classificar o princípio da indisponibilidade e o fenômeno da consensualização como fatores inconciliáveis, sendo que a *hipótese* que se busca comprovar é, exatamente no sentido oposto, a de que, observados determinados parâmetros, o interesse público pode ser atendido por meio de instrumentos administrativos consensuais.

2. Primeira corrente: a indisponibilidade do interesse público como valor central do regime jurídico-administrativo e a repulsa à consensualidade

A doutrina administrativista brasileira tradicionalmente defende que o princípio da indisponibilidade do interesse público constitui-se como norma fundamental do regime jurídico-administrativo. Por força de tal princípio, a vinculação da atividade administrativa ao interesse público é perene, o que faz com que as únicas margens de tomada de decisão que o ordenamento

confere aos agentes públicos devam ser utilizadas somente como ferramenta para possibilitar a escolha, no caso concreto, da medida que melhor irá concretizar o interesse público em comento.

É comum, contudo, encontrar leituras mais "rasas" da indisponibilidade, que supostamente impediriam a administração pública de realizar acordos com particulares. Entende-se, nesse sentido, que o administrador é mero *gestor* do interesse público e que, portanto, não lhe sendo próprio o interesse, não pode dele se apropriar, renunciar ou desviar.[4]

O que se percebe é que as críticas de que o princípio da indisponibilidade realmente impediria a realização de acordos por parte da administração parecem no fundo se utilizar de uma visão que encara a relação entre interesses públicos e privados como absolutamente independentes entre si. A justificativa estaria na aceitação de que o interesse público é colhido apenas a partir da coletividade em si mesmo considerada, a qual seria uma entidade autônoma (normalmente personalizada na figura do Estado) em relação aos indivíduos.[5] Trata-se da (falsa) compreensão de que a administração não pode atender interesses individuais, a qual leva o leitor à (igualmente falsa) conclusão de que a indisponibilidade do interesse público seria barreira intransponível à realização de acordos administrativos.

Essa forma de encarar a relação entre a noção de indisponibilidade e o fenômeno da consensualização é quase que um *senso-comum* no direito administrativo brasileiro. É difícil encontrar trabalhos acadêmicos que se destinem de maneira mais aprofundada a estudar esses temas e que concluam por essa vedação.

Há, evidentemente, exceções. Mas mesmo em textos científicos bem elaborados é possível identificar posicionamentos no sentido de que permitir a ocorrência dos atos administrativos consensuais é arriscar ver a "*res publica* ser progressivamente substituída pelas formas difusas de uma cidadania privada".[6] É, em sentido geral, a linha também seguida por Ricardo Marcondes

---

4 FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69.

5 NIETO, Alejandro. La administración sirve con objetividad los intereses generales. In: BAQUER, Sebastián Martin-Retorillo (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española*: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Madri: Civitas, 1991. v. 3; HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 74-75.

6 GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat*. Paris: Presses de Sciences Po, 1999. p. 216-217 apud ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 349.

Martins, que, analisando especificamente a questão da possibilidade de resolução de conflitos decorrentes de contratos administrativos pela via arbitral, afirma que "a teoria que sustenta a possibilidade da utilização da arbitragem pela Administração para os interesses disponíveis desta deve ser rechaçada porque a Administração, conceitualmente, não possui interesses disponíveis".[7]

Entretanto, muito mais do que em defesas doutrinárias, a repercussão desse pensamento é sentida principalmente na atividade administrativa e na prática forense.

Tanto em processos administrativos como em processos judiciais, é absolutamente corriqueiro deparar-se com manifestações de que a administração não pode reconhecer amigavelmente a procedência da pretensão que contra ela é veiculada em razão da incidência do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Prova disso é o fato de que o art. 334 do Código de Processo Civil — o qual prevê, de maneira original em relação às legislações anteriores, a necessidade de realização de uma audiência prévia de conciliação ou mediação, antes mesmo da apresentação de contestação por parte do réu — tornou-se letra morta nas ações judiciais envolvendo a Fazenda Pública. A regra geral para o poder público é inversa. Ao receber a petição inicial de alguma ação movida contra o Estado, o mais comum é que o magistrado responsável pela causa expressamente reconheça que deixa de aplicar tal disposição por ela ser incabível nas ações envolvendo a Fazenda Pública, vez que "o interesse público é indisponível".

Ainda que não haja pesquisa empírica nesse sentido, diversas são as constatações em âmbito doutrinário do fato de que na prática o princípio da indisponibilidade acaba frequentemente sendo utilizado como empecilho à realização de acordos pela administração.

Juliana Bonacorsi de Palma afirma que "corriqueiramente o princípio [da indisponibilidade do interesse público] é apresentado como óbice à celebração de acordos administrativos pela Administração Pública".[8] Odete Medauar também conclui que "muitas vezes se alega a 'indisponibilidade' como

---

[7] MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Interesse Público — IP*, Porto Alegre, ano 12, n. 63, p. 5, nov./dez. 2010. Disponível em: https://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3fpdiCntd%3d70916&pdiCntd=70916. Acesso em: 9 out. 2016.

[8] Juliana Bonacorsi de Palma, *Sanção e Acordo na Administração Pública*, op. cit., p. 59.

barreira para as práticas consensuais na Administração".[9] A mesma anotação é feita por Onofre Alves Batista Júnior, que reconhece que, "pelo menos sob ponto de vista mais tradicional, as formas consensuais são vistas como alternativas inadequadas à atuação estatal a ser desenvolvida por mecanismos autoritários, uma vez que os interesses públicos são indisponíveis".[10] E, nessa mesma linha, Diogo de Figueiredo Moreira Neto critica o fato de que a indisponibilidade do interesse público, "mais do que uma noção orientadora de uma das modalidades de atuação do Poder Público no cumprimento de sua destinação administrativa, consolidou-se […] em um intransponível obstáculo à admissibilidade de qualquer negociação entre Poder Público e cidadãos".[11]

3. Segunda corrente: a consensualidade como nova realidade do direito administrativo e a aversão ao princípio da indisponibilidade do interesse público

Por outro lado, há quem, a partir de questionamentos a essas opiniões críticas à realização de acordos baseados no princípio da indisponibilidade, opte por tomar o caminho inverso: o de abandonar a utilização do referido princípio, tido, nessa lógica, como um "conservadorismo dogmático".[12]

No entendimento de Odete Medauar,[13] o princípio da indisponibilidade "constitui *fórmula vaga*, com ausência de sentido preciso", além do que seria "tautológico afirmar que na atividade administrativa os bens e os interesses não estão à livre disposição dos agentes públicos".

