

RECEBIDO EM: 04/02/2016

APROVADO EM: 27/04/2016

# O INTERESSE PÚBLICO E AS ALTERNATIVAS PARA A PROTEÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

*THE PUBLIC INTEREST AND THE ALTERNATIVES FOR THE  
PROTECTION OF LEGAL CERTAINTY*

*Guilherme Pinato Sato*

*Mestre em Droit public des affaires*

*Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne, PARIS 1, França*

*Especialização em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB*

*Procurador Federal - AGU*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As correntes do interesse público e da defesa dos direitos fundamentais: seus objetivos e diferenças; 2 O ativismo judicial na execução dos interesses individuais; 3 As alternativas ao ativismo judicial; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este artigo analisa as transformações ocorridas no conceito de interesse público após a Constituição de 1988 e as suas diferenças e aproximações com a corrente de defesa dos direitos fundamentais. O estudo tem por escopo abordar o ativismo judicial e a consequente sobreposição do Poder Judiciário, em detrimento da discricionariedade do Poder Executivo em praticar atos administrativos e executar políticas públicas. Por fim, cita os acordos extrajudiciais como instrumento de pacificação de conflitos e alternativa eficaz à insegurança jurídica ocasionada pelo ativismo judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Interesse Público. Ativismo Judicial. Segurança Jurídica. Poder Executivo. Acordos Extrajudiciais.

**ABSTRACT:** This article analyzes the changes that occurred in the concept of public interest after the 1988 Constitution and their differences and approaches to the fundamental rights of defense current. The study has the scope to address judicial activism and the consequent overlapping of the Judiciary, rather than the discretion of the Executive Power in practicing administrative acts and executing public policies. Finally, it cites extrajudicial agreements as an conflict peacemaking instrument and effective alternative to legal uncertainty caused by judicial activism.

**KEYWORDS:** Public Interest. Judicial Activism. Legal Certainty. Executive Power. Extrajudicial Agreements.

## INTRODUÇÃO

Este artigo analisa as interpretações dadas ao interesse público pela jurisprudência e doutrina após o advento da Constituição de 1988, quando as funções executiva, legislativa e judiciária foram sensivelmente remodeladas, acarretando a sobreposição dessa última em detrimento das demais, no que se refere à edição de atos administrativos e à própria técnica de edição de normas.

No conceito tradicional, o interesse público consistia em demarcar as atribuições e prerrogativas dos entes públicos e em preservar a supremacia do interesse do Estado em relação aos direitos individuais. Estavam jungidos em um único conceito tanto os anseios estatais da pessoa jurídica quanto os interesses gerais abstratos da sociedade.

Na nova ordem constitucional, os direitos do Estado podem ser até contrários aos interesses da sociedade. Assim, o interesse público transmudou-se, da proteção dos interesses da própria Administração Pública, para a salvaguarda dos direitos individuais.

Embora este trabalho tenha como objetivo abordar o interesse público, a corrente dos direitos fundamentais também será analisada, mesmo que de modo sucinto. Ela se contrapõe à corrente do interesse público, no que se refere aos limites de atuação do Estado e à forma de concretização dos direitos individuais, e para tanto utiliza meios diversos.

No interesse público, ao Poder Judiciário são atribuídas novas funções, antes exercidas pelos demais poderes. O juízo singular é ator de relevo na efetivação dos direitos sociais, frente às omissões legislativa e executiva.

Na defesa dos direitos fundamentais, ao contrário da primeira corrente, o ordenamento jurídico se impõe, delineando os direitos individuais, restringindo e especificando os limites da ação estatal.

No novo modelo de interesse público, os princípios e normas constitucionais ganham aplicação imediata na concretização de direitos individuais, independentemente da existência de leis que os regulem, que lhes deem um norte.

Surge então uma pluralidade de decisões judiciais, com diversas interpretações da norma constitucional, para atender os direitos individuais em cada caso concreto.

O ativismo judicial, além de adentrar nas funções do Poder Legislativo, criando leis individuais para garantir a concretização de direitos sociais, interfere nas funções típicas do Poder Executivo, ou seja, na execução e na efetivação das políticas públicas.

O papel do Judiciário se intensificou, na medida que é o órgão responsável pela interpretação dos princípios e normas constitucionais e pela sua aplicação diretamente nos processos judiciais. O presente texto comenta as respostas encontradas pela Administração Pública e pelo sistema normativo para conter o avanço do ativismo judicial, ensejador de insegurança jurídica nas relações contratuais.

