

DIÁLOGO DA CONSENSUALIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

DIALOGUE OF CONSENSUALITY WITH THE PRINCIPLES OF SUPREMACY AND UNAVAILABILITY OF THE PUBLIC INTEREST

Artigo submetido em 09 de fevereiro de 2023

Artigo aprovado em 17 de fevereiro de 2023

Artigo publicado em 01 de março de 2023

Cognitio Juris

Ano XIII – Número 45 – Março de 2023

ISSN 2236-3009

Autores:

Myrna Teixeira Mendoza^[1]

Caroline Müller Bitencourt^[2]

RESUMO: Trata-se de artigo elaborado sob o formato de revisão bibliográfica, possuindo como escopo demonstrar a solidariedade entre interesse público, os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público e a consensualidade, defendendo um feixe de possibilidades de diálogo dos referidos princípios com o consenso no agir administrativo. Nesse compasso, tece-se uma breve análise da história do interesse público, com sua conceituação e concepção contemporânea. Passa-se, ainda, a abordar a temática da supremacia e indisponibilidade do interesse público, posto que, se o primeiro confere privilégios à Administração Pública, o segundo contempla as sujeições sobre o Poder Público,

mantendo-se um equilíbrio. E, por fim, versa-se a respeito do avanço de forma paulatina, na doutrina, e no ordenamento jurídico, de uma consciência em prol de interlocuções entre a consensualidade e os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, com reflexos no âmbito da improbidade administrativa, trazendo a efetivação do consensualismo, mormente uma releitura dos referidos princípios na atual sociedade complexa, que requer novos instrumentos resolutivos de conflitos – a negociação.

Palavras-chave: interesse público; princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público; consensualidade.

ABSTRACT: This is an article prepared in the format of a bibliographic review, with the scope of demonstrating the solidarity between the public interest, the principles of supremacy and unavailability of the public interest and consensus, defending a range of possibilities for dialogue between the referred principles and the consensus in the administrative action. In this compass, a brief analysis of the history of the public interest is woven, with its conceptualization and contemporary conception. The theme of supremacy and unavailability of the public interest is also addressed, since, if the first grants privileges to the Public Administration, the second contemplates the submissions on the Public Power, maintaining a balance. And, finally, it deals with the gradual advancement, in doctrine and in the legal system, of an awareness in favor of interlocutions between consensuality and the principles of supremacy and unavailability of the public interest, with repercussions in the scope of administrative impropriety, bringing the realization of consensualism, especially a re-reading of the aforementioned principles in today's complex society, which requires new conflict resolution instruments – negotiation.

Keywords: public interest; principle of supremacy and unavailability of the public interest; consensus.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem como desiderato aferir a possibilidade de um diálogo entre o consenso e os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Nessa esteira, efetuou-se uma revisão bibliográfica da doutrina pertinente à temática vertente.

No bojo deste trabalho, retrata-se como a consensualidade vem operando gradativamente no âmbito do direito administrativo, o qual, desde seus primórdios, coaduna-se não apenas nas prerrogativas, mas, também, nas sujeições do Estado, a título de proteção dos direitos dos cidadãos.

Discorreu-se, assim, a respeito do interesse público e sua concepção contemporânea, e dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, declinando suas principais características e conceitos doutrinários, pondo em relevo a consensualidade perante tais princípios, de modo a refletir na improbidade administrativa.

Concebe-se, porquanto, que o consenso paulatinamente permeou o ordenamento jurídico, reforçado pela doutrina, perfazendo uma interface com os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, desaguando em novas releituras dos institutos, atendendo, assim, aos anseios sociais, ensejadores de solução negociada dos conflitos.

NUANCES DO INTERESSE PÚBLICO

A consensualidade operou-se gradativamente no âmbito do direito administrativo, o qual, desde seus primórdios, coaduna-se não apenas nas prerrogativas, mas, também, nas sujeições do Estado, como forma de proteção dos direitos dos cidadãos. Neste estudo, tratar-se-á dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, declinando suas principais características e conceitos doutrinários, discorrendo sobre a consensualidade perante os referidos princípios, e expondo suas nuances na improbidade administrativa.

No desiderato de compreender a concepção de interesse público na atualidade, e os próprios princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, torna-se imperioso

realizar uma abordagem histórica desde seu surgimento até a contemporaneidade.

Nessa senda, afigura-se imprescindível tratar sobre o interesse público, partindo-se de sua contextualização histórica sintetizada. Com efeito, a origem da máxima da diversidade entre interesses gerais e individuais remonta à Antiguidade greco-romana.

Na Grécia de Aristóteles, o mesmo concebeu o ser humano, e a sociedade, como propensos à realização do bem, distinguindo na política formas de governo boas – calcadas no critério de interesse comum, enquanto classificou como más as orientadas pelo interesse pessoal. Maria de Sylvia Di Pietro (2010, p. 86), citando lição de Norberto Bobbio, sobre Aristóteles, registra: “Se os indivíduos se reúnem nas cidades (*polis*) é porque querem ‘viver bem’; para que alcancem esse objetivo, é necessário que os cidadãos visem ao interesse comum, ou em conjunto ou por intermédio dos seus governantes”, estipulando-se o máximo bem dos indivíduos não proveniente do esforço puramente individual, antagônico, porém advindo da cooperação que cada um, juntamente com os demais, atribui reciprocamente à efetivação do bem comum, consoante às normas estatuídas pela comunidade mediante seus dirigentes e seus órgãos democráticos ou autocráticos.

Na Antiguidade, precisamente no direito romano, datado da época de Ulpiano^[3], embora não houvesse guarida à concepção do interesse público, tal qual concebido a partir da constituição do Estado de Direito, surgiram postulados respeitantes ao interesse do Estado, mormente o mesmo ainda não representasse de forma cabal os interesses coletivos de toda a sociedade, verificando-se, assim, uma noção, ainda que incipiente, na dicção de José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 69), apreende-se: “Com certeza, tratava-se de noção embrionária, mas registrava como ponto central o *interesse*: se este era do Estado, a norma seria de direito público; se dos indivíduos, seria de direito privado. De outro ângulo, reconhecia-se algum poder jurídico (*ius*) do povo, diverso do direito dos indivíduos”.

O bem comum desenvolveu-se na Idade Média, por intermédio do cristianismo, com seu

ponto máximo em São Tomás de Aquino, pelo pensamento de ser o fim almejado pelo ser humano, o qual, como um ser social, não persegue somente o seu próprio bem-estar, mas, sobretudo, o da coletividade a que pertence, cabendo ao Estado tentar alcançá-lo, sob dois prismas: i) para os indivíduos singularmente, o bem comum é a causa, numa reunião de fatores coletivos propiciadores da organização e da conservação de seus bens, e, ao mesmo tempo, o bem do todo, diverso de cada uma das partes; ii) para a sociedade, o bem comum é o fim e a forma simultaneamente, determinando a orientação individual no meio social (DI PIETRO, 2010).

Jean Bodin, século XVI, concebendo a República, o faz como um governo reto de muitos lares, reportando-se ao aspecto inerente à sociedade, ao todo da comunidade política, para alcançar uma administração voltada não somente aos aspectos materiais, mas também pontuando seus valores, justiça, razão, tudo administrado por um poder soberano proveniente do Estado, em suma pregando uma união do homem para a consecução do bem comum (DI PIETRO, 2010).

No final do século XVII e século XVIII, preponderaram as teses contratualistas liberais, passando a ideia do bem comum por um declínio, em prol dos interesses puramente individuais, nos quais o ser humano não objetiva a associação de molde a fomentar a proteção do interesse público, almejando somente seus interesses na aquisição dos próprios bens materiais.

A Revolução Francesa, no século XVIII, constituiu-se numa exaltação do individualismo exacerbado, no qual todos tinham direitos iguais perante a lei, com plena liberdade de ação, possuindo como limitação somente o direito de outro indivíduo. Di Pietro (2010, p. 88) tece o entendimento:

Com essa concepção, a ideia de solidariedade deixa de ser vista como causa de união dos homens em sociedade. O seu fim único passa a ser o de assegurar essa liberdade natural do

homem; também a lei, como expressão da vontade geral, não poderia ser instrumento de opressão, mas de garantia dessa liberdade [...] A necessidade de explicar e garantir a subsistência da sociedade levou o contratualismo a buscar na vontade individual a fonte de soberania. O bem comum deixa de estar na base da ordem social e é substituído pela ideia de *utilitarismo*; os homens se uniam, pelo contrato, porque isso lhes seria vantajoso. Substitui-se a ideia de bem comum, impregnada de cunho moral e ideológico, pela ideia de *interesse geral*, de cunho utilitarista. É o que ensina Marie-Pauline Deswarte, baseada na lição de Rivero e Clément: para alguns, “o Bem Comum seria a perspectiva filosófica do interesse geral. Ora, a filosofia dá uma primeira resposta à questão quando ela afirma: ‘O bem está no nível dos fins honestos, o interesse mesmo geral – no nível dos fins úteis’. O interesse geral seria todo impregnado de utilitarismo, o Bem-Comum dele se distinguiria por sua referência à moral”. E acrescenta que “hoje se percebem os inconvenientes de um poder muito acantonado no plano utilitário. A utilidade não é um bem em si e a presença do interesse geral, muito estatal para alguns, pareceria a muitos o sinal de um verdadeiro abuso de democracia. (DI PIETRO, 2010, p. 88-89).

O filósofo inglês Thomas Hobbes não diferenciou o interesse individual do interesse geral, satisfazendo-se os interesses particulares, encontrar-se-ia o governante, no caso o soberano, perfazendo o interesse comum. Enquanto Jean- Jacques Rousseau, por sua vez, considerou o interesse geral distinto dos interesses individuais, manifestando-se a vontade geral mediante a lei, adquirindo um caráter incontestável desvinculado do seu contexto de valores voltados para a razão, passando o Poder Estatal fundamentar a vontade coletiva (DI PIETRO, 2010).