Para a autora, alegar a indisponibilidade como uma barreira às práticas consensuais da administração pública representa "negação da realidade e visão desatualizada", de modo que o fato de que "hoje reinam várias práticas

---

9 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 378.

10 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. p. 509.

11 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003. p. 138.

12 BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. *A consensualidade e a administração pública em juízo*. Dissertação (mestrado) — Mestrado Profissional em Poder Judiciário, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2009. p. 66.

13 Odete Medauar, *Direito administrativo em evolução*, op. cit., p. 378-379.

consensuais na atividade administrativa (acordos, negociação, conciliação, mediação, arbitragem, etc.) até mesmo na esfera sancionadora (termo de ajustamento de conduta, compromisso de cessação, etc.)" é visto como um indicativo de que inexiste no direito administrativo brasileiro um princípio que demande a indisponibilidade do interesse público.

Em linha semelhante, deixando clara sua posição de contrariedade ao princípio de indisponibilidade, Juliana Bonacorsi de Palma expõe que "restringir a celebração de acordos administrativos pela invocação da indisponibilidade do interesse público mostra-se, assim, um *descompasso*", sendo que "o principal fundamento para tanto consiste na ausência de previsão normativa do princípio, seja para dispor sobre sua conceituação jurídica, seja para obrigar a Administração Pública a se vincular ao princípio da indisponibilidade".[14] Na sequência, a autora mais uma vez registra que "a *imprecisão conceitual* do princípio reforça a dificuldade prática em ser aplicado, corroborando a impossibilidade de o princípio em comento ser colocado como um impeditivo à atuação administrativa consensual".[15] Para Palma, portanto, "a indisponibilidade do interesse público não constitui óbice à celebração de acordos substitutivos de sanção porque também este princípio corresponde a uma *construção teórica sem adequada metodologia de aplicação*".[16]

Carlos Alberto de Salles, estudando o tema da arbitragem envolvendo a administração pública, é outro autor que critica o que chama de "expansão indiscriminada da indisponibilidade do interesse público" a todas as relações jurídicas estabelecidas pela administração pública e, principalmente, como isso passa a ser visto como uma suposta barreira à realização de acordos por parte do poder público.[17]

Critica-se, ademais, o suposto fato de que a indisponibilidade "leva, necessariamente, a um *engessamento da atuação administrativa*, ao impedir que ela alcance as finalidades públicas e corresponda aos anseios dos cidadãos".[18] Desse modo, defende-se que ao menos a indisponibilidade deve ser *mitigada* — quando não completamente abandonada — a fim de que os acordos administrativos possam ser realizados de modo válido.[19]

---

[14] Juliana Bonacorsi de Palma, *Sanção e acordo na Administração Pública*, op. cit., p. 177.
[15] Ibid., p. 178.
[16] Ibid., p. 278.
[17] SALLES, Carlos Alberto de. *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*. Tese (livre docência) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 410.
[18] Marcella Araújo da Nova Brandão, *A consensualidade e a administração pública em juízo*, op. cit., p. 71.
[19] "Mas devemos atentar para um detalhe importante: a indisponibilidade do bem público não foi deixada de lado com tais medidas, somente mitigada em parte para possibilitar à

Por fim, também se poderia citar como representativa dessa corrente a opinião de Marçal Justen Filho, o qual entende que, assim como a supremacia, o princípio da indisponibilidade do interesse público "não permite resolver de modo satisfatório os conflitos, nem fornece um fundamento consistente para as decisões administrativas". E, por essa razão, defende que a indisponibilidade não seja mais utilizada como critério para averiguar a validade dos atos administrativos.[20]

4. Os equívocos conceituais frequentemente cometidos pelas duas correntes

Com a devida vênia aos respeitados professores citados anteriormente, entende-se que ambas as correntes apresentadas fundamentam-se em concepções equivocadas. Com efeito, as críticas — tanto daqueles que defendem o princípio da indisponibilidade e assim repudiam a consensualização como daqueles que desconsideram a indisponibilidade em nome da consensualização — parecem partir de um equivocado conceito de interesse público (e, consequentemente, de sua indisponibilidade pela administração).

Assiste razão, nesse sentido, a Romeu Felipe Bacellar Filho quando reconhece o administrativista que o problema exposto decorre, na prática, muitas vezes de uma questão conceitual. É que, apegados a uma "visão cega e apoucada da acepção jurídica de 'interesse público', alguns pensam que, por meio de atos administrativos consensuais, a Administração estaria concretizando um interesse privado, quando na realidade é o próprio interesse público que está a preponderar".[21]

---

administração pública a redução de suas demandas ou, ainda, a diminuição de seus gastos por um melhor controle de suas contas, evitando-se o prolongamento de demandas que somente representarão maiores ônus para o ente e, consequentemente, para toda a sociedade." ESTEVES, Mauricio Cramer. Da possibilidade e dos limites da transação em processos judiciais por parte do poder público municipal. *Interesse Público — IP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 38, jul./ago. 2006. Disponível em: https://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=49054. Em sentido semelhante: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 111.

20 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 154.

21 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público*: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 112.

Celso Antônio Bandeira de Mello, responsável pela mais difundida teoria do interesse público no direito administrativo brasileiro, reconhece em sua obra que é quase instintivo que, ao se pensar em interesse público, contraponha-se a essa noção a categoria de interesse individual.[22]

Dois esclarecimentos são capazes de afastar essa errônea percepção.

(i) O primeiro é o de que *interesses individuais juridicamente tutelados no ordenamento também compõem o interesse público*, de modo que "a proteção do interesse privado, nos termos em que estiver disposto no sistema normativo, é também um interesse público a ser fielmente resguardado".[23]

No direito administrativo contemporâneo não há mais espaço para concepções de que a administração pública não poderia tutelar interesses individuais.[24] Deve-se ter em mente que "não há interesse público que não reflita interesse privado", do mesmo modo que "não há interesse privado, juridicamente protegido, que não seja público". No fundo, "ambos têm a mesma natureza elementar",[25] que é a sua previsão no ordenamento jurídico positivo.