São exemplos dessas respostas a realização de acordos na esfera administrativa, a criação de câmara de conciliação e arbitragem na esfera federal e a previsão, ainda que incipiente, de um procedimento administrativo de negociação entre os entes públicos e os administrados.

São mecanismos importantes de resolução de conflitos na esfera extrajudicial que visam a dar previsibilidade à Administração Pública e ao indivíduo na celebração de contratos, prevendo hipóteses de pacificação de litígios sem a necessidade de se socorrer ao Judiciário.

Na esfera privada, os indivíduos, em regra, podem realizar transações extrajudiciais embasadas na autonomia da vontade, mas em relação à Administração Pública há dúvida sobre a necessidade de lei autorizadora para a transação administrativa.

Entendemos pela sua possibilidade, pois o anseio de todos é um Estado conciliador, ativo na defesa dos interesses legítimos da sociedade. A negociação pode atender os próprios interesses da coletividade, os princípios da moralidade e da eficiência, deixando de lado os meros interesses patrimoniais das pessoas jurídicas.

O presente artigo comenta os seguintes temas: a defesa dos direitos fundamentais e o interesse público, suas aproximações e diferenças; os modos alternativos encontrados pela Administração Pública para conter o ativismo judicial; o interesse público singular para uma pluralidade de interesses públicos reconhecidos pelo ordenamento jurídico e suas consequências; a indisponibilidade do interesse público, traduzida pela “melhor decisão no caso concreto” e suas consequências na preservação da segurança jurídica.

## 1 AS CORRENTES DO INTERESSE PÚBLICO E DA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: SEUS OBJETIVOS E DIFERENÇAS

As correntes do interesse público e da defesa dos direitos fundamentais<sup>1</sup> têm como fundamento a proteção e a efetivação dos direitos do administrado frente à Administração Pública. Não se trata, assim, de entendimentos contraditórios, pois ambos têm como objetivo delimitar as funções executivas para o atendimento de direitos subjetivos de diferentes grupos da sociedade, embora utilizem meios diversos para atingir o mesmo resultado.

A defesa dos direitos fundamentais põe em evidência a proteção de direitos individuais e seu emaranhado de leis assecuratórias que detalham os limites da atuação estatal, prevalecendo a “não interferência” pública em prol da concretização desses direitos. Ao Executivo e ao Judiciário cabem a observância e a aplicação das leis em respeito aos direitos de propriedade, de ir e vir e de livre concorrência, dentre outros.

Tomemos como exemplo a intervenção estatal direta na esfera econômica. Quais são os limites do Estado para atuar na área privada? Pode o Estado intervir diretamente, por meio de empresas públicas, de sociedades de economia mista e mesmo com participação minoritária em empresas privadas, com fins exclusivamente financeiros, como se um particular fosse?

Em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas há necessariamente a prestação de determinados serviços de interesse coletivo, embora atuem também em setores de livre concorrência com os demais agentes econômicos.

Em relação ao Estado acionista minoritário, o Poder Público almeja obter dividendos como um acionista privado, comprando e vendendo as suas ações segundo as suas conveniências. A defesa dos direitos fundamentais na esfera econômica tece críticas à desmensurada atuação estatal nesse setor, em detrimento à liberdade profissional, à livre concorrência, pois se trata de atividades estritamente empresariais e de mercado.

---

1 A análise das duas correntes tomou por base a classificação de Fernando Dias Menezes de Almeida, pois ilustram de maneira bem elucidativa as principais tendências de pensamento no direito administrativo brasileiro, após 1988. Segundo o autor, a vertente liberal de defesa dos direitos fundamentais tende a valorizar a decisão do legislador no tocante à definição da ação administrativa, enquanto a vertente estatizante tende a ter no “interesse público” o critério do órgão jurisdicional para aferir o cumprimento da legalidade da ação administrativa, segundo o parâmetro da melhor decisão (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 370-376).

À guisa de exemplo, na França<sup>2</sup> o Estado é acionista minoritário em várias empresas de diversos setores econômicos: automobilístico (Renault – 15%), aviação civil (Air France – 15%), nuclear (AREVA- 21%), equipamentos industriais, defesa e aeroespacial (Thales – 27%), dentre outros, demonstrando os interesses estratégico e privado do Estado em angariar fundos e celebrar contratos internacionais.