A consequência evidente do individualismo acarretou desigualdades sociais, premente aprofundada com a Revolução Industrial, com fortes reações da Igreja, no século XIX, propugnando pelo estabelecimento do social mediante as encíclicas dos Papas Leão XIII, Pio XII e João XXIII, fomentando a união dos seres humanos para atribuir os direitos e estatuir condições para uma vida mais digna de seus semelhantes, consagrando o interesse público com os ideais de bem comum voltado à dignidade do homem (DI PIETRO, 2010).

O bem comum passa a caracterizar-se: i) universal, como uma reunião de direitos e deveres sem privilégios de forma individual; ii) amoldável à evolução da época em que vigia, com perspectivas para o futuro, deixando de ser atributo do Estado, responsabilizando-se o indivíduo pelo social. A sociedade deixa de ser não participativa, cumprindo as aspirações comunitárias e o bem há de ser uma realidade moral, deixando o utilitarismo individual. iii) o bem individual é inferior ao bem comum; iv) o poder político possui como alicerce e limites o bem comum (DI PIETRO, 2010).

As referidas concepções foram estatuídas na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no pós-Segunda Guerra Mundial, e na Constituição do Brasil, de 1988, advertindo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010) encontrarem-se insertas na Constituição da República de 1988, calcadas na dignidade da pessoa humana, função social do trabalho e a livre iniciativa, em consonância com o seu art. 3º, o qual institui como desiderato da República Federativa do Brasil reduzir as desigualdades sociais, garantir desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza, inclusive ressaltando-se o art. 193 do texto constitucional, prelecionando o primado do trabalho e a justiça social como disposições programáticas focadas na educação, cultura, desporto, seguridade social, família, dentre outros.

Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, ao rebaterem concepções antagônicas ao princípio da supremacia do interesse público, lecionam:

O equívoco em que incidem alguns autores, ao endereçarem indevida crítica à utilização da supremacia do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo, radica-se na inexistente identidade que parecem imprimir entre a noção de interesse público própria do liberalismo oitocentista e a sua compreensão hodierna. Todavia, conforme advertem George Vedel e Pierre Devolvé, a noção de interesse público não é invariável no tempo e no espaço, adaptando-se de acordo com a época e com o país. Nessa toada, como bem observa o administrativista espanhol Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, o interesse público, por ser um conceito jurídico indeterminado, ‘admite diferentes entendimentos em função do módulo

constitucional em que nos encontremos. Não é igual o conceito que se pode manejar de Direito Administrativo no Estado liberal de Direito, à versão que pode apresentar o modelo de Estado Social e Democrático de Direito’. (GABARDO; HACHEM, 2010, p. 33).

Realizada a digressão histórica nas linhas anteriores, passa-se ora à conceituação do que seja interesse público, o qual, para Celso Antônio Bandeira de Mello (2021, p. 50-51), trata-se de uma noção “contraposta ao interesse privado, individual [...] acerta-se em dizer que se constitui no *interesse do todo*, ou seja, do *próprio conjunto social*”. Não se confundindo, a seu ver, com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada um, advertindo “[...] o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem**” (MELLO, 2021, p. 54).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010) aduz sobre a complexidade da ocorrência de todos os indivíduos possuírem um interesse comum, cuja somatória condiga com um único interesse público, propugnando pela ocorrência de diversos interesses públicos, inclusive conflitantes, não representando sequer a maioria dos indivíduos, caso a ser resolvido de colidência pela Administração Pública, ou mesmo, pelo Judiciário.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2021), por sua vez, difundiu no direito brasileiro as preleções de Renato Alessi, no sentido de o interesse público não ser meramente intangível, fluido, inacessível, posto positivado no direito seu conteúdo jurídico, podendo seu conteúdo ser apreendido de forma objetiva no ordenamento jurídico, premente na Constituição quando ocorre sua designação ao Estado mediante o Legislativo e, posteriormente, pelos órgãos componentes da Administração Pública, quando então a discricionariedade possui limitação pelos textos legais.

Carlos Vinícius Alves Ribeiro, rebatendo os administrativistas preconizadores da não aplicação do interesse público, posto sua indeterminação, conclui que, por mais que

inicialmente em abstrato, “diretamente, não seja possível dizer, precisar, esquadrinhar o que seja, é possível, sem grandes dificuldades, chegar-se a um consenso do que não é, e com o complemento dado pela situação posta, ao que, naquele caso, é o *interesse público*” (RIBEIRO, 2010, p. 118). Colige-se, por oportuno, junto ao referido autor, a preleção de Hector Jorge Escola, asseverando ser o direito administrativo não um mero direito da Administração Pública, mas, sobretudo, o direito do interesse público, efetivado mediante a atividade administrativa, considerando-o um conceito mutável, porém determinável, ou seja, constitui-se em conseqüência de um gama de interesses individuais compartilhados e concomitantes de um agrupamento majoritário de sujeitos, destinando-se à comunidade, originando-se nos valores desses indivíduos, e dessa forma possui um conteúdo concreto e determinável, prevalecendo sobre os interesses individuais.

A administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010) assegura não ser impedimento à aplicação do interesse público a sua indeterminação, posto que, se assim o fosse, na visão da autora, o mesmo sucederia com inúmeras outros princípios consagrados constitucionalmente, inclusive adverte que nem sempre o interesse público possui indeterminação, mormente patenteados graus diferenciados de indeterminação, ilustrando sua ótica com exemplos, dentre outros:

Quando se considera o interesse público como sinônimo de bem comum, ou seja, como fim de Estado, a indeterminação atinge o seu grau mais elevado. Essa indeterminação diminui quando o princípio é considerado nos diferentes ramos do direito, porque cada qual tem em vista proteger valores específicos. Também diminui quando se consideram os diferentes setores de atuação do Estado, como saúde, educação, justiça, segurança, transportes, cada qual com um interesse público delimitado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. A indeterminação ainda se restringe de forma mais intensa em relação a determinados institutos, como, exemplificativamente os contratos administrativos, as diferentes formas de intervenção na propriedade e na economia, as licitações. Não se pode dizer que seja indeterminado o interesse público presente na rescisão unilateral de um

contrato administrativo que cause danos ao meio ambiente [...]. (DI PIETRO, 2010, p. 98).

Colhe-se sobre o interesse público: I) antagonista ao isolamento, ultrapassa os interesses meramente individuais para dar suporte aos interesses do grupo social, e, portanto, não é o somatório de interesses individuais, porém do interesse próprio coletivo na procura do bem comum; II) o interesse público prepondera sobre o interesse privado, no caso de conflito, ensejando a supremacia do primeiro sobre o segundo, dotando o Estado de autoridade para sua aplicação, e resolução da colidência de interesses, primando seus gestores pelo atendimento dos reclamos da sociedade numa atividade em prol do bem comum, sem incidir no autoritarismo despótico; III) o interesse público é desconsiderado quando violada a lei, simulando-se o atingimento do fim previsto legalmente – eivado de vício por desvio de poder ou de finalidade, posto o controle desta última representar a fiscalização do interesse público, transviando-se a conduta por: finalidades particulares, fim diverso do estabelecido por lei; IV) o âmago do princípio da supremacia do interesse público não se modificou, mas adaptou-se às novas realidades da sociedade (CARVALHO FILHO, 2010).

Renato Alessi (1978), publicista italiano, efetuou a distinção entre interesse público primário e secundário. O primeiro trata-se de interesse geral, da coletividade, da sociedade, enquanto o segundo incide sobre os interesses próprios do Estado, devendo prevalecer, quando colidentes, o interesse primário. O administrativista brasileiro José dos Santos Carvalho Filho (2010) declina a possibilidade de divisão do interesse público em direto e indireto: será aquele quando sua consumação ocorre diretamente à sociedade e, noutros casos, o Estado será o destinatário imediato do interesse, porém realizará obrigatoriamente à coletividade como detentora do interesse.

A concepção de Renato Alessi da divisão do interesse público em primário, e secundário, foi difundida na doutrina pátria, como já exposto em linhas anteriores, por Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual, de forma acurada, tece considerações sobre referida explanação do publicista italiano, apresentando o interesse público ou primário o pertinente à sociedade,

como um todo, atribuído à mesma por lei, consagradora do Estado como representante do corpo social. O interesse secundário, consoante o referido administrativista brasileiro, é o inerente ao aparato estatal derivado de sua personalidade jurídica, somente sendo válida sua persecução pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário.

Com efeito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2021), assegura a inexistência de correspondência imprescindível entre interesse público e os interesses do Estado, ou dos seus componentes de direito público. O Estado pode ter interesses inerentes enquanto pessoa jurídica, não constituindo-se, na visão do autor, em interesses públicos propriamente ditos, mas interesses individuais do Poder Público, o qual concebido para realização de interesses públicos somente poderá defender seus interesses privados quando não colidirem com os interesses públicos propriamente ditos.

Daniel Wunder Hachem (2011), ao declinar as particularidades da atividade administrativa, cita como primeira – a competência da Administração Pública de coativamente fazer preponderar a sua vontade sobre o particular, constituindo-se em tuteladora do interesse público, prevalecendo o mesmo mediante suas ações quando colidir o da coletividade sobre o individual, fundamentada no ordenamento jurídico. O prelecionado autor atribui, como segunda peculiaridade do exercício da função administrativa, a diferenciação, por parte da Administração Pública, entre interesses coletivos primários e secundários.

O primário é composto pelos interesses individuais predominantes da estruturação da sociedade organizada, conferindo como unidade os múltiplos interesses simultâneos, residindo nele a concepção de somente constituir-se como interesse público, apartado dos demais, distinguindo-se, portanto, do interesse individual puramente particular, e dos interesses do Estado, compondo-se esses últimos os sobreditos interesses secundários.

O autor prossegue: o interesse coletivo primário pode coincidir ou colidir com os interesses secundários, e, em caso de colisão, daqueles com os interesses da pessoa jurídica, ou um

interesse de um particular, preponderará o primeiro, e, por outro, o Estado somente poderá efetivar os interesses secundários quando coincidirem os mesmos com o interesse público: “Havendo coincidência entre um interesse secundário da máquina estatal com o interesse da coletividade (ou de um indivíduo enquanto membro da sociedade), aí sim ele será interesse público, porque convergente com o interesse primário” (HACHEM, 2011, p. 158-159).