Isso fica ainda mais claro no cenário atual pelo qual está passando o direito administrativo brasileiro — e o direito como um todo, a bem da verdade. Nesse contexto social em que o interesse público não é mais aferível como uma unicidade, havendo, na sociedade contemporânea, diversos interesses públicos heterogêneos e conflitantes entre si, a administração pública também deixa de ser a responsável exclusiva por sua perseguição. Dada a pluralidade de interesses públicos existentes, a sociedade civil é chamada para

---

[22] Ocorre, nesse ponto, "um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo, propiciando-se a errônea suposição de que se trata de um interesse a *se stante*, autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo." MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 59-60.

[23] MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: Thiago Marrara, *Princípios de direito administrativo*, op. cit., p. 454.

[24] Apurando ser impossível que um dado interesse tido como público se choque com os interesses de todos os membros da sociedade — ainda que, por outro lado, seja possível a contraposição daquele a algum determinado interesse individual —, Celso Antônio Bandeira de Mello conclui que existe "uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais". Segundo Bandeira de Mello, essa constatação "enseja mais facilmente desmascarar o mito de que interesses qualificados como públicos são insuscetíveis de serem defendidos por particulares". Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 60. Por outro ponto de vista, também é possível afirmar que, a partir dessa lógica, o Estado também está autorizado a consagrar interesses defendidos por particulares, visto que, em muitas situações, eles corresponderão ao que o ordenamento jurídico considera ser o interesse da própria coletividade (sendo apenas nessas situações, obviamente, que a administração estaria autorizada a perseguir os interesses individuais).

[25] HAEBERLIN, Mártin. *Uma teoria do interesse público*: fundamentos do estado meritocrático de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 204.

compartilhar com a administração pública a tarefa de garantir a concretização de tais objetivos.[26]

O papel da administração ainda deve ser prioritário, pois é a ela que a Constituição atribui como dever precípuo a realização de tarefas de interesse público.[27] No entanto, isso não descarta a participação da iniciativa privada ou de entidades do terceiro setor como auxiliares nessa empreitada. Seria um grave equívoco supor que a simples participação do particular na formação da decisão administrativa representaria a substituição do atendimento, por esta decisão, do interesse público pelo interesse privado.[28]

O objetivo natural das atividades empreendidas pela iniciativa privada é, em regra, a busca de lucro. Também há situações em que particulares desempenham determinadas atividades não intencionando o ganho de um lucro econômico propriamente dito, mas ainda assim movido pela busca de algum tipo de ganho pessoal, algo que o realize como indivíduo ou que concretize seus ideais de vida. Em ambos os casos, é possível que haja uma identificação entre o fim "egoístico" perseguido pelos particulares e o interesse geral da coletividade. Isso, por óbvio, não extingue a característica *individualista* da atividade particular, mas permite que a administração pública, muito embora seja ente que atue sempre e necessariamente em prol do bem *comum*, opere em parceria com aquele, para que juntos ambos possam atingir de maneira mais eficiente a finalidade que objetivam.

É certo, portanto, que o Estado não é o único titular do interesse público. Existem outros sujeitos, inclusive os particulares, que podem ostentar interesses tidos como públicos. E aqui não se está se referindo apenas a casos de delegação de atividades públicas à iniciativa privada,[29] mas a interesses propriamente individuais, titularizados por agentes privados, que, entretanto, possuem uma dimensão pública, coincidindo com o interesse geral da coletividade.

(ii) O segundo esclarecimento é o de que *o interesse público a ser tutelado pela administração pública não se confunde com o interesse próprio e individual do Estado como pessoa jurídica*.

---

[26] Odete Medauar, *Direito administrativo em evolução*, op. cit., p. 235.

[27] Floriano de Azevedo Marques Neto afirma que, "diante do colapso da noção singular e monolítica de interesse público, a função de composição e conciliação entre os diversos interesses caberá sempre à esfera pública". MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 165.

[28] CARDOSO, David Pereira. *Os acordos substitutivos de sanção administrativa*. Dissertação (mestrado em direito) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 72.

[29] MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor. In: Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem, *Direito administrativo e interesse público*, op. cit., p. 29.

Essa constatação já é há muito conhecida e difundida na doutrina, explicada principalmente a partir da teoria de Renato Alessi sobre os interesses primários e secundários da administração. Embora o Estado, como pessoa jurídica, também ostente interesses que lhe são particulares, isso não significa que tais interesses sejam necessariamente coincidentes com o interesse público juridicamente normatizado. Diz-se, assim, que esses interesses próprios da entidade estatal "*não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico) aos interesses de qualquer outro sujeito".[30]

Que fique claro: é evidente que o Estado, como pessoa jurídica que é, pode ostentar determinados interesses jurídicos que não necessariamente se identifiquem como aquilo que é consagrado no direito como de interesse *público*. O mais correto, inclusive, é tratá-los como *interesses individuais do Estado*. Ocorre, porém, que, diferentemente do que se passa com os particulares, o poder público não goza de autonomia para perseguir a consagração dos interesses que bem entender. Por força do princípio da indisponibilidade, sua atuação está estritamente vinculada à realização do interesse público. Nesse sentido, ao Estado só será permitida a busca dos seus interesses individuais única e exclusivamente nas hipóteses em que esses forem coincidentes com o interesse público, pois, em última análise, nesses casos estaria sendo este último o interesse intentado pela administração.[31]

Em que pese esse amplo reconhecimento teórico acerca da diferença entre os interesses primários (legítimos interesses públicos) e os interesses secundários ("privados") ostentados pelo Estado, "a Administração Pública continua reiteradamente negando direitos titularizados pelos cidadãos, de sorte que na realidade prática a tutela do interesse público, em cujo núcleo central se alojam os direitos fundamentais, frequentemente não é perseguida". E, como bem constata Daniel Wunder Hachem, essa postura constituiu "forma de proteger interesses secundários (fazendários) da pessoa jurídica estatal, colidentes com os interesses primários, da coletividade, estampados no Direito Constitucional positivo".[32]

---

30 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 65-66.