A autora francesa Christine Maugüé<sup>3</sup> menciona que não há expressamente liberdade de comércio para as pessoas de direito público e que a intervenção estatal deve se pautar em uma das seguintes hipóteses:

- a) atividade industrial desenvolvida somente pela pessoa pública e que posteriormente é exercida por agentes privados; assim, os investimentos públicos justificam a manutenção da estrutura estatal em livre concorrência com os entes privados;
- b) segundo o princípio da especialidade, pelo qual a atividade empresarial estatal é um complemento do serviço público;
- c) por motivos de interesse geral.

Em relação à atuação direta do Estado em atividades estritamente privadas, a autora europeia menciona antiga jurisprudência do Conselho do Estado de 1942 relativa à construção da Cidade Universitária em Paris. Tal obra pública era destinada a acolher estudantes nacionais e estrangeiros em albergues residenciais subsidiados pelo Poder Público.

O setor hoteleiro do Quartier Latin alegou os prejuízos que teria com a construção da Cidade Universitária e que o setor privado poderia suprir a demanda de alojamentos e apartamentos para os estudantes.

---

2 FRANCE. Agence des Participations de L'État (APE). *L'État actionnaire 2014-15: énergie, industries, services et finance, transports*. Disponível em: <[http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/agence-participations-etat/Rapport\\_APE.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/agence-participations-etat/Rapport_APE.pdf)>. Acesso em: 06 dez. 2015. A Agence des Participations de l'État é o órgão específico de atuação do Estado francês como acionista em empresas privadas de grande porte.

3 MAUGÜÉ, Christine. La liberté du commerce et de l'industrie des personnes privées s'est-elle transformée? In: DRAGO, Guillaume; LOMBARD, Martine (Dirs.). *Les libertés économiques*. Paris: Panthéon Assas; LGDJ Diffuseur, 2003. p. 51-57. A autora menciona a seguinte jurisprudência: C.E., Ass., 27 février 1942, Mollet, Rec.64.

O Conselho do Estado entendeu que a Cité Universitaire era um complemento necessário ao serviço público de educação e, portanto, não violava as liberdades de livre comércio e de livre concorrência.

Interpretando a corrente de proteção aos direitos fundamentais na área econômica, o Estado não deve atuar diretamente como investidor em setores em que não há carência na prestação por parte dos entes privados em atividades estritamente empresariais.

Tal entendimento não impede, todavia, que o Estado atue como agente regulador, para coibir e punir a concorrência desleal entre os próprios agentes econômicos, em prejuízo dos consumidores, e que promova políticas públicas de inserção de novos usuários.

A crítica a essa corrente é o seu caráter privatístico na defesa de interesses meramente individuais, na promoção da igualdade formal e da legalidade, sem se ater aos diversos grupos heterogêneos que compõem a sociedade brasileira, marcada por profunda desigualdade social.

Por sua vez, a corrente do interesse público tem o foco na promoção da igualdade material de diferentes grupos da sociedade, procurando em “cada caso” o melhor direito, como sinônimo de indisponibilidade dos interesses da sociedade.

O interesse público, que era único, tornou-se multifacetário e passou da proteção das prerrogativas e pretensões do ente público para a salvaguarda de interesses de grupos de indivíduos, desde que reconhecidos pelo direito.

É no conflito entre tais grupos que o Poder Judiciário tutela o direito subjetivo que mais se aproxima dos interesses da sociedade em cada caso concreto, tendo o Judiciário como intérprete dos anseios da coletividade.

A ideia da multiplicidade de interesses públicos é bem explicitada por Jean-François Lachaume, Claudie Boitteau e Hélène Pauliat<sup>4</sup>, ao descreverem o conceito de *intérêt général*.

Para eles, a necessidade coletiva integra necessariamente a satisfação do interesse individual de cada usuário. Todavia, o *intérêt général* não é

---

4 LACHAUME, Jean-François; BOITEAU, Claudie; PAULIAT, Hélène. *Droit des services publics*. 3e éd. Armand Colin, 2004. p. 33.

a simples soma desses interesses pessoais, pois o bem-estar de todos os usuários depende da organização do serviço público que atenda, dentro de limites possíveis, cada interesse individual.

Os autores franceses arrematam dizendo que se cada expectativa individual devesse ser atendida, todos os serviços públicos seriam gratuitos e citam o caso do transporte urbano, em que se deve realizar uma ponderação entre os interesses individuais, que podem ser contraditórios.