No Direito Administrativo coexistem duas acepções diferentes de interesse público, considerando-o em seu sentido lato e *stricto*. O interesse público em sentido amplo, na dicção do administrativista em comento, evidencia caracteres próprios: I) compreende os interesses juridicamente protegidos, não alcançando os interesses puros e simples, e os interesses ilícitos, configuradores dos interesses privados; II) Nele estão abrangidos o interesse geral – coletividade – e os interesses específicos – individuais e coletivos, amparados no ordenamento jurídico; III) definido um processo de normatização; IV) para sua efetivação, além do imperativo jurídico, é preciso encontrar-se conforme uma finalidade preestabelecida, justificadora da competência para a realização do ato; V) consiste num requisito negativo de validade dos atos administrativos, vedando ao Poder Público agir em desconformidade com esses últimos, criando um controle da função administrativa (HACHEM, 2011).

Em outra premissa, referindo-se ao interesse público em sentido estrito, Daniel Wunder Hachem explica: I) refere-se ao interesse da coletividade considerada por si própria – interesse geral, incidindo na concretude sobre interesses específicos – individuais e coletivos, também abrangidos no ordenamento jurídico positivado; II) requer identificação concreta: i) explícito quando a norma contiver as expressões “interesse público”; ii) implícito, ocorrendo a outorga de uma competência discricionária; III) ao fundamentar a ação administrativa, deve demonstrar os fatos e fundamentos jurídicos alicerçadores da prática; IV) condição positiva de validade da ação estatal, requerendo interesse público especial autorizador da administração pública desempenhar as prerrogativas públicas (HACHEM, 2011).

O interesse público, como exposto, é o primado do regime jurídico-administrativo da Administração Pública brasileira, por seu intermédio, os mecanismos da Administração Pública são compreendidos, decorrendo do mesmo dois princípios precípuos: o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público, os quais se edificam o direito administrativo, consolidando a premissa de que a compreensão de um requer a do outro. De fato, o primeiro princípio declinado dotou a Administração Pública de prerrogativas instrumentais de molde a assegurar a preponderância do interesse público sobre o privado. Noutros termos, o segundo princípio, impôs ao Poder Público sujeições em formato de obrigações garantidoras de um exercício administrativo voltado à efetivação dos interesses da sociedade, de forma a democratizar o próprio direito administrativo. Nessa perspectiva, há necessidade de um equilíbrio de forças entre as prerrogativas e sujeições de forma a consagrar as ações administrativas, imprimindo-lhes o sentido expresso na Constituição Federal de 1988.

PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

No contexto histórico, não se identifica na Idade Média uma hierarquia entre interesse público e interesses privados, não ensejando a vigência da supremacia do interesse público, posto que o bem comum, segundo a influência do pensamento de São Tomás de Aquino, era compreendido como uma transcendência, assentada em lei natural, regulatória das relações entre os indivíduos (CARVALHO FILHO, 2010).

No Estado liberal, do século XVII ao decorrer do XIX, em face da concepção individualista, o interesse geral somente poderia ser alcançado protegendo-se os interesses individuais, com respeito à rigorosa observância da lei em sentido formal, e, portanto, o interesse público resguardava, em última instância, os interesses privados, não se podendo confundi-lo com a acepção hodierna, trazendo ínsita a supremacia do interesse público (DI PIETRO, 2010).

O Estado Social e Democrático de Direito constitui-se no palco do surgimento do princípio da

supremacia do interesse público, facultando-se à Administração Pública a promoção de igualdade material e justiça social, sem prejuízo de sua intervenção nas relações entre os particulares, dotando o Estado de mecanismos de controle do âmbito privado, de modo a diminuir as desigualdades sociais, nos quais os direitos e liberdades individuais cedem ao interesse da coletividade, prevalecendo o interesse público sobre o privado.

O princípio da supremacia do interesse público foi difundido no Brasil pelo doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, especificado como uma das “pedras de toque” do regime jurídico-administrativo, no sentido de o interesse privado ceder sempre a um interesse coletivo, constituindo-se em princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade, encontrando-se seu fundamento normativo implícito na Constituição Federal de 1988, estabelecendo a hegemonia do interesse público – interesse primário consistente no conjunto de interesses que os indivíduos possuem enquanto membros de uma sociedade – sobre o interesse privado – interesse secundário da pessoa jurídica estatal, interesses individuais dos agentes públicos e dos indivíduos (HACHEM, 2011).

No princípio da supremacia do interesse público, disseminado por Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se observar na citação de Daniel Wunder Hachem, sintetizada: I) fundamento normativo na Constituição Federal; II) prevalência do interesse público primário sobre o secundário; III) conteúdo jurídico calcado na Carta Magna, leis infraconstitucionais e atos normativos consentâneos com aquela; IV) consequências jurídicas, por um lado a posição privilegiada da Administração Pública na consecução dos interesses coletivos, e de outro, a supremacia dos entes públicos sobre os particulares; V) exercício de prerrogativa na aplicação do princípio em questão; VI) respeito à lei em sentido forma; VII) compatibilização com o princípio da indisponibilidade do interesse público, submetendo-se às sujeições de proporcionalidade, impessoalidade, moralidade, dentre outros; VIII) aplicação de forma coerente, sem exacerbação, sob pena de constituir nulidade do ato (HACHEM, 2011).

A respeito dos interesses públicos em sentido amplo, exposto em linhas anteriores, Daniel

Wunder Hachem tece considerações no sentido de que o mesmo poderá, segundo a ótica, constituir-se em princípio ou estrutura lógico-normativa:

A norma constitucional da supremacia do interesse público pode incidir de duas formas distintas, conforme a espécie de conflito de interesses que estiver em jogo. Se o embate se der entre o *interesse público em sentido amplo* (interesse juridicamente tutelado = *direitos subjetivos e interesses legítimos*, de natureza *individual, coletiva ou difusa*) e um *interesse privado* (interesse não protegido pelo sistema jurídico = *interesses puros e simples* ou *interesses ilícitos*), a norma se aplica de forma absoluta, determinando a supremacia do *interesse público* sobre o *interesse privado* em toda e qualquer e qualquer hipótese. Para a vertente que erige o *grau de fundamentalidade* da norma como critério para separar os princípios das regras, a supremacia do interesse público será um princípio, por constituir um *mandamento nuclear do sistema*, dada a proximidade do seu conteúdo com as ideias de Estado de Direito e juridicidade administrativa. Para a corrente que adota o critério da estrutura *lógico-normativa* para diferenciar as espécies de normas jurídicas, a supremacia do interesse público, nessas situações, incidirá como uma *regra*, pois institui uma razão *definitiva* para decidir. (HACHEM, 2011, p. 378).

Noutra premissa, ao referir-se ao princípio do interesse público em sentido estrito, Daniel Wunder Hachem assevera que, em caso de colidência deste último com um interesse específico – individual ou coletivo –, ocorrerá uma prevalência relativa e a norma será um princípio de acordo com o “grau de fundamentalidade”:

Se, por um lado, tratar-se de um conflito entre o *interesse público em sentido estrito* (*interesse geral*, inerente a toda a coletividade) e um *interesse específico* (*individual* – titularizado por um indivíduo singular, ou coletivo – titularizado por um grupo determinado), ambos resguardado pelo ordenamento jurídico, a norma da supremacia do interesse público determinará que o primeiro seja realizado em sua máxima medida, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto. Instituirá uma prevalência

relativa, que dependerá das circunstâncias presentes em cada situação. Para aqueles que empregam o critério do *grau de fundamentalidade* da norma para caracterizá-la como princípio ou regra, a norma em apreço será um *princípio*, visto que ela consiste uma das disposições-chave que fundamenta todo o regime jurídico-administrativo. (HACHEM, 2011, p. 378).

Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre o alcance do princípio do interesse público sobre o interesse privado no âmbito administrativo, realizou observações prelecionando o exercício de função por parte do Poder Público atrelada a deveres do mesmo, não podendo as prerrogativas serem utilizadas de acordo com o ânimo do administrador público, por não possuir poderes para esse mister pura e simplesmente, e, referindo-se à Administração Pública, registra que a mesma possui “deveres-poderes” no desempenho da função pública:

Portanto, exerce “função”, instituto – como visto – que se traduz na ideia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro. É situação oposta à da autonomia da vontade, típica do Direito Privado. De regra, neste último alguém busca, em proveito próprio, os interesses que lhe apeteçam, fazendo-o, pois, com plena liberdade, contanto que não viole alguma lei. Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adstrição a uma finalidade previamente estabelecida, e no caso de função pública, submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio [...]. (MELLO, 2021, p. 83-84).

Noutra perspectiva, comunga-se com a corrente doutrinária exposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Daniel Wunder Hachem, e demais administrativistas, sobre a inserção normativa do princípio da supremacia do interesse público, no ordenamento constitucional brasileiro, premente sua alusão em diversos dispositivos constitucionais, outorgando prerrogativas, e simultaneamente deveres ao

Estado, na aplicação do princípio do interesse público, e seu primado sobre os interesses individuais, declinando-se:

A Constituição é rica em institutos fundados no princípio da supremacia do interesse público, mesmo no capítulo dos direitos fundamentais do homem. É o caso do princípio da *função social da propriedade*, previsto no artigo 5º da Constituição, que serve de fundamento para desapropriações de caráter sancionatório (art. 182 e 184) e que convive pacificamente com os princípios da propriedade privada, da livre concorrência, inseridos entre os princípios que têm por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170). É o caso da requisição de propriedade particular pela autoridade competente “no caso de perigo público iminente” (art. 5º, XXV), da proteção do sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII), do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), da ação popular (art. 5ºLXXIII). É o caso das ações coletivas para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III). No próprio título da ordem econômica, coexiste a proteção do interesse econômico individual com a proteção do interesse público: de um lado, a previsão da propriedade privada, da livre concorrência, da livre iniciativa, do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, de outro, a justiça social, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170). (DI PIETRO, 2010, p. 97).