31 Ibid., p. 66.

32 HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese (doutorado) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 315.

Com base em todas essas lições, é certo que o princípio da indisponibilidade do interesse público não pode ser encarado como barreira à realização de acordos pela administração pública.

Os acordos, na realidade, servem como instrumento para a administração melhor alcançar o interesse público (daí por que não haveria qualquer problema em relação à indisponibilidade). E isso por três principais motivos: *(i)* não há, *a priori*, uma diferença estabelecida de conteúdo ou finalidade dos acordos e dos atos administrativos unilaterais, tratando-se, isso sim, de uma diferença procedimental, de meios para a realização de determinado fim; *(ii)* os acordos tendem a ser mais eficientes, visto que há uma diminuição da probabilidade de descumprimento de seus termos por parte do particular envolvido na avença do que em relação a decisões administrativas tomadas unilateralmente; *(iii)* os acordos administrativos são frutos da valorização de direitos e valores consagrados constitucionalmente, como o devido processo legal e a proporcionalidade das decisões da administração pública, que representam, junto de outras disposições, o conteúdo do interesse público.[33]

O tema será objeto de análise específica no item seguinte, em que se pretende demonstrar a possibilidade teórica e abstrata de conciliação entre o princípio da indisponibilidade do interesse público com as atuações consensuais da administração. O que se intencionou comprovar aqui antes disso foi que a solução para tão intenso conflito não parece estar em nenhum dos lados extremos do debate.

Diante disso, deve-se reconhecer que "o Direito Administrativo contemporâneo reclama, realmente, uma releitura de seus institutos à luz dos postulados democráticos vigentes nas Constituições atuais, permeadas pelas exigências do modelo social do Estado de Direito" e que isso requer a readequação de alguns de seus institutos clássicos. Isso não significa, porém, que se deva abandonar toda a base do regime jurídico-administrativo tido como "tradicional". O que se deve fazer, em suma, é buscar "compreender o fenômeno jurídico e as instituições políticas de acordo com a realidade hodierna e os anseios sociais atuais, sem que para isso seja necessário rejeitar as conquistas do passado por observá-las com as lentes do presente".[34]

---

[33] SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009. Disponível em: https://www.bidforum.com.br/bi/PDI0006.aspx?pdiCntd=64611.

[34] GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo — uma crítica da crítica.

5. A possibilidade de harmonização da indisponibilidade do interesse público com a consensualização do direito administrativo

Como visto no item anterior, as críticas daqueles que afirmam existir uma incompatibilidade entre o princípio da indisponibilidade e a consensualização do direito administrativo não prosperam. Baseiam-se em uma insatisfação pura e simples com o próprio princípio da indisponibilidade ou em equivocadas compreensões da noção de interesse público.

No entanto, é certo que "o problema não está na indisponibilidade. Não se contesta que o interesse público, em seu núcleo essencial, é indisponível. A verdadeira questão reside em identificar quando há interesse público no caso concreto — ou até, muitas vezes: 'de que lado está' o interesse público".[35]

No estado social e democrático de direito, o poder público está juridicamente obrigado a perseguir a consecução dos interesses públicos. No entanto, não necessariamente de maneira unilateral, como se fosse o único titular ou o único ente capaz de definir o que é matéria de interesse público. Deve, nesse sentido, permitir e fomentar a participação popular da sociedade civil como forma de colaborar na tomada de decisões administrativas.[36]

É preciosa a lição de Fernando Dias Menezes de Almeida ao afirmar que "a celebração de acordos em nada afeta o princípio da indisponibilidade do interesse público". Isso porque a decisão sobre o meio (unilateral ou consensual) a ser adotado pela administração para a realização de determinada tarefa pública em nada diz respeito com o interesse público almejado pelo direito naquele caso (salvo nas excepcionais situações em que a legislação expressamente exige a adoção de um ou outro procedimento, sob pena de invalidade do ato decisório). Por essa razão, Almeida também afirma que "o atentado ao interesse público há de se verificar pelo conteúdo da decisão, seja ela decorrente do exercício de poder unilateral da Administração, seja decorrente de acordo".[37]

In: Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem, *Direito administrativo e interesse público*, op. cit., p. 196.

35 TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) — versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, n. 264, p. 83-107, fev. 2017. p. 106.

36 MEILAN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. In: Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem, *Direito administrativo e interesse público*, op. cit., p. 86.

37 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 302.

Assim, é incontestável que a consensualidade "não implica uma disponibilidade do interesse público, mas uma determinação do meio mais apto para alcançar os objetivos da lei".[38] Em célebre passagem, muito replicada por autores que se propõem a defender a consensualização do direito administrativo em face das críticas que o movimento às vezes recebe com suposta base no princípio da indisponibilidade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma com contundência que "a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais cogita de negociar o interesse público, mas, sim, de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência".[39]

Nesse sentido, além de aumentar a "qualidade" das decisões administrativas, ao permitir à administração a consideração de um maior número de interesses públicos em abstrato para definir qual é o interesse público em específico a preponderar naquele caso concreto, a participação de agentes privados nos processos administrativos decisórios gera um aumento da "aceitabilidade" dessas decisões, visto que os destinatários delas terão sido responsáveis (ainda que parcialmente) pela sua formação.[40]

Na sociedade contemporânea, a organização de grupos e setores sociais com variadas aspirações, bem como a diversificação do corpo social, contribui para a existência de interesses públicos cada vez mais diversos, complexos e sofisticados.[41] Nesse cenário, é praticamente impossível haver um caso concreto em que seja possível identificar a presença de apenas um único interesse público. A regra geral é que os conflitos contemporâneos são impulsionados por interesses, de ambos os lados, protegidos pelo ordenamento jurídico.

---

[38] ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 167, p. 293-310, jul./set. 2005. p. 293. Na mesma linha, defende David Pereira Cardoso que "o ato consensual, dessa forma, não significa abrir mão do interesse público, vez que as prerrogativas públicas correspondem a faculdades meramente instrumentais, conferidas ao administrador para fortalecer a realização das finalidades que lhe são conferidas pelo ordenamento". David Pereira Cardoso, *Os acordos substitutivos de sanção administrativa*, op. cit., p. 73.