Nesse exemplo, eles mencionam que o itinerário do transporte público deve ser definido conciliando interesses dos usuários que moram em bairros, ruas diferentes e também trabalham em horários diferentes. Caso pretendessem ser atendidos os interesses individuais em sua integralidade, seria necessário colocar um ônibus ou um trem à disposição de cada usuário, segundo as suas necessidades e suas preferências de horário.

Os ensinamentos da doutrina francesa servem de exemplo à concepção de multiplicidade de “interesses públicos” tutelados pelo Estado. Fernando Dias Menezes de Almeida<sup>5</sup> observa que a Escola do Interesse Público brasileira recebeu fortes influências do direito francês e dos seus conceitos de um regime jurídico de prerrogativas e sujeições.

O Estado tornou-se mediador dos interesses individuais, que podem ser até mesmo contraditórios. Nesse sentido, Floriano de Azevedo Peixoto Marques Neto<sup>6</sup> cita que o papel do Estado, de intérprete autoritário, passou a conciliador de interesses públicos:

Os interesses públicos – adverte Pizzorusso - nada mais são que finalidades concretas a serem efetivadas pelos órgãos ou entes públicos, pois, em sociedades pluralistas, como a que vivemos; há tantos interesses públicos quantos forem as comunidades nela coexistentes.

O Poder Executivo é a esfera mais apropriada para a concretização dos interesses públicos heterogêneos, promovendo o diálogo entre os diversos grupos que o representam e executando políticas públicas na efetivação gradual dos direitos sociais.

---

5 ALMEIDA, op. cit., p. 438.

6 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 152.

## **2 O ATIVISMO JUDICIAL NA EXECUÇÃO DOS INTERESSES INDIVIDUAIS**

Na corrente do interesse público, o Poder Judiciário assume a função primordial de encontrar a melhor solução em cada processo, o que significa a tutela de determinado direito subjetivo, o que corresponderia na própria indisponibilidade do interesse geral.

A consequência da transferência ao Judiciário do manejo e concretização das políticas públicas é a prolação de inúmeras decisões contraditórias, mesmo que se trate de casos semelhantes.

Se na defesa dos direitos fundamentais o papel principal cabe ao Legislativo, ao detalhar a operacionalidade dos direitos individuais, no interesse público o Judiciário é o responsável pela efetivação dos interesses individuais.

O juízo singular excede suas funções de subsunção do caso concreto à lei para adentrar no papel de legislador em demandas individuais, tendo como alicerce, em muitos casos, somente os princípios e normas constitucionais. Essas últimas são caracterizadas pela sua abstração e por conceitos programáticos no que diz respeito à consecução dos direitos sociais.

O Judiciário aplica “leis individuais”, valendo-se do princípio da proporcionalidade, para que a lesão ao direito alheio seja a menor possível, para a satisfação do interesse público no caso concreto.

O ativismo judicial pode interferir na execução de políticas públicas, concedendo liminares em áreas de saúde, educação e moradia, sobrepondo-se à existência de cadastramentos de interessados efetuados previamente pelo Poder Público.

A conduta ativa do Judiciário na concretização de direitos sociais traz a necessidade de alocação adicional de recursos para o atendimento das decisões judiciais, que antes estavam destinados a outras finalidades também públicas, como o próprio atendimento efetuado na esfera administrativa.

Há de se indagar se nos dias atuais ainda existe discricionariedade na realização de atos administrativos e de políticas públicas em que não tenha havido a interferência do Judiciário em seu modo de operação.

Se de um lado deve-se ter em conta a necessidade premente dos demandantes que procuram a Justiça para a aquisição de vagas em escolas, creches ou hospitais, de outro lado encontram-se, na esfera administrativa, indivíduos em situações também emergenciais que se cadastraram em lista de espera para atendimento.

O ideal seria o acesso de todos aos direitos sociais previstos na Constituição Federal, mas frente à escassez de recursos públicos, caberia ao Judiciário a tarefa de fiscalizar, coibir preferências injustificadas nos cadastramentos de espera e punir a prática de malversação.

Assim, o Judiciário contribui na efetivação dos direitos sociais e no oferecimento gradativo, pelo Poder Executivo, de novas vagas para a positivação e ampliação dos direitos sociais. Deixaria de haver a preferência dos atendimentos judiciais em detrimento da ordem cronológica de cadastro realizada na esfera administrativa.

