

SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: INFLUÊNCIAS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

CONSENSUAL SOLUTION OF CONFLICTS
IN THE PUBLIC ADMINISTRATION:
INFLUENCES OF THE CONSTITUTIONALIZATION
OF THE RIGHT

Platon Teixeira de Azevedo Neto
platon.teixeira@gmail.com

Miccael Pardino Natal
miccael.pardino@gmail.com

Sumário: 1 Introdução. 2 Constitucionalização do direito administrativo. 2.1 Características da constitucionalização do direito. 2.2 Transição de paradigmas no Direito Administrativo à luz da constitucionalização. 3 Nova perspectiva de interesse público. 3.1 Interesse público personalizado. 3.2 Fim do monopólio da persecução do interesse público. 3.3 Políticas públicas e interesse público. 4 Consensualidade na administração pública. 5 Conclusões.

Resumo:

Pretende-se demonstrar como a constitucionalização contribui para o surgimento de um paradigma de Administração consensual, que admite solução harmônica dos conflitos administrativos. Assim, perpassa-se pelas mudanças que a constitucionalização causa nos institutos do Direito Administrativo. São referenciais teóricos o pós-positivismo, a hermenêutica filosófica e a conflitologia desenvolvida por Jorge Bolaños Carmona. Como conclusão, apresentar-se-á como o reconhecimento de uma ordem de valores, a partir dos direitos fundamentais, informa o processo analisado.

Palavras-chave:

Administração pública; consensualidade; constitucionalização; conflito.

Recebido: 29-5-2019
Aprovado: 23-12-2020
doi: doi.org/10.36751/rdh.v20i1.1297

Abstract:

It is intended to demonstrate how constitutionalisation contributes to the emergence of a consensual Administration paradigm, which admits a harmonious solution of administrative conflicts. So, work with the changes that constitutionalisation causes in the Institutes of Administrative Law. The post-positivism, the philosophical hermeneutics, and the conflict theory developed by Jorge Bolaños Carmona are theoretical references. As a conclusion, it will be presented how the recognition of an order of values, based on fundamental rights, informs the analyzed process.

Keywords:

Public administration; consensuality; constitutionalisation; conflict.

1. INTRODUÇÃO

Tem-se assistido o crescente surgimento de legislação prevendo a utilização de meios consensuais de conflitos no âmbito da Administração Pública – seja nos casos em que a Administração é parte no litígio, seja quando exerce a função de mediadora ou árbitra –, enquanto um fenômeno ligado a um novo modelo de administração, que vem sendo chamado como Administração consensual, também alcunhada de Administração democrática, participativa, inclusiva, dentre outras designações.

A Administração abre-se tanto para utilização de meios autocompositivos, como mediação e conciliação, quanto para métodos heterocompositivos de solução de conflitos, notadamente a arbitragem. No Brasil, a título de exemplo, recentemente, a Lei nº 13.655, de 2018, promoveu alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942), inserindo o artigo 26 que permite às autoridades administrativas – assistidas pelo órgão jurídico competente – eliminar situação contenciosa mediante a celebração de compromisso com os interessados.

A aludida reforma vem na esteira de outras previsões mais antigas de métodos consensuais, como a própria alteração na lei de arbitragem, Lei nº 9.307, de 1996, que prevê a utilização da heterocomposição extrajudicial pela Administração, ou mesmo a possibilidade de Termos de Ajustamento de Conduta, inaugurada no Estatuto da Criança do Adolescente e também incluída no Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública, por exemplo.

O paradigma consensual, que permite a eclosão de tais previsões legislativas, surge no contexto da constitucionalização do Direito Administrativo oriunda, por seu turno, de uma recolocação da relação entre moral e direito, que ganha especial força no pós-segunda guerra mundial. O constitucionalismo pós-positivista, herdeiro da hermenêutica filosófica, passa a conceber o papel estruturante da Constituição, à medida que, ao mesmo tempo, fornece validade ao ordenamento e estabelece um horizonte hermenêutico de interpretação possível dos textos normativos e institutos infraconstitucionais.