[39] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século: o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, out./dez. 2003. Disponível em: https://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12537.

[40] SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 402. Também nessa linha, Alexandre Santos de Aragão ensina que "em regra, a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que se adotada unilateral e coercitivamente, já que tem maiores chances de ser efetivada na prática e gera menos riscos de externalidades ("efeitos colaterais") negativas". Alexandre Santos de Aragão, A consensualidade no direito administrativo, op. cit., p. 294.

[41] Floriano de Azevedo Marques Neto, Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação, op. cit., p. 429.

Assim, na grande maioria das situações relacionadas com instrumentos consensuais da ação administrativa, a administração pública se verá diante de um *conflito de interesses públicos abstratos*. Normalmente, de um interesse geral da coletividade em si mesmo considerada e de um interesse individual de um particular. Estando ambos protegidos pelo ordenamento jurídico, são ambos interesses públicos.

Diz-se, no entanto, que são interesses públicos *abstratos* pois sua qualificação como interesse público decorre, nesse primeiro momento, única e exclusivamente do fato de serem interesses protegidos pela norma jurídica geral e abstrata. É muito frequente, porém, que em situações concretas essa proteção jurídica deixe de existir, cedendo a proteção desse interesse à tutela efetiva de um outro interesse igualmente público (esse, que também poderá ser considerado um *interesse público concreto*, por ser aquele arbitrado pela administração no conflito concreto).

É o que ocorre, por exemplo, quando uma empresa que possui com o poder público contrato para construção de uma determinada obra, movendo ação judicial em face do Estado, propõe à Fazenda Pública a realização de um acordo para viabilizar a readequação do equilíbrio econômico-financeiro da avença. O interesse individual da empresa em ter o contrato reequilibrado está devidamente tutelado pelo ordenamento jurídico (art. 37, XII da CF) e, por essa razão, deve ser considerado um interesse público abstrato. Por outro lado, há também um interesse geral abstrato de que a fazenda pública utilize das ferramentas processuais que o ordenamento jurídico lhe confere para salvaguardar os interesses da coletividade em si mesmo considerada (contestar a ação, requerer instrução processual, recorrer de decisões contrárias etc.).

Se o suporte fático e jurídico do caso levar à conclusão de que fatos imprevisíveis alteraram as condições efetivas da proposta no decorrer da execução contratual, não pode haver dúvidas de que o interesse público no caso concreto é o de atender à solicitação do particular e de promover o reequilíbrio econômico-financeiro.

Nessas situações específicas, a utilização das ferramentas processuais pela Fazenda Pública (abstratamente consideradas de interesse público por serem devidamente previstas no ordenamento jurídico) corresponderia a uma defesa dos interesses meramente secundários do Estado, que estaria negando a tutela de um direito legitimamente titularizado pelo particular requerente com a ilegítima finalidade de evitar gastos financeiros da máquina pública.

Em diversos outros casos, porém, essa análise não é tão simples. Tome-se o exemplo dos acordos de leniência. Como saber até que ponto a administração

pública pode reduzir as sanções administrativas que seriam impostas ao particular infrator em troca das informações que ele lhe fornece sobre o esquema delituoso? A partir de que momento o atendimento do interesse individual de redução das sanções deixa de coincidir com o interesse geral de aprimoramento da persecução sancionatória administrativa para representar indevido atendimento de interesse privado?

Para essas situações, evidentemente não existe uma resposta objetiva. O ordenamento jurídico não traz uma resposta específica para a solução desses conflitos entre interesses públicos. Nesse caso, o administrador, no exercício de sua discricionariedade, deve utilizar dos métodos hermenêuticos necessários para aferir qual interesse, naquele caso concreto, deve ser atendido pela administração, de acordo com as normativas constitucionais e legais a que está vinculado. É por essa razão que se diz que nessas hipóteses "o uso da argumentação e a racionalidade da motivação da decisão tomada são necessidades e requisitos essenciais de sua validade".[42]

6. Os fatores que devem ser observados pelas decisões administrativas consensuais: seis parâmetros de validade da consensualidade

A partir do reconhecimento, demonstrado nos tópicos anteriores, da possibilidade teórica de harmonização do princípio da indisponibilidade com o fenômeno da consensualização do direito administrativo, passa-se agora a tratar dos parâmetros que devem ser observados pelas decisões administrativas consensuais de modo a se garantir a tutela do interesse público.

Neste trabalho se propõe a existência de seis aspectos principais que servem como *standards* para aferir a validade das decisões administrativas consensuais tendo o princípio da indisponibilidade do interesse público como parâmetro: *(i)* a submissão da atividade administrativa à *legalidade* e às condicionantes que isso impõe à realização de acordos; *(ii)* a necessidade de *tratamento isonômico dos particulares* com quem a administração realiza esses acordos; *(iii)* o respeito ao princípio da *publicidade*; *(iv)* o dever de *motivação* dos atos administrativos; *(v)* a *moralidade* na atuação dos agentes públicos

[42] SIQUEIRA, Mariana de. *Interesse público no direito administrativo brasileiro*: da construção da moldura à composição da pintura. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 197-198.

envolvidos na negociação dos acordos e *(vi)* a observância ao postulado da *segurança jurídica*.

(i) Como se sabe, o *princípio da legalidade administrativa* foi historicamente desenvolvido como instrumento de amarra à atuação da administração pública, notadamente em um contexto econômico e social no qual o ordenamento jurídico era construído a partir de uma ideia de contenção do Estado, que só deveria atuar positivamente quando direitos individuais fossem (ou estivessem para ser) violados. É por isso, portanto, que se decide por vincular a atividade do administrador público aos estritos limites daquilo que lhe fosse permitido pelo parlamento, diminuindo, assim, as probabilidades de intervenções invasivas do poder público na esfera privada dos particulares.

Por essa razão, sabendo que o princípio da legalidade administrativa é, antes de tudo, uma garantia dos cidadãos contra arbitrariedades que possam ser praticadas pelo Estado, não faz sentido, sob o ponto de vista teleológico, que ele seja utilizado como suposto empecilho à adoção de práticas consensuais pela administração pública.[43] Seria, com efeito, um completo contrassenso afirmar que a legalidade administrativa exige que a administração, quando diante de uma situação em que se apresentem como meios resolutivos para um dado conflito tanto a via litigiosa como a via consensual, deva obrigatoriamente optar pela primeira.