O ativismo judicial se beneficia de uma Constituição analítica e da própria omissão dos demais poderes em editar leis e ampliar o acesso aos direitos sociais. Elival da Silva Ramos<sup>7</sup> ensina que:

No que concerne ao desdobramento infraconstitucional de normas-regras os riscos de extrapolações ativistas são consideravelmente menores, em face do maior grau de precisão e determinabilidade dos comandos constitucionais. Todavia, a ampla projeção sistêmica das normas-princípios, mormente as de porte constitucional, pode vir a converter-se em elemento de propulsão ao ativismo judiciário, que restará configurado se as normas de desdobramento resultarem de decisões judiciais e não de atos formalmente legislativos, como de rigor.

O ativismo judicial se mostra bem presente nas lides previdenciárias, a tal ponto que um número significativo de segurados da Previdência Social escolhe o ajuizamento direto de demandas de concessão de aposentadorias e pensões sem tê-la requerido inicialmente em uma agência da Previdência Social.

O Poder Judiciário exerce as atribuições típicas da autarquia previdenciária, ao praticar atos administrativos de concessão ou indeferimento de benefícios. Em resposta ao ativismo judicial, o STF firmou entendimento, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 631.240/

---

7 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 187.

MG<sup>8</sup>, da necessidade do prévio requerimento ao INSS, para a concessão de benefícios previdenciários, como regra geral.

Não se exige o exaurimento da esfera administrativa, mas que, na concretização dos direitos da seguridade social previstos na Constituição Federal, sejam observados os procedimentos e prazos determinados em lei. O artigo 174 do Decreto n. 3.048/1999 estipula o prazo de 45 dias para o INSS efetuar o primeiro pagamento na via administrativa.

A partir do 46º dia do requerimento administrativo sem resposta do INSS, o administrado poderá ajuizar a demanda previdenciária. Caso a autarquia federal notifique o indeferimento do pedido antes do prazo estipulado, o segurado já terá interesse processual em ajuizar a demanda, não havendo necessidade de esperar o transcurso restante dos 45 dias.

Apesar das inúmeras críticas ao ativismo judicial de invasão das competências dos demais poderes, em casos específicos ele foi um avanço na ampliação de direitos sociais, principalmente no que se refere a temas em que o Legislativo e o Executivo não desejavam suportar o ônus político. Podemos citar o reconhecimento de pensão por morte previdenciária para o dependente homossexual.<sup>9</sup>

O STF<sup>10</sup> vem reconhecendo a legitimidade do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas insculpidas na Constituição Federal e que a abstenção do Estado em cumpri-las viola, segunda a Corte Constitucional, a própria integridade da Lei Fundamental, e estimula, no âmbito do Estado, o fenômeno da erosão da consciência social.

Entretanto, o próprio Poder Judiciário vem delimitando o ativismo judicial a medidas necessárias ao mínimo existencial, não podendo

---

8 STF - RG RE n. 631.240/MG, Plenário, rel. Min. Roberto Barroso, j. 03.09.2014, DJe, de 07.11.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3966199&numeroProcesso=631240&classeProcesso=RE&numeroTema=350>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

9 MPF - Parecer n. 1663/2006/AR/SPGR, do Subprocurador-Geral da República Aurélio Virgílio Veiga Rios, de 15.12.2006, no REsp n. 814595/RS (2006/0020743-3), 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de-atuacao/dsexuaisreprod/Parecer%20-%20ACP%20-%20INSS%20-%20inclusao%20do%20companheiro%20homossexual%20c.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

10 STF - AgR ARE n. 639.337/SP, 2ª Turma, rel. Min Celso de Mello, j. 23.08.2011, DJe, de 15.09.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

ultrapassar tal limite, sob pena de violar a reserva do possível, a da separação dos poderes e a criação de desigualdades entre os administrados.

Cite-se acórdão do próprio STF<sup>11</sup> em que, apesar de não ter admitido o Recurso Extraordinário por questões processuais, prevaleceu o acórdão do tribunal de origem, em que fora concedido ao demandante vítima de enchentes o benefício de aluguel social, e não o direito à moradia.

A Corte Suprema zela para que as decisões judiciais não ultrapassem medidas que garantam o mínimo existencial, evitando-se assim decisões políticas que transbordem as atribuições típicas do Poder Judiciário na aplicação e interpretação da lei no caso concreto.