Daniel Wunder Hachem (2011), por seu turno, vai além da interpretação sistemática da Constituição Federal, declinada na citação suprarrealizada, reconhecendo a supremacia da Lei Fundamental e a supremacia do interesse público, ao afirmar ser o último deduzível da referida Carta Magna, mormente por seus arts. 3º, inciso IV, e 66: o primeiro dispositivo legal, prescrevendo como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem da sociedade, sem distinções, decorrendo o atendimento ao interesse de toda a coletividade, arguível a qualquer impedimento proveniente de sujeitos privados; o segundo, tratando de veto, a projeto oriundo do Congresso Nacional, outorgado ao

Presidente da República, quando revelar-se inconstitucional ou contrário ao interesse público.

Contraria à corrente doutrinária supraexposta, encontra-se o pensamento de Humberto Bergman Ávila, Gustavo Binimbojm, dentre outros, afirmando não encontrar o princípio da supremacia do interesse público, respaldo na Constituição Federal de 1988, sequer de forma implícita, prevalecendo os interesses privados e/ou sua equiparação com o interesse público na referida Carta Magna, não revestindo-se sequer de normatividade jurídica, sendo impraticável detectar qualquer fundamento constitucional, por constituir-se em um mero postulado ético e político, máxime quando constitucionalmente preconizado os alicerces voltados à limitação dos direitos individuais, em prol de interesse da coletividade.

Gustavo Binimbojm, citando Humberto Bergman Ávila, e realizando digressões, recorta as proposições sobre a incompatibilidade conceitual do princípio da supremacia do interesse público no âmbito da Constituição Federal de 1988, e mesmo no ordenamento normativo brasileiro:

Na esteira da incompatibilidade conceitual, cumpre ressaltar que o “o princípio da supremacia do interesse público” também não encontra respaldo normativo, por três razões tratadas pelo autor: primeira, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; segunda, por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo “princípio”; e terceira, por demonstrar-se incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional. Partindo da sistemática constitucional vigente, conclui o autor com facilidade pela ausência de fundamento de validade do indigitado “princípio”. Isso porque a organização da Constituição brasileira volta-se precipuamente para a proteção dos interesses do indivíduo. Advinda dos argutos anseios pelo retorno à ordem democrática, outrora corrompida pela hipertrofia do Poder Executivo, nos governos militares, a Carta de 1988 é farta de normas e princípios ilustrativos de seu espírito cidadão (v.g., preâmbulo, arts. 1º, 3º a 17, 145, 150, 170, 196, 201, 203, 205, 206, 220, 226, 227) (BINENBOJIM, 2014, p. 97).

Celso Bandeira de Mello assevera a existência de um axioma no ordenamento jurídico: “Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (MELLO, 2021). Em sua concepção, trata-se de pressuposto lógico com conteúdo jurídico delineado pelo sistema normativo, caracterizando interesses públicos, advindos da Constituição, leis e atos normativos, decorrendo da posição privilegiada inerente à Administração Pública, como instrumento viabilizador do seu desempenho, em prol da satisfação dos interesses da coletividade. Nesse escopo, autoriza imposição unilateral de comportamento e modificações de relações jurídicas previamente estabelecidas, tudo decorrente da supremacia dos entes públicos em relação aos particulares.

O princípio da supremacia do interesse público é consagrado pelas normas do direito público, e somente protege reflexamente o interesse individual, ou seja, não diretamente: “Este princípio está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação” (DI PIETRO, 2021, p. 83).

Na distinção entre direito público e direito privado, há de se convir que o primeiro se pauta no princípio da supremacia do poder público em relação ao cidadão, assegurando que, no caso de conflito entre um direito individual e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, decorrente do escopo da Administração Pública em perfazer o bem comum, objetivando as leis administrativas assegurarem a supremacia do poder público sobre os indivíduos (MEIRELLES, 2016).

Nesses termos, Fábio Medina Osório, ao discorrer sobre o princípio da supremacia do interesse público, o fez considerando como um implícito no texto constitucional, observando que, embora possa existir o interesse público identificado como o privado, deve ser considerada a diferenciação entre os mesmos, equiparando-se o primeiro aos interesses

coletivos, decorrendo da dissociação entre o âmbito público e o privado. A sua influência no ordenamento jurídico ocorre sobre três dimensões, preconizadas pelo na seguinte ordem: “(a) como direção finalística da Administração Pública; (b) como fundamento constitucional de normas que outorgam privilégios à Administração; (c) como fundamento para ações administrativas restritivas de direitos individuais” (OSÓRIO, 2000, p. 87).

Os direitos fundamentais constituem o cerne do interesse público, porém não exaurem seu conteúdo, existindo outros direitos subjetivos e interesses legítimos que o integram. Nesses termos, pode ocorrer colisão dos direitos fundamentais de determinados indivíduos, ou grupos sociais, com os demais elementos integradores do interesse público, resolvendo-se o conflito mediante ponderação, podendo fazer-se necessário uma restrição pontual do direito fundamental, de forma a viabilizar o interesse da coletividade, incidindo os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O direito administrativo originou-se no decurso do Estado liberal, enfatizando a proteção dos direitos individuais, protegendo estes contra qualquer forma de abuso de poder, fomentando, via de consequência, desigualdades sociais. Concluindo-se, por oportuno, não representar um risco aos direitos fundamentais o princípio da supremacia do interesse público, mormente quando cediço que, simultaneamente ao princípio em questão, originaram-se os direitos econômicos e sociais. A razoabilidade sempre esteve patenteada na aplicação do princípio da supremacia do interesse público, possuindo a finalidade de equilibrar a relação de forma proporcional, e adequada, entre autoridade e liberdade, exigindo uma análise da aplicação do caso concreto mediante utilização da ponderação de interesses, interpretação, dentre outros critérios, de forma a romper com conceito jurídico indeterminado de interesse público (DI PIETRO, 2010).

O princípio da supremacia do interesse público vem recebendo críticas de parte da doutrina, propugnando por sua “desconstrução”, considerando-o como autoritário, fomentador de regimes totalitários, eliminador da condição de ser humano como sujeito de direitos. Dentre

os doutrinadores favoráveis à desconstrução, encontra-se Marçal Justen Filho e Gustavo Binenbojm, posicionando-se equivocadamente a respeito da supremacia do interesse público sobre o privado, considerando-o sempre, de forma absoluta, observando o prevalecimento do público sobre o privado, desconsiderando esses doutrinadores o princípio da proporcionalidade (SILVA, 2018).

Marçal Justen Filho (destaca que interesses do aparato estatal não podem ser reconhecidos como interesses públicos, mencionando a célebre distinção apontada por Renato Alessi entre “interesse público primário” e “interesse público secundário” (ou interesse da Administração Pública), que não é público. Com efeito, o citado doutrinador aduz que a desvinculação entre o interesse privado, e o interesse público, contém a origem do autoritarismo, produzindo interesses supraindividuais de configuração totalitária, legitimadores dos regimes do nacional-socialismo alemão e do stalinismo, propugnando por sua desconstrução.

Gustavo Binenbojm critica severamente os doutrinadores que consagram o princípio da supremacia do interesse público. Binenbojm, também, o considera fruto de regimes estatais autoritários, advindo do organicismo e do utilitarismo, incompatível com o Estado Democrático de Direito, e com a Constituição Federal de 1988, por afastar a ponderação e negar os interesses privados envolvidos, impondo a única e invariável relação de prevalência do interesse público, e distanciando-se do princípio da proporcionalidade.

Daniel Wunder Hachem refutou todas as críticas efetuadas ao princípio da supremacia do interesse público, arguindo que, no caso de colisão entre os diversos interesses públicos e privados, utilizar-se-á a técnica da ponderação, e o princípio da proporcionalidade, os quais apontarão a prevalência da supremacia do interesse público, em sentido amplo, sobre o interesse particular, não significando essa prevalência a destruição dos interesses individuais.

Com efeito, José dos Santos Carvalho Filho adverte serem sofismas as teorias propugnando

pela desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, não se alicerçando em dogmas científicos convincentes, sublinhando:

Buscou-se demonstrar que premissas como: a) o interesse público não se coaduna com o bem comum; b) a supremacia do interesse público não se configura como norma-princípio; c) inadequação do princípio com a ordem jurídica vigente; d) riscos para a tutela dos direitos fundamentais; e) o direito público não pode ser garantidor do interesse público titularizado pelo Estado – entre outras – não servem para desfigurar o postulado, mas ,em contrário, representam meras facetas do pensamento jurídico ou critérios de ajuste insuscetíveis de comprometer a inafastabilidade do princípio. Não sendo uma nova visão, ter-se-á que qualificá-los como inevitáveis sofismas predestinados a confundir, desnecessariamente, os intérpretes em algo que representa verdade consensualmente aceita. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 82).

Em prol de uma “reconstrução” do princípio da supremacia do interesse público, criticando a ótica modernista da “desconstrução”, colhe-se com precisão junto ao administrativista em comento:

Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário, natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias. A “desconstrução” do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isso sim, suscita “reconstrução”, vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou com absoluto acerto”. (CARVALHO FILHO, 2021, p. 36).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro realizou considerável crítica à doutrina detentora da pretensão de desconstruir, e acabar, com o princípio da supremacia do interesse público, negando, em

última instância, os fins do Estado, arguindo-a como incidente em erro, e não inovadora, posto que exageram propositalmente os efeitos devastadores do princípio para arvorar-se em defensores dos direitos fundamentais, premente cediço a convivência entre o sobredito princípio e esses últimos no decorrer do tempo:

A doutrina que se considera inovadora compõe, sob certo aspecto, uma ala retrógrada, porque prega a volta de princípios próprios do liberalismo, quando se protegia apenas uma classe social e inexistia a preocupação com o bem comum, com o interesse público. Ela representa a volta aos ideais de fins do século XVIII. As consequências funestas do liberalismo recomendam cautela na adoção dessas ideias, até porque se opõem aos ideais maiores que constam do preâmbulo e do título inicial da Constituição, para valorizarem excessivamente determinados princípios do capítulo da ordem econômica, privilegiando a liberdade de iniciativa e de competição. (DI PIETRO, 2010, p. 201).

Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, em referência às críticas ao princípio da supremacia do interesse público, apregoa a sua releitura de molde a ajustar-se à realidade social contemporânea, transformando-se determinados conceitos:

A toda evidência, 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 isso requer, sem dúvida, a transformação de determinados conceitos não mais condizentes com essa nova realidade. Não obstante, isso não quer dizer, como bem ressaltou Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “que estejamos assistindo ao enterro das instituições clássicas do Direito Administrativo. (GABARDO; HACHEM, 2010, p. 61).

Complementam os doutrinadores supramencionados:

[...] Não se trata, de nenhuma maneira, de uma substituição ‘*in toto*’ de um corpo de instituições, conceitos e categorias por outro. Cuida-se, tão só e unicamente, de

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. (GABARDO; HACHEM, 2010, p. 61).

A posição intermediária, supramencionada, encontra-se agasalhada no pensamento de Luís Roberto Barroso, não desconsiderando a supremacia do interesse público, procedendo, somente, a uma revisão de seus pressupostos teóricos, advertindo dividir-se o interesse público em primário – “razão de ser do Estado, sintetizado na promoção de justiça, segurança e bem-estar social” – e secundário – “no interesse da pessoa jurídica de direito público, o qual jamais usufruirá de supremacia em relação ao interesse particular” (BARROSO, 1999), assegurando que, mesmo perante a existência de um único beneficiário dos direitos fundamentais, o interesse público deverá ser promovido, e mantido, premente encontrando-se em consonância com os ditames do ordenamento jurídico, máxime a Carta da República.

Em síntese, o princípio da supremacia do interesse público mostra-se perfeitamente compatível com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, interligados aos direitos fundamentais, mormente o princípio da dignidade humana, perfazendo sua primazia por traduzir um interesse da coletividade.

O princípio da indisponibilidade do interesse público, tal qual o princípio da supremacia, difundiu-se, na doutrina brasileira, por intermédio de Celso Antônio Bandeira de Mello, embora possua conotações anteriores, aduzindo esse doutrinador que os interesses públicos são próprios da coletividade, por serem impróprios o órgão administrativo não possui disponibilidade sobre os mesmos, não podendo livremente deles dispor, porém somente em conformidade com as disposições legais.

José dos Santos Carvalho Filho argumenta não pertencerem à Administração Pública, nem a seus integrantes, os bens e os interesses públicos, somente cabendo-lhes a gestão e conservação em prol da sociedade, autêntica detentora dos mesmos, tudo realçado no cerne

do princípio da indisponibilidade:

Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos. O princípio da indisponibilidade enfatiza tal situação. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por essa razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser. Da mesma forma, os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração. O princípio parte, afinal, da premissa de que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade. (CARVALHO FILHO, 2021, p. 38).

Inexiste na doutrina brasileira um entendimento uníssono concernente ao arcabouço do princípio da indisponibilidade do interesse público, consistente em contrapeso ao autoritarismo, principalmente se somente fossem facultadas prerrogativas à Administração Pública.

Luzardo Faria (2022), confluindo com a concepção de Natalia Pasquini Moretti, na identificação de quatro ângulos do trato da indisponibilidade pela doutrina pátria, sustentando: I) a indisponibilidade da finalidade legal, pela qual a Administração encontra-se vinculada a satisfazer os desideratos impingidos ao Poder Público pela legislação – premente, a Constituição Federal de 1988 e as normas infraconstitucionais, definidoras do interesse público; II) indisponibilidade do dever de agir, pela qual a Administração Pública deverá empreender tratativas para efetivação do interesse público, mormente quando identificá-lo no caso concreto, porém não se pode elidir a hipótese de dever de omissão no agir administrativo, quando importar em violação àquele interesse primário; III) indisponibilidade de bens e serviços, pela qual resta evidenciado não ser o gestor público, proprietário da coisa pública, e nem da mesma poder dispor, salvo as hipóteses preconizadas na legislação, na

estrita esteira de procedimentos preconizados legalmente; IV) indisponibilidade das competências administrativas, pela qual ao Poder Público é vedado descumprir com os deveres prescritos no ordenamento jurídico, assim como, com as prerrogativas inseridas na persecução do interesse público.

A indisponibilidade do interesse público, por seu turno, encontra-se implícita na Carta Magna de 1988, posto inexistir dispositivo constitucional e expresso ao princípio em questão, porém contempla-se ao mesmo proteção jurídica por encontrar-se subjacente ao texto constitucional, destacando-se na Carta da República, em seu preâmbulo, ser o Estado destinado a assegurar o bem-estar do cidadão, defendendo-se no seu art. 3º, inciso IV, como fundamento da República a promoção do bem comum, enfatizando Luzardo Faria:

Há, entretanto, um dispositivo que vincula de maneira ainda mais consistente a atividade administrativa à plena e incessante concretização do interesse público. Trata-se do art. 1º da Constituição Federal, que define o Estado brasileiro com uma *República* [...] Outro dispositivo constitucional que também fundamenta a existência do princípio da indisponibilidade, ainda que de maneira mais discreta que os anteriores, é o art. 66, §1º, que prescreve que “se o presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente [...]”. [...] O mesmo ocorre com o art. 57, §6º, com o art. 93, VIII, com o art. 95, II, e com o art. 231, §6º. São todos dispositivos constitucionais que servem de exemplo para comprovar a tese de que quando verificada a presença de um dado interesse público a Administração Pública está instada a agir de um determinado modo [...] (FARIA, 2020, p. 17-18).

O princípio da indisponibilidade do interesse público guarda correlação estrita com a percepção da legalidade administrativa, derivando do ordenamento jurídico, possuindo a função de contrapeso exercida sobre a supremacia do interesse público vinculando a atuação administrativa, voltando-a para finalidades públicas, impedindo sejam as prerrogativas administrativas aplicadas em fins diversos do interesse público, constituindo-se os

retrocitados princípios, doutrinariamente, condensações da oposição entre as prerrogativas e as sujeições da Administração Pública. O interesse público, simultaneamente, configura os fundamentos das prerrogativas administrativas e das próprias sujeições especiais direcionadas ao Poder Público.

Luzardo Faria (2020), com propriedade, evidencia uma relação de complementação entre os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, posto que, enquanto o primeiro princípio atribui à Administração Pública prerrogativas para a consecução das atividades administrativas complexas, o segundo restringe essas prerrogativas, condicionando o agir administrativo, com vistas a alcançar as finalidades legais, impondo, porquanto, sujeições não observadas nas relações privadas.

O princípio da indisponibilidade do interesse público submete o agente público ao dever de concretização das “finalidades cogentes”, prescritas pelo ordenamento jurídico, obstando a liberdade de atuação da Administração Pública (HACHEM, 2011).

O princípio da indisponibilidade do interesse público encontra-se implícito na Constituição Federal de 1988, decorrendo de normas constitucionais, inclusive do ideal de republicanismo, impondo um dever à Administração Pública como sujeição especial em benefício do cidadão.

Noutros termos, os direitos individuais, consolidados na Carta Magna da República, não possuem o condão de solapar o fundamento da Administração Pública, vinculada a perfazer o interesse público. Constituindo-se os direitos individuais matéria de interesse público alicerçados na Constituição Federal de 1988, portanto, não assiste razão aos que negam os poderes dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, posto provenientes da normativa constitucional, leis infraconstitucionais e atos normativos, restando positivado, portanto, em todo o ordenamento jurídico pátrio.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2021) destacou decorrer da indisponibilidade do interesse público os princípios arrolados a seguir:

[...] a) da legalidade, com suas implicações ou decorrências; a saber: princípio da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do estado; b) da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e seu cognato, o princípio de continuidade do serviço público; c) do controle administrativo ou tutela; d) da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da Administração; e) da publicidade; f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; g) do controle jurisdicional dos atos administrativos. (MELLO, 2021, p. 64-65).

O doutrinador, em questão, considera como desdobramentos do princípio da indisponibilidade: I) a finalidade – os atos jurídicos decorrentes do agir administrativo são editados para o cumprimento de finalidade prevista em lei; II) a razoabilidade e proporcionalidade – a indisponibilidade do interesse público requer que a decisão administrativa – mesmo discricionária para identificação do interesse público, deve ser razoável e proporcional aos direitos e interesses do caso concreto; III) motivação – os atos administrativos devem ser imbuídos essencialmente de motivação, ensejando um enquadramento correto de aplicação do interesse público como consequência do princípio da indisponibilidade; IV) responsabilidade do Estado – trata-se do sistema de responsabilização, discordando alguns autores do doutrinador em tela, por não verificarem como uma decorrência do princípio da indisponibilidade por não ser somente inerente ao regime administrativo, podendo pessoas físicas ou jurídicas privadas estarem submetidas ao sistema de responsabilização civil (MELLO, 2021).

Nessa premissa, o condicionamento da Administração Pública à realização dos interesses públicos, sendo vedado à mesma abdicar de agir, permitindo-lhe somente escolher as formas de sua realização, desde que nos limites do ordenamento jurídico e do direito.

CONSENSUALIDADE PERANTE OS PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Realizada a exposição doutrinária dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, passa-se a discorrer sobre o diálogo possível entre referidos princípios e a consensualidade no agir administrativo.

A solução consensual dos conflitos, atualmente, não apenas constitui-se um meio viável, traduzindo-se em primordial ao Poder Público, para realizar suas incumbências, porém a liberdade de realização de acordos no âmbito da Administração, ao contrário dos particulares, possui limitações à vontade normativa, dando cumprimento ao classificado por lei como de interesse público.

Na seara doutrinária brasileira, coexistem entendimentos diversos, e contrapostos, a respeito da consensualidade na Administração Pública, premente o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Com efeito, para alguns doutrinadores, o princípio da indisponibilidade do interesse público proíbe à Administração Pública de perfilhar-se aos instrumentos de consensualidade, para perfazer as finalidades públicas com particulares considerando-se o interesse público, não podendo o gestor administrativo do mesmo apoderar-se, abdicar ou desviar-se, propalando-se pelo não atendimento dos interesses individuais, constituindo-se o princípio em comento como empecilho insuperável à realização de acordos administrativos, propugnando-se por uma atuação unilateral da Administração Pública. Nesse sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Sílvio Luís Ferreira da Rocha, Onofre Batista, todos no sentido de que a atuação da Administração Pública tradicionalmente é unilateral, alegando-se a indisponibilidade na preservação dos interesses públicos, coligidos na normativa do ordenamento jurídico, como obstáculo intransponível às formas consensuais, consideradas como inadequadas à atuação do Poder Público a ser realizada por instrumentos autoritários em face da indisponibilidade do interesse público.