No Brasil, até pouco tempo havia consenso na doutrina de que inexistia autorização legal e genérica reconhecendo expressamente a possibilidade de a administração firmar essa espécie de acordo. O cenário alterou-se, porém, com a recém-promulgada Lei nº 13.655/2018.

Entre as diversas modificações causadas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, a que deve ser destacada no presente caso é a inserção do novo art. 26, que possui a seguinte redação:

> para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

[43] VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. *Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*, Brasília, ano I, n. 2, 2011. p. 157.

Tal dispositivo, portanto, funciona como um permissivo genérico de realização de acordos pela administração pública.[44] Não se pode extrair dele outra interpretação, tendo em vista que está previsto em *norma genérica*, aplicável a toda atividade administrativa, e que expressamente menciona que "*para eliminar* […] *situação contenciosa na aplicação do direito público,* […] *a autoridade administrativa poderá*[…] *celebrar compromisso com os interessados*".

Ao comentarem tal dispositivo, Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma concordam que, na esteira do que já ocorre em outras países, "a Lei nº 13.655/18 expressamente confere competência consensual de ordem geral ao Poder Público brasileiro", o que, na visão dos autores, representa "que qualquer órgão ou ente administrativo encontra-se imediatamente autorizado a celebrar compromisso".[45]

É interessante ressaltar que o tom de generalidade que caracteriza o art. 26 da LINDB possibilita não só que qualquer ente da administração pública possa realizar acordos, mas também sobre (em princípio) qualquer objeto e a qualquer momento. Assim, a administração está autorizada a firmar acordos tanto em processos administrativos como em processos judiciais, e tanto com cunho preparatório para a edição de algum ato administrativo posterior como também para diretamente substituir determinado ato administrativo unilateral que poderia ser editado pela administração.

Em geral, portanto, entende-se que o poder público só não poderá adotar a via consensual quando a lei expressamente o proibir (ressalvada a hipótese de tal proibição se mostrar, por algum motivo, inconstitucional). Essa conclusão também se extrai do art. 26 da LINDB, quando referido dispositivo autoriza a realização de compromissos por parte da administração pública com os interessados para eliminar situação contenciosa na aplicação do direito público, mas expressamente ressalta que a validade de tais avenças exige que seja "observada a legislação aplicável" ao caso.

(ii) Em relação à *isonomia*, é indiscutível que, no manejo de instrumentos consensuais, "se a Administração adota uma solução para um caso e não adota

---

[44] FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela administração pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Org.). *A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 141-169.

[45] GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB — novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. esp., p. 135-169, nov. 2018. p. 146.

para outro, diante de situações absolutamente similares, ofendido restaria o princípio da isonomia".[46]

Isso significa que a administração não pode, por exemplo, aceitar fazer acordo com um particular que contra ela ajuíza ação de indenização por danos materiais decorrentes de falha na prestação de determinado serviço público e negar a mesma hipótese de acordo quando outro particular, nessa mesma situação, requer a realização da avença. Além do que não negar, o mais correto é que, uma vez realizado um acordo com um particular que se encontra em uma situação X, a própria administração ofereça a transação, nesses mesmos termos, a outros particulares que também se encontrarem nessa situação X e moverem algum tipo de pretensão contra o Estado.

O tratamento isonômico dos cidadãos pela administração é dever diretamente decorrente do princípio da indisponibilidade do interesse público, notadamente em razão da lógica republicana de Estado em que tal princípio está fundado. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, "sendo encarregada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa".[47]

(iii) e *(iv)* Existe um receio — bastante compreensível, diga-se de passagem — de que os acordos firmados pela administração possam ser utilizados como subterfúgios legalizados para a prática de atitudes ilícitas como conluios existentes entre agentes públicos e particulares, destinados a privilegiar a pretensão destes.

Quanto a isso, em primeiro lugar deve-se ter em mente que esse tipo de situação também pode ocorrer (e ocorre) quando a administração pratica seus atos de forma unilateral. Muitas vezes a decisão aparentemente "exclusiva" do poder público é fruto de uma série de tratativas antirrepublicanas travadas às escuras antes da edição de tal decisão. Trata-se, de um jeito ou de outro, de desvio de função e de abuso de poder, práticas absolutamente abomináveis, mas infelizmente recorrentes no cotidiano da administração pública brasileira.

A adoção da prática consensual ainda possui, nesse ponto, o benefício de dar maior transparência ao processo de formação da decisão, contribuindo, ainda que minimamente, para aumentar as possibilidades de identificação das ilicitudes mencionadas anteriormente. De todo modo, esse cenário serve

---

[46] Onofre Alves Batista Júnior, *Transações administrativas*, op. cit., p. 469.
[47] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 86.

para ilustrar a importância de se respeitar a *publicidade* e a *motivação* nos atos frutos de atividade consensual da administração pública.

Afinal, é apenas por meio de decisão motivada e pública que poderá ser realizado o devido controle da atividade administrativa consensual. Caso não se exija que a administração fundamente motivadamente as razões que a levam a realizar determinada avença e que tais razões sejam disponibilizadas publicamente para acesso de toda a sociedade, de nada (ou muito pouco) adiantariam todos os limites e condicionantes que são impostos ao fenômeno da consensualização.

Ademais, também deve-se lembrar que na maior parte dos casos os acordos administrativos são firmados em situações em que inexiste disciplina legislativa específica para direcionar com exatidão a postura a ser adotada pelo administrador público. Esse fato redobra a necessidade de motivação e publicidade dos atos consensuais. Nos acordos administrativos, com efeito, quanto maior a discricionariedade, maior o dever de motivação, pois "será a motivação — expressa no próprio acordo substitutivo ou nos atos e manifestações que lhe sirvam de fundamento — o instrumento de controle e de legitimação do acordo".[48]

(v) O princípio constitucional da *moralidade administrativa* é ponto de imprescindível observância para a validade dos acordos firmados pela administração pública, sendo sua observância uma exigência por dois principais motivos.