### 3 AS ALTERNATIVAS AO ATIVISMO JUDICIAL

A aplicabilidade direta de princípios no caso concreto pode ter como consequência o questionamento, pelo controle difuso, da constitucionalidade de leis que venham detalhar a própria dimensão e procedimentos das normas previstas na Lei Maior.

Apesar de a lei ter passado pela verificação de constitucionalidade pelos Poderes Executivo e Legislativo, ela pode ser inquinada de inconstitucional desde o seu início de aplicação em controle difuso, ocasionando incerteza nas relações contratuais quanto ao cumprimento da nova legislação em vigor.

A multiplicidade de interpretação de princípios pelo Judiciário pode ocorrer tanto pela omissão legislativa em editar lei explicitando a dimensão deles, como por decisões judiciais que, ao aplicá-los, vão de encontro ao próprio ordenamento jurídico existente.

---

11 STF - AgR AREn. 870.010/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j.25.08.2015, DJe, de 10.09.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9363365>>. Acesso em: 06 dez. 2015. Cite-se excerto do mencionado acórdão do TJRJ: "Entende-se que o citado benefício, de prestação mensal, é apto a assegurar minimamente o direito fundamental à moradia da parte autora/apelante, preservando o núcleo essencial de sua dignidade. Logo, revela-se suficiente à garantia do mínimo existencial, não competindo ao Judiciário exceder desse patamar, onerando os cofres públicos além de suas possibilidades. Conceder judicialmente nova moradia à agravante implicaria violação injustificada da reserva do possível e de separação de poderes, criando, ademais, situação anti-isotômica com relação aos demais administrados. Destarte, descabida a condenação dos agravados à concessão de nova moradia à autora/gravante, havendo meios menos onerosos à garantia do núcleo mínimo do direito fundamental à moradia, como o benefício do aluguel social já implantado."

Tendo como objetivo efetivar a segurança jurídica, o Poder Público pode se valer da ação declaratória de constitucionalidade, antecipando-se aos próprios questionamentos jurídicos em futuros casos concretos. Criou-se a ADC para estabelecer a certeza sobre a constitucionalidade das leis, servindo de mecanismo de contenção do ativismo judicial.

Fernando Dias Menezes de Almeida<sup>12</sup> analisa os mecanismos de reação à amplificação da legalidade pela aplicação direta de princípios constitucionais e a conseqüente pluralidade de decisões. Segundo o autor, as medidas de reação são em um primeiro movimento o reforço do controle concentrado e, em um segundo, a contratualização da ação administrativa (normatividade individual e concreta) e as súmulas vinculantes (normatividade geral e abstrata).

Este artigo analisa a contratualização pela via do consenso e apresenta alguns exemplos desse mecanismo: a resolução de conflitos previstos em procedimento administrativo e as câmaras de conciliação na esfera pública federal.

A atividade conciliatória pode ser efetuada na esfera administrativa, pois o Poder Público deve se guiar pelo atendimento do interesse público primário, de direitos indisponíveis da coletividade, que podem até contrariar os próprios interesses secundários e financeiros do Estado.

Sobre a possibilidade de a Administração Pública realizar convenções extrajudiciais, Fernando Dias Menezes de Almeida<sup>13</sup> leciona:

Mas, mesmo ante a ausência de expressa previsão, é sustentável a possibilidade da celebração desses acordos no Direito brasileiro. Isso porque está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício, a opção por se decidir de modo consensual com o destinatário da decisão. Numa situação assim, sempre restará, em potência, o poder unilateral, que circunstancialmente não é exercido. Por outras palavras, está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício, a opção da Administração por impor a si própria certos condicionantes de sua ação, importando obrigação para com o destinatário da decisão. É lícito que se chegue a essa opção por uma via consensual de formação da convicção.

12 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latins, 2015. p. 415-428.

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

O consenso extrajudicial traz segurança, pacificação às partes envolvidas e natural conformismo aos interessados, diferentemente do que ocorre com o contencioso judicial, no qual o sucumbente será impelido por meio da força estatal a fazer ou a pagar, em processo de longa duração e de resultado incerto.

Ao negociar, a Administração Pública põe-se em condição de igualdade em relação aos particulares, despindo-se do seu poder de supremacia, de intangibilidade, negociando cláusulas econômicas, mas resguardando para si as atribuições no modo de prestação de suas atividades e de suas competências constitucionais, que não podem ser delegadas ou negociadas.