No extremo oposto, há opiniões críticas daqueles que repudiam o princípio da

indisponibilidade do interesse público, argumentando um conservadorismo imperativo, restringindo a pactuação de acordos administrativos provenientes de sua não normatização, e imprecisão conceitual, não podendo constituir-se em óbice à celebração de acordos, engessando a própria atuação administrativa, premente quando essa defende as aspirações dos cidadãos, devendo o mesmo ser mitigado ou abandonado, para realizarem-se os acordos de forma válida, citando-se os seguintes doutrinadores que esposam esse entendimento: Marçal Justen Filho, Juliana Bonacorsi de Palma, Odete Medauar, dentre outros.

Os posicionamentos doutrinários expostos, em linhas volvidas, encontram-se arraigados de concepções equivocadas, derivadas do entendimento do que seja interesse público, posto, apesar do consenso nos atos da Administração Pública, não significar a concretização do interesse privado, mas de uma preponderância do interesse público.

Luzardo Faria assegura que algumas objeções são aptas a afastar essa concepção equivocada:

[..] (i) A primeira é a de que, como já explicado no tópico 1.1, *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”. [...] (ii) A segunda objeção capaz de afastar as equivocadas críticas dirigidas à incidência da indisponibilidade do interesse público aos atos administrativos consensuais é a de que *o interesse público a ser tutelado pela Administração Pública não se confunde com o interesse próprio e individual do Estado enquanto pessoa jurídica*. (FARIA, 2022, p. 182 e 186).

O princípio da indisponibilidade do interesse público não pode ser considerado como obstáculo à realização de acordos com a Administração Pública, a consensualização trata-se de uma realidade no direito administrativo, partindo-se de um contexto de redemocratização pós 1988, reclamando uma releitura dos institutos ao abrigo da Carta da República,

abalizando um modelo social de Estado de Direito, sem que seja necessário repudiar as concepções tradicionais, não implicando os pactos consensuais numa disponibilidade aleatória do interesse público, premente como antedito que o mesmo é formado de interesse coletivo primário – instrumento de tutela do agir administrativo dotado de supremacia sobre os interesses privados, e os interesses secundários – são os que não podem ser tutelados pelo Estado, por constituírem-se próprios da Administração Pública.

Com efeito, Luzardo Faria, discorrendo sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público, assegura que o mesmo não se constitui em óbice ao consenso no âmbito da Administração Pública, posto serem essas avenças instrumentos de concretização do interesse público. Luzardo Faria observa inexistirem problemas em relação à indisponibilidade, elencando 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. (FARIA, 2022, p. 188).

Continuando em suas observações, o mencionado autor obtempera sobre o presumível entrave às transações administrativas provenientes do princípio da indisponibilidade, discorrendo a respeito de duas correntes doutrinárias antagônicas, posto que, para alguns doutrinadores, os direitos titularizados pela Administração Pública seriam indisponíveis, vetando-se a negociação consensual. Enquanto a maioria da doutrina assegura que o princípio da indisponibilidade outorga algumas restrições à utilização de procedimentos

transacionais por parte da Administração Pública, sem, no entanto, erradicá-los em sua totalidade.

Torna-se imprescindível elucidar a significação jurídica do que se entende por indisponibilidade de direitos. Na compreensão do citado autor, o direito disponível refere-se à possibilidade de as partes constituírem, ou modificarem, ou extinguírem, mediante acordos de vontade, significando o poder da Administração Pública de dispor de sobreditos direitos, transacionando com os particulares, inclusive, *a contrario sensu*, não encontrar-se-ia aquela autorizada a entabular qualquer acordo que estabelecesse como transação do supracitado direito para o desfecho da controvérsia.

Existem direitos, na palavra de Luzardo Faria (2022), sobre os quais o Poder Público não possui o condão de dispor, extinguindo, modificando, constituindo de forma independente. Sobreditos direitos são os provenientes de imposição legislativa, a qual já os preconiza por inteiro, inclusive em referência à sua extensão e a seu exercício, não podendo de maneira autônoma serem decididos os debates originados sobre os referidos direitos, exigindo uma intervenção jurisdicional. Na realidade, inexistente um critério normativo apto a identificar de forma abstrata e generalizada, o que pode ser considerada como direitos indisponíveis, cabendo, portanto, a ponderação no caso a caso concreto.

O autor, por essa linha de raciocínio, chega à conclusão: *“indisponível seria o direito que, no caso concreto, se mostre indispensável à Administração Pública para a persecução do interesse público (esse sim, sempre indisponível)”* (FARIA, 2022, p. 236). Continuando sua exposição: *“Isso porque, em muitas situações, a renúncia ou a transação sobre determinado direito pode se mostrar um meio mais eficiente para a Administração Pública atender ao interesse público a que está vinculada naqueles casos”* (FARIA, 2022, p. 236).

Os acordos administrativos podem ser úteis à concretização dos interesses públicos, como instrumentos possibilitadores do agir administrativo mais eficiente e transparente, máxime

quando a atividade administrativa persiste em ser concretizada segundo as disposições legais (*secundum legem*), condicionada a sua constitucionalidade e, mesmo, alicerçada no próprio texto constitucional (*praeter legem*), tudo perante o princípio da indisponibilidade do interesse público, podendo aferir-se a legalidade das decisões administrativas consensuais, considerando-se o princípio em questão como parâmetro:

No total são cinco os aspectos principais que servem como critério para aferir a legalidade das decisões administrativas consensuais tendo o princípio da indisponibilidade do interesse público como parâmetro: (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 aos princípios da publicidade e da motivação dos atos administrativos; (iv) a moralidade na atuação dos agentes públicos envolvidos na negociação dos acordos; e (v) observância ao postulado da segurança jurídica. (FARIA, 2022, p. 200).

Em relação à consensualidade e o princípio da supremacia do interesse público, aplica-se o reconhecimento teórico da releitura do mencionado princípio sob a égide democrática da Constituição vigente, e o escrito, em parte, declinado nas linhas anteriores, sobre o consensualismo no princípio da indisponibilidade do interesse público.

Daniel Wunder Hachem sustenta uma “necessidade de a máquina estatal harmonizar os variados interesses particulares, reduzindo-se então a distância que no modelo liberal se reconhecia entre os interesses privados e o interesse geral” (HACHEM, 2011, p. 101).

Noutra perspectiva, Diogo Figueiredo Moreira Neto, citado por Odete Medauar (2017), assegura:

A postura, velha de dois séculos, erguida sobre a tríade supremacia, imposição e unilateralidade – reputadas como atributos permanentes e inafastáveis da Administração Pública em suas relações com os administrados – vem cedendo paulatinamente espaço à

consensualidade e à negociação. [...] a passagem de uma viciosa relação de supremacia a uma virtuosa relação de ponderação marca fortemente atual estágio evolutivo dessa interação, cada vez mais intensa, entre cidadão e Estado. [...] tudo concorrendo para que jamais e a qualquer pretexto se permita invocar supremacias téticas ou *raisons d'État* para sobrepor quaisquer interesses, políticas ou ideologias aos direitos fundamentais. (MEDAUAR, 2017, p. 373).

Nesse contexto, embora a imperatividade seja própria da atuação do Poder Público, as relações sociais intensificaram-se, ampliando em seu âmbito a pluralidade de novas relações negociadas, privilegiando o consenso para o atingimento dos interesses públicos específicos. A consensualidade é uma realidade compatível com a releitura do princípio da supremacia do interesse público, os quais podem coexistir sem a necessária exclusão de um em prol do outro (LANE, 2021).

A doutrinadora Juliana Bonacorsi Palma leciona:

Ainda que se admita o princípio da supremacia, o ato consensual pode ser considerado o próprio interesse público, de forma que a atuação administrativa consensual não determina a prevalência do interesse privado em detrimento do interesse público; pelo contrário, segundo esse argumento, a consensualidade corresponderia ao processo de satisfação do interesse público concretizado no interesse público. O ponto está em considerar não apenas o ato administrativo como expressão do interesse público, mas também o acordo firmado entre a Administração e administrado no âmbito do processo no qual haja negociação de prerrogativa pública (imperativa). Tendo em vista os possíveis efeitos positivos da consensualidade – como a efetividade da decisão bilateral, a economia de tempo e de custos bem como a maior adequação da solução negociada em relação às particularidades da situação concreta- é importante que se reconheça o ato consensual como a própria expressão do interesse público. (PALMA, 2015, p. 171-172).

A relativização do princípio da supremacia do interesse público, na forma como anteriormente entendido, premente utilizando-se a ponderação na sua aplicação em caso concreto, sob pena de uma imperatividade absoluta do Estado, franqueia a possibilidade de negociação em sede de improbidade administrativa (PEREIRA, 2020).

De fato, a repressão aos atos considerados ímprobos, desonestos e corruptos, pela Lei de Improbidade Administrativa, faz com que a mesma resguarde, em primeira e última instância, o próprio interesse público, “na medida que busca o ressarcimento e/ou reparação daquilo que foi apropriado ou desviado ilicitamente.” (PEREIRA, 2020, p. 41).

Antes do advento da Lei nº 13.964/2019, conhecida por Lei Anticrime, positivando o Acordo de Não Persecução Cível, doutrinariamente já se defendia a possibilidade de pactuação pelo Poder Público, desde que resguardado o interesse público, evitando-se os litígios desarrazoados atravancadores da atuação administrativa. Nesses moldes, a transação era considerada como um espaço de conformação, outorgada por lei ao gestor administrativo na sua discricionariedade, mensurando o mesmo os instrumentos necessários à preservação do interesse público, e a concretização da referida transação era considerada como possibilitadora da efetivação do próprio interesse público, sem exclusão dos interessados particulares na solução dos conflitos (PEREIRA, 2020).