O primeiro é o de que, constituindo-se como o ato final resultado de um processo administrativo, os acordos devem observar a moralidade assim como qualquer outra manifestação de vontade exteriorizada pela administração. O segundo — e isso é o que realmente chama a atenção — é o fato de que os acordos firmados pela administração pública, via de regra, são produzidos em ambiente de desigualdade de poder e de assimetria de informações.

Notadamente no âmbito do direito administrativo sancionador, infelizmente já se tornou bastante comum verificar situações em que acordos são oferecidos e negociados de maneira imoral por agentes públicos. Está-se falando, por exemplo, de casos em que, mesmo que o poder público não disponha de indícios reais de que tal pessoa tenha cometido um ilícito administrativo, acordos de leniência são "forçados" por parte da

[48] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: https://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73323.

administração com a ameaça de punição ao possível infrator ou quando investigados são fortemente constrangidos a acusar colegas — tudo com o intuito de satisfazer a sanha punitivista que cada vez mais toma conta da sociedade e das autoridades públicas brasileiras.

O acordo de leniência, por exemplo, é instrumento jurídico pensado a partir da lógica existente por trás do famoso "dilema do prisioneiro".[49] E é exatamente aí que se identifica o início do risco à moralidade administrativa na realização desses acordos, pois não se pode admitir que agentes públicos utilizem de suas funções para ameaçar investigados de maneira antiética, fazendo das prerrogativas inerentes à aplicação de sanções administrativas um instrumento para a obtenção de confissões e delações que não podem ser provadas juridicamente ou que muitas vezes sequer correspondem à realidade.

Por óbvio que, quando a negociação de acordos administrativos se encaminha para esse cenário, os atos praticados pelos agentes públicos serão inválidos perante a indisponibilidade do interesse público, pois não se pode aceitar que sejam compatíveis com tal postulado acordos que são firmados em desrespeito aos padrões éticos de probidade que devem reger toda a administração pública.

Aplicações dos princípios da moralidade também podem ser sentidas em outras espécies de acordos administrativos. Em transações relacionadas com pretensões movidas por particulares em face do poder público em âmbito judicial, o princípio da moralidade impede que nas hipóteses em que a administração reconheça a procedência do pedido do particular, utilize "parcela" desse direito como barganha para obter um acordo que seja financeiramente menos oneroso à Fazenda Pública. O interesse público a ser tutelado no caso obviamente estaria sendo disposto pela administração, em detrimento de interesses meramente secundários.

Também se denota a incidência do princípio da moralidade na celebração de negócios processuais. Afinal, não poderiam ser aceitos negócios formulados com intenções desonestas ou ímprobas, que desnaturassem a própria finalidade deste instituto (como acordos elaborados para protelar ao máximo um processo judicial apenas para beneficiar ao particular litigante).

---

[49] Para uma explicação detalhada do impacto do dilema do prisioneiro e da teoria dos jogos para a formatação da lógica dos acordos de leniência, ver: ALAN, José Alexandre da Silva Zachia. Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção: uma abordagem na perspectiva da teoria dos jogos. *RDA — Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 189-222, maio/ago. 2017.

(vi) Outro ponto importantíssimo a ser observado pela administração na realização de acordos com particulares é a *segurança jurídica* e a consequente necessidade de a administração observar, nos processos de formação de acordos, precedentes administrativos e judiciais existentes sobre a matéria.

Como decorrência da segurança jurídica, conclui-se que "os atos administrativos bilaterais, ao contrário do que se verifica com a generalidade dos contratos administrativos no Brasil, não estão sujeitos à revogação unilateral por interesse público a qualquer tempo pela Administração Pública".[50] Com efeito, se o ato foi formado por meio de consenso entre as partes, é somente mediante procedimento igualmente consensual que poderá ser revogado. É importante destacar que aqui está se falando apenas da *revogação* do ato. Por evidente que o ato, ainda que consensual, pode ser extinto através de *anulação* por parte da administração, quando verificar a existência de alguma ilegalidade que macule sua validade, ou como caráter de *punição* diante de infração cometida pelo particular a algum dos termos da avença celebrada.

Aliás, a própria decisão da administração em adotar a via consensual para resolução de determinado litígio já pode significar um apreço ao dever de promoção de segurança jurídica. Com efeito, a substituição do poder administrativo unilateral por um acordo se mostra como uma das mais importantes relações contratuais firmadas pela administração com o objetivo de garantir a segurança jurídica. De antemão porque os contratos — e isso não apenas na esfera administrativa — possuem por si só uma solidez maior, em termos de segurança jurídica, do que previsões abstratas da legislação. Mas, mais do que isso, quando se analisa a possibilidade de a administração utilizar-se de contratos como um instrumento de substituição à sua atuação unilateral verifica-se — ainda que em tese, obviamente — um aumento ainda maior da garantia da segurança jurídica. Isso porque essa modalidade de acordo administrativo "já pressupõe em si mesma a aplicação do direito ao caso concreto: a execução está a cargo da administração e a administração, ao executar, convenciona como fazê-lo".[51]

Ainda, considerando o dever jurídico da administração pública de, por meio da utilização de instrumentos consensuais, tutelar direitos e garantias devidamente previstos no ordenamento jurídico, também é fundamental nos processos de formação e negociação dos acordos administrativos que o poder público observe os precedentes administrativos e judiciais já estabelecidos

---

[50] Vitor Rhein Schirato e Juliana Bonacorsi de Palma, Consenso e legalidade, op. cit.
[51] Fernando Dias Menezes de Almeida, *Contrato administrativo*, op. cit., p. 420.

sobre a matéria em discussão. Afinal, não se poderia considerar de interesse público uma postura negocial da administração pública que destoasse de práticas já adotadas por ela própria em outras situações (precedentes administrativos) ou de entendimentos consolidados na jurisprudência (precedentes judiciais).

Os parâmetros propostos são genéricos, cuja incidência se verifica em todas as formas de atuação consensual da administração. Servem, portanto, como uma regra geral da validade das decisões administrativas consensuais. Por outro lado, é evidente que em cada espécie determinada de acordo as regras de verificação de validade do ato deverão se adaptar ao caso concreto, conforme as peculiaridades daquele instrumento consensual exigirem.