O mencionado professor da USP<sup>14</sup> lembra que a Administração possui o poder unilateral de decidir por si mesma, independentemente de acordo, mas decide pelo modo consensual, quando possível. O jurista finaliza sobre as vantagens do acordo:

O recurso ao módulo convencional substitutivo da decisão unilateral tem, portanto, o sentido finalístico de aproveitarem-se os benefícios inerentes aos aspectos funcionais da essência contratual, propiciando a pacificação social a partir do respeito à confiança e à palavra consensualmente dada – além de potenciais vantagens pragmáticas ligadas à celeridade e eficiência das medidas almejadas.

Nesse mesmo sentido, Eduardo García de Enterría<sup>15</sup> lembra que as fórmulas convencionais são:

[...] un modo de administrar en el que la Administración renuncia, en principio, a imponer de forma imperativa y unilateral su propio criterio y se esfuerza en encontrar un punto de equilibrio adecuado entre los intereses públicos por los que debe velar en todo caso y los intereses particulares de las personas, físicas o jurídicas, sin cuyo concurso no podría conseguir sus objetivos.

14 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latins, 2012. p. 298.

15 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2008. v. 2, p. 520-521.

A Lei paulista n. 10.177/1998<sup>16</sup>, em seu artigo 65, estipula hipótese de procedimento de acordo na esfera administrativa, mais especificamente de ressarcimento por danos causados por funcionários públicos a terceiros.

Segundo a norma mencionada, o administrado, ao descrever os fatos e o dano, deve indicar o montante atualizado, sendo que o pedido pode ser acolhido total ou parcialmente pelo Estado. O requerente será intimado da contraproposta oferecida pela Administração, sendo o seu silêncio entendido como aceitação.

O administrado que recusar a transação não pode invocar em posterior processo judicial o reconhecimento da responsabilidade administrativa, ou seja, não pode utilizar o requerimento administrativo para reconhecer somente a responsabilidade extracontratual e socorrer-se posteriormente ao Judiciário para obter indenização mais vantajosa.

Apesar da proposta inovadora prevista na lei paulista, tal instituto é pouco utilizado, seja pelo desconhecimento do próprio administrado, seja pelas contrapropostas ofertadas pela Administração, que geralmente não são aceitas pelo requerente.

Outra possibilidade de realização de acordo extrajudicial é a previsão legal da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal. A sua previsão<sup>17</sup> de funcionamento vem estabelecida no artigo 18 do Decreto n. 7.392/2010, cujo inciso III estipula a competência do mencionado órgão administrativo para dirimir por meio da conciliação as controvérsias entre a União e os demais entes federais ou entre esses e as Administrações Públicas estaduais e municipais.

A Câmara de Conciliação pode atuar tanto em litígios em andamento na Justiça, como em fase anterior, evitando o próprio ajuizamento, com a pacificação do conflito na esfera administrativa. Tais entes públicos representam órgãos, autarquias responsáveis pela formulação e execução de políticas públicas, sendo que a solução célere e amigável na esfera administrativa pode trazer melhorias, reparos à execução de programas de concretização de direitos sociais.

---

16 Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

17 Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/217569](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/217569)>. Acesso em: 06 dez. 2015.

São exemplos de controvérsias em que figuraram posteriores acordos ou tentativas de propostas de acordos em andamento na esfera da Câmara de Conciliação:<sup>18</sup>

- a) controvérsias entre a FUNAI, INCRA e ICMBio relacionadas à sobreposição de interesses agrários, indígenas e ambientais em terras indígenas e em assentamentos agrários no extremo sul do Estado da Bahia (Processo n. 00410006126200406);
- b) controvérsia entre os Correios e o INSS sobre o pagamento de aluguéis atrasados por parte da empresa pública e posterior celebração de novo contrato de locação (Processo Administrativo n. 35318001937/2010-93);
- c) conflito entre a Universidade de Brasília e o Ministério da Saúde sobre a comercialização de obra editada para distribuição gratuita. O acordo foi celebrado para compensar o prejuízo do Ministério da Saúde pela não publicação e distribuição dos livros sob guarda da Universidade. Esta última comprometeu-se a publicar, no prazo de 120 dias a partir da entrega do arquivo digitalizado, a nova obra escolhida pelo Ministério da Saúde (Processo Administrativo n. 25000.625556/2009-81).