O fenômeno da consensualidade, por seu turno, espalha-se pela esfera da improbidade administrativa e, via de consequência, o consenso paulatinamente passa a permear o microssistema processual civil da tutela da probidade na Administração Pública, porém, antes de ingressar-se nessa seara, cabe realizar algumas digressões, premente o que se entende por microssistema, citando-se Marcelo Augusto Biehl Ortolan:

Disso depreende-se que o microssistema se define como uma técnica de sistematização harmônica e orgânica de diversos diplomas legais que compartilham de uma principiologia própria, lógica autônoma, assunção de caráter de direito geral e afetação do direito

codificado à função residual. Em suma, a sistematização harmônica e orgânica de diversos diplomas legais que compartilham do mesmo âmbito de tutela e possuem regimes jurídicos que demandam a interpretação e aplicação conjunta pode ser obtida através da utilização da técnica do microssistema. (ORTHOLAN, 2019, p. 62)

O microssistema processual civil da tutela da probidade administrativa, no escopo de assegurar a atividade pública irrepreensível, demanda do Estado o perfilhamento de políticas públicas, permitindo, mediante interligações, que os diplomas legais a serem aplicados, o façam de forma harmônica, complementando-se contradições, comutando-se lacunas, eventualmente existentes em determinado diploma legal (LANE, 2021).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por seu turno, constitucionalizou a moralidade administrativa como princípio norteador da atuação da Administração Pública, preceituando a improbidade administrativa como violação da referida moralidade, em seu art. 37. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2021) assenta sobre a matéria em comento:

Comparando a moralidade com a probidade, pode-se afirmar que, como princípios, significam praticamente a mesma coisa, embora algumas leis façam referência às duas separadamente [...]. No entanto, quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente ilegais. (DI PIETRO, 2021, p. 982).

Nessa esteira, o § 4º do Art. 37, da Constituição Federal, configurou um sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, deixando ao legislador infraconstitucional a legitimidade para o disciplinamento da matéria.

A transformação de todo o sistema de persecução cível e penal brasileiro, no escopo de

maior efetividade ao combate da impunidade, originou a justiça negociada, fundamentada na consensualidade e convencionalidade, perfazendo os princípios da celeridade, economicidade e razoável duração do processo, insculpido no art. 5º, LXXVIII, da Carta da República (LANE, 2021).

A evolução do ordenamento jurídico brasileiro formou um microssistema de proteção ao patrimônio público, permeado de leis, estatutando a consensualidade no âmbito da Administração Pública, composto pelos seguintes diplomas legais, dentre outros: Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), introduzindo o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC); Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), alterado o seu 6º, do art. 5º, inserido pela Lei nº 8.078/1990 autorizando, expressamente, o Termo de Ajustamento de Conduta como instrumento de proteção à interesses difusos e coletivos; Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), definindo os sujeitos, atos de improbidade e sanções, alterado seu artigo 17, § 1º, pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), introduzindo o Acordo de Não Persecução Cível, disciplinado posteriormente pela Lei nº 14.230/2021; Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), prevendo a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas – estabeleceu o acordo de colaboração/leniência, mediante benefícios; Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação); Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), possuindo nitidamente características consensualistas; Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais), mitigando o princípio da obrigatoriedade na esfera criminal, mediante transação penal e suspensão condicional do processo; e a Lei nº 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa), prevendo o Acordo de Colaboração Premiada (MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ, 2020).

Anteriormente à Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) e Lei nº 14.230/2021, vigorava, no âmbito da Improbidade Administrativa, vedação expressa, no Art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992, a celebração de acordos. Enfatiza-se, porém, com as alterações da sistemática sancionatória dentro do Direito Sancionador Penal e Administrativo, reduzindo a atuação unilateral, transportando-se à concertação administrativa, ingressando o movimento da consensualidade na seara da Improbidade Administrativa, entendendo-se que a referida

vedação prejudicava o microssistema da tutela da moralidade administrativa, tornando-se incompatível com o ordenamento jurídico (LANE, 2021).

Igor Pereira Pinheiro e Mauro Messias, manifestando-se pela revogação tácita do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92, o qual previa proibição de acordos na improbidade administrativa, exprimem:

Tradicionalmente, proibia-se a negociação nos processos punitivos em geral, fossem cíveis ou criminais, em especial nos casos de corrupção. Esse postulado decorria da natureza indisponível dos bens jurídicos violados. Ocorre que, desde a década de 90 do século passado, constata-se uma série de disposições legais voltadas a inserir no ordenamento jurídico pátrio a chamada justiça penal, dos quais são exemplos a transação penal e a suspensão condicional do processo, culminando, hoje, nos mais recentes institutos de colaboração premiada e de acordos de leniência. (PINHEIRO; MESSIAS, 2021, p. 181).

Os doutrinadores complementaram afirmando que as leis anticorrupção versam sobre a questão vertente, contudo apenas o art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade Administrativa desautoriza peremptoriamente as convenções consensuais no domínio da responsabilização, lustrando:

A despeito dessa proibição, entendemos que esse dispositivo restou tacitamente revogado pelas leis que lhe sucederam. Ora, se toda ordem jurídica precisa ser o máximo possível coerente e harmônica, depõe contra essa finalidade a subsistência de norma cível que veda acordo permitido por leis penais posteriores (ontologicamente, as destinadas para os casos mais graves com natureza de *ultima ratio*). (PINHEIRO; MESSIAS, 2021, p. 181).

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves já se manifestavam na época do multicitado art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92, nessa direção:

De fato, a repetição de algumas condutas caracterizadoras de improbidade, em todos os

níveis federativos e em todos os Poderes, leva a que se conclua, através da adoção de máximas de experiência, pela probabilidade de continuação da dilapidação do patrimônio público, pela reiteração de condutas violadoras, enfim, do princípio da probidade. Tal circunstância deve ser evitada, sendo certo que, dadas as peculiaridades dos interesses difusos, a busca de sua recomposição sempre se demonstrará insatisfatória em razão das naturais dificuldades decorrentes do próprio processo (“entulhamento” do Poder Judiciário, demora da prestação jurisdicional, dificuldade na realização de perícias etc.), interessando muito mais a prevenção de ocorrência do dano [...] (GARCIA; ALVES, 2017, p. 909).

E preconizando a necessidade de transação em função de atos de menor lesividade ou de menor potencial ofensivo, expressam os sobreditos autores:

Sem prejuízo, a partir das reflexões teóricas e, sobretudo, da experiência haurida do contato diário com a matéria, entendemos que, de *lege ferenda*, seria interessante e conveniente, de modo a facilitar a reparação do dano causado ao patrimônio público, a possibilidade de “transação” nas hipóteses que poderíamos chamar de “atos de improbidade de menor lesividade” ou “de menor potencial ofensivo”, como, por exemplo, os *atos culposos* e os *omissos* que, *de um modo geral*, menos prejuízos causam ao patrimônio coletivo, incidindo as mesmas razões relativamente a condutas *dolosas* causadoras de danos de pequena monta, devidamente definidas pelo legislador. (GARCIA; ALVES, 2017, 912).

Noutra perspectiva, não se pode olvidar que a proibição expressa do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992, justificava-se quando era impensável uma negociação com agentes ímprobos no domínio da Improbidade Administrativa. O referido pensamento foi superado pela consensualidade inserida no próprio Direito Administrativo Sancionatório, reconhecendo-se que a transação poderia ser o melhor mecanismo de perfazer o interesse público, no caso concreto, deixando-se o conceito de que a sanção administrativa deveria ocorrer automaticamente e imperativamente, em todos os casos (LANE, 2021).

Em que pese a vedação do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992, a edição da Medida Provisória nº 705/2015 conferiu a possibilidade de se fazerem acordos, transação ou conciliação nas ações destinadas à apuração da prática de ato de improbidade, embora a referida medida provisória tenha perdido sua vigência sem transformar-se em lei, a mesma sinalizava a consensualidade no âmbito da improbidade administrativa, perante doutrinariamente lecionar-se a mitigação dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, e de sua indisponibilidade.

Nesse contexto, mediante a Resolução nº 179/2017, o Conselho Nacional do Ministério Público prescreveu a celebração de compromissos de ajustamento de conduta pelos Órgãos Ministeriais nas hipóteses de improbidade administrativa, o que resultou em edição de resoluções pelos Ministérios Públicos estaduais, embora alguns autores considerem inconstitucional a sobredita resolução do CNMP, por confrontar dispositivo legal em vigência.

Os administrativistas, como Marino Pazaglini Filho, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, eram desfavoráveis à celebração de acordos na Improbidade Administrativa, somente admitindo sua forma parcial, e em casos específicos, para obrigação de reparação do dano ou a prevenção de ato de improbidade, posicionando-se contrários à imposição de sanções preconizadas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992, considerando-as como indisponíveis.

Noutra vertente, demais doutrinadores como Francisco Zardo, Alice Voronoff, César Henrique Lima, citados por Renata Lane (2021), demonstravam-se favoráveis à incidência de acordos, observando previsões no Código de Processo Civil e Lei nº 13.140/2015, possibilitando a autocomposição extrajudicial de matérias submetidas à Ação de Improbidade, como Acordos de Leniência, no intuito do ressarcimento ao Erário e abrandamento das sanções (LANE, 2021). Rodolfo de Camargo Mancuso argumentou, por seu turno, que o afastamento de perspectiva de autocomposição ensejaria um trabalho contra a tutela do interesse metaindividual para melhor solução das controvérsias, acrescentando que, no âmbito da Ação Civil Pública, deve preponderar o interesse na efetiva tutela dos valores morais da

sociedade civil, escopo deste instrumento processual, máxime se o objetivo almejado constituir-se em “[...] proteção ou reparação ao interesse metaindividual ameaçado ou lesado – puder ser alcançado pela via consensual, com economia de tempo e de custos, não há motivo plausível para se negar a legitimidade a essa solução consensual” (MANCUSO, 2016, p. 315).