7. Conclusões

Na esteira do fenômeno da consensualização do direito administrativo, o princípio da indisponibilidade é muitas vezes visto como um empecilho à adoção de instrumentos consensuais pela administração pública. Para alguns, isso demanda a impossibilidade de utilização dessas ferramentas. Para outros, isso aumenta a necessidade de afastar o princípio da indisponibilidade da posição central que ocupa no regime jurídico-administrativo.

Demonstrou-se, porém, que nenhuma das visões mais extremistas está com a razão. A suposta incompatibilidade entre a indisponibilidade do interesse público e a consensualização do direito administrativo decorre de uma equivocada compreensão do interesse público (ou também de um preexistente repúdio à noção de indisponibilidade).

Reconhecendo-se que os interesses individuais também compõem a noção de interesse público e que este não se confunde com o interesse próprio do Estado como pessoa jurídica, é fácil compreender como é possível harmonizar os dois conceitos (indisponibilidade e consensualização).

A chave para se aceitar a possibilidade de harmonização entre as noções de indisponibilidade e consensualização está em, como dito, saber que a administração, ao tutelar interesses individuais, não necessariamente está se afugentando do interesse público. Afinal, os interesses individuais protegidos pelo ordenamento jurídico também ostentam a qualidade de interesse público.

Situação mais delicada ocorre quando um interesse público individual se choca com um interesse público geral (da coletividade em si mesma considerada). Esses conflitos são absolutamente comuns. Por força da

indisponibilidade, seria possível pensar que a administração estaria adstrita à satisfação do interesse da coletividade, no entanto isso nem sempre é verdade.

É que os interesses são previstos de forma abstrata no ordenamento jurídico positivo. Como tal, todos ostentam, sim, a qualidade de interesse público. A esse aspecto nomeou-se no trabalho de *interesses públicos abstratos*. Frequentemente a administração irá se deparar com a necessidade de arbitrar um conflito de interesses públicos abstratos (por vezes, de um interesse individual em contraposição a um interesse geral). Nessas situações, considerando as peculiaridades fáticas e jurídicas do caso concreto, caberá aos agentes públicos juridicamente competentes para tanto identificar qual é o interesse público preponderante naquela situação específica, e poderá ser tanto o interesse geral como o interesse individual.

O resultado desse processo de arbitramento será um *interesse público concreto*, isto é, aquele interesse público que deve de fato ser tutelado pela administração pública naquela situação. O outro interesse presente no conflito, por conta do contexto fático e jurídico envolvido no feito, perde sua qualidade de interesse público. Isto é, naquela situação específica não é de interesse da coletividade que ele seja tutelado.

Frequentemente, o interesse público concreto corresponderá ao interesse individual. E não há absolutamente nenhum problema nisso. Será esse, então, o interesse que deverá ser objeto da tutela administrativa no caso concreto.

Além dessa questão do arbitramento de conflitos de interesses públicos abstratos, a harmonização da indisponibilidade e da consensualização perpassa, também, pela devida observância da decisão administrativa consensual a alguns parâmetros jurídicos. No total, defende-se a existência de seis *standards* de validade dos acordos administrativos de acordo com o princípio da indisponibilidade do interesse público: *(i)* a submissão da atividade administrativa à *legalidade* e as condicionantes que isso impõe à realização de acordos; *(ii)* a necessidade de *tratamento isonômico dos particulares* com quem a administração realiza esses acordos; *(iii)* o respeito ao princípio da *publicidade*; *(iv)* o dever de *motivação* dos atos administrativos; *(v)* a *moralidade* na atuação dos agentes públicos envolvidos na negociação dos acordos e *(vi)* a observância ao postulado da *segurança jurídica*.

Trata-se, como explicado no artigo, de parâmetros genéricos, que buscam nortear a atividade consensual da administração pública à luz do princípio da indisponibilidade, sempre se atentando para exigências específicas que surgirão nos casos concretos de acordo com a espécie de acordo que estiver sendo utilizada.

Referências

ALAN, José Alexandre da Silva Zachia. Novos aspectos relacionados com a leniência e a corrupção: uma abordagem na perspectiva da teoria dos jogos. *RDA — Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 189-222, maio/ago. 2017.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 325-336.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 167, p. 293-310, jul./set. 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público*: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 89-116.

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.

BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. *A consensualidade e a administração pública em juízo.* Dissertação (mestrado) — Mestrado Profissional em Poder Judiciário, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2009.

CARDOSO, David Pereira. *Os acordos substitutivos de sanção administrativa*. Dissertação (mestrado em direito) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

ESTEVES, Mauricio Cramer. Da possibilidade e dos limites da transação em processos judiciais por parte do poder público municipal. *Interesse Público — IP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 38, jul./ago. 2006. Disponível em: https://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=49054.

FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela administração pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Org.). *A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 141-169.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo — uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público*: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GABARDO, Emerson; VALLE, Vivian Cristina Lima López; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. Il diritto amministrativo brasiliano: aspetti attuali del controllo della pubblica amministrazione. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 4, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2017.

GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat.* Paris: Presses de Sciences Po, 1999.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB — novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. esp., p. 135-169, nov. 2018.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Tese (doutorado) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

HAEBERLIN, Mártin. *Uma teoria do interesse público*: fundamentos do estado meritocrático de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 519-539.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Interesse Público — IP*, Porto Alegre, ano 12, n. 63, nov./dez. 2010. Disponível em: https://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3fpdiCntd%3d70916&pdiCntd=70916. Acesso em: 9 out. 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEILAN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Administrativo e interesse público*: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 65-88.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século: o caso brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, out./dez. 2003. Disponível em: https://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12537.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003.

MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo*: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público*: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 21-32.

NIETO, Alejandro. La administración sirve con objetividad los intereses generales. In: BAQUER, Sebastián Martin-Retorillo (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española*: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Madri: Civitas, 1991. v. 3, p. 2185-2254.

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

SALLES, Carlos Alberto de. *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*. Tese (livre docência) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009. Disponível em: https://www.bidforum.com.br/bi/PDI0006.aspx?pdiCntd=64611.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2016.

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

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: https://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73323.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) — versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, n. 264, p. 83-107, fev. 2017.

VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. *Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*, Brasília, ano I, n. 2, p. 139-164, 2011.