Assim, o presente artigo tem como escopo rastrear o modo como a chamada constitucionalização do Direito Público forneceu um contexto favorável ao surgimento do modelo de Administração concertada, em que a solução dos conflitos pode acontecer por meio de métodos consensuais, encarados como uma política pública de solução de pacificação.

Para isso, investiga-se como a constitucionalização influencia o Direito Administrativo, resignificando institutos clássicos desse ramo, afastando-os de suas origens, muitas vezes autoritárias, rumo a um sentido de direito que reflita os valores insculpidos no texto constitucional.

Tem-se como marco teórico a hermenêutica crítica e o pós-positivismo jurídico, bem como a perspectiva do direito enquanto ciência dogmática, segundo construções de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Já especificamente quanto à discussão referente à consensualidade na resolução de conflitos, serve-se das contribuições teóricas de Jorge Bolaños Carmona, que propõe uma conflitolgia a partir da teoria dos jogos.

Já quanto à metodologia, o texto pauta-se pelo método dialético-argumentativo, reconhecendo que a realidade está constantemente sujeita a mudanças, em que o findar de um processo implica o começo do outro, que, mais do que negar o anterior, estabelece com ele uma relação de supressão. Esse processo dialético é adequado para a análise das mutações do Direito Administrativo a partir da constitucionalização.

Como técnica de investigação, tem-se uma abordagem bibliográfica, ancorada em literatura ligada ao constitucionalismo democrático e ao Direito Público contemporâneo. Ainda nesse contexto de pesquisa bibliográfica, adentra-se na chamada vertente documental, lidando-se com textos legais e repertórios doutrinários (ADEODATO, 1998).

Para dar conta do problema proposto, este trabalho: apresenta como a constitucionalização conduz o Direito Administrativo a novos paradigmas (item 1); delinea como uma noção de interesse público constitucionalizada volta-se à realização de direitos fundamentais e informa as políticas públicas (item 2); aponta como a consensualidade, resultante da constitucionalização e da personalização do interesse público, alcança centralidade em um novo paradigma de administração pública, inclusive quanto à resolução de conflitos (item 3).

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Conforme mencionado, assistiu-se a um processo chamado de constitucionalização do Direito Administrativo. Trata-se de fenômeno mais abrangente, que afeta todos os ramos do direito e decorre da emergência de uma concepção de Constituição que carrega valores e tem força normativa que se irradia para todo o ordenamento jurídico.

Necessário, assim, tratar da chamada constitucionalização do direito, recolhendo as características que reverberam no âmbito do Direito Administrativo, de modo a fazer criar um espaço que seja favorável ao surgimento do chamado paradigma da Administração consensual.

2.1. Características da constitucionalização do direito

O Estado Democrático de Direito é calcado em um novo constitucionalismo que emerge após a segunda guerra mundial, buscando fortemente desvencilhar-se de uma concepção de estado em que, no âmbito do direito, não há preocupação com o conteúdo, mas apenas com a estrutura, reduzindo-se a esquemas de autorizações legislativas e distribuição de competências. Por certo, assim como anjo da história, de Walter Benjamin, abandona o paraíso em chamadas não necessariamente pelo anseio de futuro, mas em negação e horrorizado com o passado, o Estado do segundo pós-guerra compromete-se a não repetir os erros dos regimes totalitários, especialmente do nazifascismo.

É por isso que José Gomes Canotilho assevera que não se pode conceber um Estado Democrático de Direito que não se importe com o conteúdo de suas leis fundamentais, que, necessaria-

mente, comportarão um aspecto axiológico (CANOTILHO, 2003, p. 87). Justamente em contraposição às violações ocorridas durante a guerra, esse conteúdo material estará voltado à proteção dos direitos humano-fundamentais. A positivação e o reconhecimento desse conteúdo valorativo nos textos constitucionais – especialmente veiculados na forma de princípios – permitirá que se reconheça que o constitucionalismo é calcado numa ordem de valores.