A proibição de negociação no âmbito dos direitos indisponíveis era questionável, posto que, por vezes, significava a ausência da proteção necessária aos próprios direitos indisponíveis, ensejadores do interesse público, principalmente a Constituição de 1988 e a legislação infraconstitucional, voltadas à consensualidade mediante práticas autocompositivas.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017), ao tratarem da transação como negócio jurídico importando em concessões recíprocas, desautorizado em relação aos direitos indisponíveis, na época, ponderava que o ajustamento de conduta como um instrumento de autocomposição poderia referir-se aos interesses difusos, por não possuir disposição do direito material.

Na realidade, em que pese, o patrimônio público ser indisponível, tratando-se de métodos autocompositivos, estipuladores de instrumentais de consecução da defesa do interesse público, em verdade, não se está dispondo do bem jurídico tutelado, porém defendendo-o de outra forma, desta feita, mais célere e ampla.

O doutrinador Elton Venturi (2016), a respeito da temática, elencou três motivos para que a negociabilidade possa ser utilizada na seara dos direitos indisponíveis: I) a transação não significa, precisamente, renúncia ou alienação de direitos; II) a sociedade ou os titulares dos interesses públicos – direitos indisponíveis – não se encontram necessariamente protegidos com a restrição ou impedimento da transação dos mesmos; III) a proteção integral dos ditos direitos indisponíveis pode encontrar-se no cerne de sua negociação, e por vezes revela-se a melhor, senão a única opção.

O extenso percurso pelo qual o interesse público, consubstanciado no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público, percorreu doutrinariamente e legislativamente, até a concepção atual da sua releitura e mitigação, demonstra o alcance de um anseio de realidade social mais complexa, por meios consensuais mais resolutivos, céleres, capazes de não somente efetivar seus objetivos, mas conferir ao próprio interesse público maior dimensão e objetividade, concernente a sua defesa mais adequada na contemporaneidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O interesse público é concebido como contraposto ao interesse privado, constituindo-se no interesse do conjunto social, portanto não se confunde com a somatória dos interesses individuais. A doutrina, em parte, preconiza pela não aplicação do interesse público, em razão de sua indeterminação, já outros advogam que, embora inicialmente abstrato, é possível chegar-se a uma determinação, sem grandes dificuldades, premente partindo-se do que não é interesse público, complementando o conceito pela situação posta no caso em concreto.

A distinção entre interesse público primário e secundário foi difundida na doutrina pátria. A primeira classificação trata de interesse geral, da coletividade, da sociedade, enquanto a segunda alude aos interesses próprios do Estado, devendo prevalecer sempre, quando colidentes, o interesse primário. E o Estado somente poderá efetivar os interesses secundários quando coincidirem os mesmos com o interesse público.

O Estado Social e Democrático de Direito constitui-se no palco do surgimento do princípio da supremacia do interesse público, prevalecendo o mesmo sobre o privado. O referido princípio é consagrado pelas normas de direito público, somente, por via reflexa, protege o interesse individual, é proveniente do âmbito legislativo, vinculando a autoridade administrativa na sua atuação.

Os direitos fundamentais, por seu turno, constituem o cerne do interesse público, porém não exaurem seu conteúdo, existindo outros direitos subjetivos e interesses legítimos que o integram. Nesses termos, ocorrendo colisão dos direitos fundamentais de determinados indivíduos, ou grupos sociais, com os demais elementos integradores do interesse público, resolve-se o conflito utilizando-se a ponderação, podendo efetivar-se uma restrição pontual do direito fundamental, de forma a viabilizar o interesse da coletividade, incidindo os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Parte da doutrina vem criticando o princípio da supremacia do interesse público, não reconhecendo sua previsão constitucional e infraconstitucional, propugnando por sua “desconstrução”, considerando-o como autoritário, fomentador de regimes totalitários, eliminador da condição de ser humano como sujeito de direitos. Outra parte apregoa a sua reconstrução ou releitura de molde a ajustar-se à realidade social contemporânea, criticando veementemente a pretensão de sua desconstrução, arguindo-a como no mínimo equivocada. Numa posição intermediária, pode-se propugnar por uma revisão dos pressupostos teóricos do princípio da supremacia do interesse público. Na divisão entre interesse público primário – considerado a razão de ser do Estado, e o interesse público secundário – interesse da pessoa jurídica de direito público, inclusive ressaltando-se que este último jamais gozará de supremacia em relação aos interesses particulares.

Destarte, o princípio da supremacia do interesse público afigura-se absolutamente compatível com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, interligado aos direitos fundamentais, mormente o princípio da dignidade humana, perfazendo sua primazia por traduzir um interesse da coletividade. No tangente à consensualidade, aplica-se com precisão o reconhecimento teórico da releitura do mencionado princípio sob a égide democrática da Constituição vigente.

Em relação ao princípio da indisponibilidade, reside o mesmo como contrapeso ao autoritarismo, principalmente por impor sujeições à Administração Pública, posto não serem

somente facultadas prerrogativas ao Poder Público. Encontrando-se implícito o referido princípio na Carta da República, correlacionando-se com a percepção da legalidade administrativa, derivando do ordenamento jurídico, possuindo a função, como antedito, de contrapeso exercida sobre a supremacia do interesse público, vinculando a atuação administrativa, voltando-a para as finalidades públicas, impedindo que sejam as prerrogativas administrativas aplicadas em fins diversos do interesse público.

A solução consensual dos conflitos, atualmente, não apenas constitui-se um meio viável, traduzindo-se em primordial ao Poder Público, para realizar suas incumbências, porém a liberdade de realização de acordos no âmbito da Administração, ao contrário dos particulares, possui limitações à vontade normativa, dando cumprimento ao classificado por lei como de interesse público.

Parte da doutrina considera o princípio da indisponibilidade do interesse público como proibição à celebração de acordos na Administração Pública. Outra parcela doutrinária, de forma equivocada, repudia o princípio da indisponibilidade do interesse público, considerando-o conservador, restringindo a pactuação de avenças, provenientes da não normatização e precisão conceitual, devendo o mesmo ser mitigado ou abandonado.

Os entendimentos supraexpostos partem de proposições equivocadas do que seja interesse público. Portanto, fundado no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio, ao permitir os acordos, encontra-se concretizando o próprio interesse público, o qual é formado do interesse coletivo primário, daí a não incidência de obstáculo às celebrações consensuais.

O princípio da indisponibilidade do interesse público não pode ser considerado como obstáculo à realização de acordos com a Administração Pública, a consensualização trata-se de uma realidade no direito administrativo, partindo-se de um contexto de redemocratização pós 1988, reclamando uma releitura dos institutos ao abrigo da Carta da República. Enquanto a maioria da doutrina assegura que o princípio da indisponibilidade outorga algumas

restrições à utilização procedimento transacional por parte da Administração Pública, sem, no entanto, erradicá-lo completamente.

Em síntese, a repressão aos atos considerados ímprobos, desonestos e corruptos, pela Lei de Improbidade Administrativa, faz com que a mesma resguarde, em primeira e última instância, o próprio interesse público.

Antes do advento da Lei nº 13.964/2019, conhecida por Lei Anticrime, positivando o Acordo de Não Persecução Cível, doutrinariamente já se defendia a possibilidade de pactuação pelo Poder Público, desde que resguardado o interesse público, evitando-se os litígios desarrazoados atravancadores da atuação administrativa.

O fenômeno da consensualidade, por seu turno, espalha-se pela esfera da improbidade administrativa e, via de consequência, o consenso paulatinamente passa a permear o microssistema processual civil da tutela da probidade na Administração Pública. Não se pode esquecer que o art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992, justificava-se somente quando era impensável uma negociação com agentes ímprobos, no domínio da improbidade administrativa.

A primeira normatização de consensualização na esfera da improbidade administrativa foi a Medida Provisória 705/2015, revogando a vedação do multicitado art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/1992, na sua redação original, a qual não chegou a ser transformada em lei. Outro marco consensual foi a Resolução nº 179/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, autorizando a seus membros a celebração de compromisso de ajustamento de conduta na seara da improbidade administrativa.

O extenso percurso pelo qual o interesse público, consubstanciado no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público, percorreu doutrinariamente e legislativamente, até a concepção atual da sua releitura e mitigação, demonstra o alcance de um anseio de realidade social mais complexa, por meios

consensuais mais resolutivos, céleres, capazes de não somente efetivar seus objetivos, mas conferir ao próprio interesse público maior dimensão e objetividade, concernente a sua defesa mais adequada na contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 35ª ed. Barueri (SP): Atlas, 2021.

_____. Interesse público: verdades e sofismas. *In:* (orgs.) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 67-83.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. *In:* (orgs.) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85-102.

_____. **Direito administrativo**. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

_____. A indisponibilidade do interesse público: conteúdo, natureza jurídica, fundamentos

normativos e impactos no Direito Administrativo brasileiro. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 1-28, jan./abr. 2020.

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*: BACELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo. *In*: (orgs.) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 33.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LANE, Renata. **Acordos na improbidade administrativa**: termo de ajustamento de conduta, acordo de não persecução cível e acordo de leniência. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2016.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica,

2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **Nota Técnica nº 001/2020**. Fortaleza, 2020.

ORTHOLAN, Marcelo Augusto Biehl. **O novo papel do Tribunal de Contas no microssistema de combate à corrupção administrativa**. 208 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

PALMA, Juliana Bonacorsi. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros e Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015.

PEREIRA, Leydomar Nunes. **Solução consensual na improbidade administrativa**: Acordo de Não Persecução Civil. 1ª ed. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira; MESSIAS, Mauro. **Acordos de Não Persecução Penal e Cível**. Leme, SP: Mizuno, 2021.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse Público: um Conceito Jurídico Determinável. *In*: (orgs.) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo:

Atlas, 2010, p. 115.

SILVA, Artur Custódio. **Supremacia do interesse público sobre o privado na pós-modernidade**: é necessária sua “desconstrução” ou sua “reconstrução”? Uma análise à luz do postulado da proporcionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, v. 251 [RT online], p. 39-428, 2016.

[1] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

[2] Professora Doutora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul

(UNISC), onde ministra as disciplinas “Teoria do Direito” (mestrado) e “Controle Social e Administrativo de Políticas Públicas” (doutorado).

[3] Jurista romano (Tiro, 150 – Roma, 223) influenciador da evolução do direito romano e bizantino.