Os procedimentos de conciliação nas esferas federal e estadual são exemplos de alternativas encontradas pelo Poder Público para resolver os seus litígios valendo-se do entendimento entre as partes e uma forma de evitar o acaso, a morosidade e o ativismo das decisões judiciais, que se sobrepõem à discricionariedade do Poder Executivo em sua atividade típica de concretização de normas programáticas previstas na Constituição Federal.

#### 4 CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi analisar a intromissão do Poder Judiciário em atividades típicas administrativas, sobrepondo-se às atribuições do Poder Executivo e de sua discricionariedade na promoção e execução de direitos sociais.

Ele abordou as transformações no conceito de interesse público ocorridas após a Constituição Federal de 1988, passando de interesse uno, indivisível, que se confundia com a defesa patrimonial da própria pessoa

---

18 Disponível em: <<https://siscon.agu.gov.br/facilitador/pesquisa.php?pagina=25&&pesquisa=CCAF>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

jurídica de direito público, para a multiplicidade de interesses públicos legitimados pelo ordenamento jurídico.

As diferenças entre as correntes administrativas do interesse público e da defesa das garantias fundamentais foram apontadas, pois ambas influenciaram intensamente a redefinição das relações entre o indivíduo e a Administração Pública, após o advento da Constituição de 1988.

Os dois pensamentos, embora partam de pontos de vista diferentes, visam ao mesmo fim: a limitação da atuação estatal e a proteção dos direitos individuais. Na defesa das garantias fundamentais, o arcabouço legal é responsável pela proteção dos direitos subjetivos dos administrados, tutelando sobretudo os direitos fundamentais de 1ª geração.

Para a corrente do interesse público, o Judiciário tem papel de destaque, ao encontrar o interesse indisponível, em cada processo judicial, na concretização de direitos sociais.

A consequência das atribuições do Poder Judiciário na tutela dos direitos sociais amparados diretamente em princípios e normas programáticas é a multiplicidade de decisões diferentes em situações similares, ocasionando insegurança jurídica e intervenção injustificada de juízes singulares na própria concretização e manejo das políticas públicas.

O STF vem delimitando, em seus entendimentos pelo controle concentrado, pela via de súmulas vinculantes e mesmo por acórdãos em recursos extraordinários, a amplitude do ativismo judicial, para que ele seja o estritamente necessário à garantia de um mínimo existencial e não interfira em decisões políticas de competência do Poder Executivo.

Apesar do engajamento da Suprema Corte em coibir sentenças e acórdãos de caráter político, o ativismo judicial é bem presente nos dias atuais.

O Poder Executivo utiliza cada vez mais acordos consensuais como alternativa ao ativismo judicial. Os contratos servem de instrumento para a celebração de convenções com o objetivo de pacificar conflitos e efetivar a segurança jurídica.

Este texto apresentou exemplos de procedimentos conciliatórios previstos na lei paulista, em relação à reparação de danos extracontratuais, e, no âmbito federal, a atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem em controvérsias havidas entre entes públicos federais ou entre estes e Estados e Municípios.

Trata-se de interessantes mecanismos de resolução de conflitos na esfera administrativa, mas que poderiam ser ampliados pela edição, pelos próprios entes federados, de procedimento geral de conciliação, especificando as matérias patrimoniais possíveis de acordo, o rito, os prazos e os mecanismos que garantam a imparcialidade dos conciliadores.

O interesse público é a consecução dos princípios da eficiência, da moralidade administrativa e da legalidade, que podem ser amparados tanto por procedimentos administrativos, como por demandas judiciais. Os acordos pacificam conflitos e atendem aos anseios da sociedade, beneficiando tanto os interesses legítimos de grupos de indivíduos, como da própria Administração Pública.

## REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FRANCE. Agence des Participations de L'État (APE). *L'État actionnaire 2014-15: énergie, industries, services et finance, transports*. Disponível em: <[http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/agence-participations-etat/Rapport\\_APE.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/agence-participations-etat/Rapport_APE.pdf)>. Acesso em: 06 dez. 2015.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. v. 2, Madrid: Thomson Civitas, 2008.

LACHAUME, Jean-François; BOITEAU, Claudie; PAULIAT Hélène. *Droit des services publics*. 3e éd. Paris: Armand Colin, 2004.

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

MAUGÜÉ, Christine. La liberté du commerce et de l'industrie des personnes privées s'est-elle transformée? In: DRAGO, Guillaume; LOMBARD, Martine (Dirs.). *Les libertés économiques*. Paris: Panthéon Assas; LGDJ Diffuseur, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013.