Isso se dá porque, como mencionado, é na negação das ofensas realizadas pelos regimes totalitários que ganha força a constitucionalização, de modo que sua legitimidade está na centralidade da dignidade da pessoa humana, enquanto nascedouro e condição de possibilidade para promoção e proteção dos direitos fundamentais. A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet anota o protagonismo da dignidade da pessoa humana, porque ela representa um elemento que, simultaneamente, confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional (SARLET, 2012, p. 91). Estado legítimo será aquele comprometido em não cometer novamente os erros do nazifascismo. Em consequência dessa posição da dignidade da pessoa humana é que os direitos fundamentais assumem posição estruturante, vez que:

constituem [os direitos fundamentais] – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo, ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. (...) Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões. (SARLET, 2012, p. 101).

Não por acaso é que essa concepção de constitucionalização tem um marco histórico com o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, sob a égide da Constituição de 1949 – já influenciada pela ideia de que o texto constitucional não deve ser vazio de conteúdo, devendo proteger os direitos humanos –, em julgamentos de casos concretos, adotou soluções que afastavam textos normativos infraconstitucionais, arguindo a existência de valores democráticos que permeavam o texto constitucional. A corte passou a conceber que os direitos fundamentais, erigidos na Constituição, têm a função de instaurar uma ordem axiológica objetiva, que deve informar o controle de validade e a interpretação/aplicação dos textos normativos infraconstitucionais. (BARROSO, 2012, p. 35).

Demonstrando essa noção de que, no constitucionalismo democrático, o texto constitucional é revestido de normatividade e serve de parâmetro de validade para o direito infraconstitucional, Luís Roberto Barroso anota:

A idéia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. (BARROSO, 2012, p. 32)

Barroso esclarece qual a concepção de constitucionalização adota, realizando um acordo semântico. Isso porque a expressão “constitucionalização” pode carregar multivocidade, referindo-se também à mera noção da existência de uma Constituição em um ordenamento, ou mesmo que o texto constitucional faz-se analítico e trata de temas materialmente infraconstitucionais. Neste trabalho, adota-se constitucionalização no mesmo sentido proposto acima, ou seja: o texto constitucional passa a ser parâmetro de validade e a compor a construção de sentido na hermenêutica dos textos e institutos infraconstitucionais.

Como se pôde perceber até aqui, portanto, a constitucionalização do direito da segunda metade do século XX, que está no escopo do Estado Democrático de Direito, tem duas fortes características, que se estão intimamente ligadas entre si, quais sejam: o ordenamento jurídico passa a ser interpretado pela chave hermenêutica da constituição, especialmente com esteio nos princípios; a centralidade dos direitos fundamentais, que passam a informar uma ordem objetiva de valores constitucionais.

Quanto ao primeiro ponto – pré-compreensão hermenêutica –, nota-se uma influência do giro linguístico hermenêutico do começo do século XX. O intérprete, em um paradigma de hermenêutica filosófica, sabe que o sentido não está dado, pronto e acabado, nos textos normativos e que a interpretação consiste em criar sentido a partir dos valores insculpidos na Constituição.

Já Hans Kelsen reconhecia o papel criador do intérprete. De fato, Kelsen, influenciado pelo positivismo lógico, em razão de sua participação no chamado círculo de Viena, concebe a sua Teoria Pura do Direito a partir das contribuições da virada linguística. Com a virada linguística, abandona-se noção de uma linguagem meramente designativa, passando a entender que o sentido é construído por jogos de linguagem. Em “Teoria pura do direito”, Kelsen assume que o intérprete

é um criador de normas jurídico-positivas, de modo que realiza mais que um simples silogismo jurídico, dando continuação ao processo criador do direito – que foi iniciado pelo legislador –, pois aplicar é criar (SANTOS NETO, 2011, p. 389).

Ocorre, porém, que Kelsen ainda buscava – em vão, como demonstra Hans-Georg Gadamer (2005, p. 42) –, em nome da busca pela “ciência do direito”, separar interpretação (ato de conhecimento do cientista do direito) da aplicação (ato de vontade do intérprete autêntico, o julgador). Ocorre que, qualquer tentativa de interpretação, envolve, necessariamente, a simulação mental de uma hipótese de incidência do texto. Eros Roberto Grau sintetiza a impossibilidade de se destacar a interpretação da aplicação, uma vez que o intérprete, em razão de um caso dado interpreta o texto de modo a concretizar a lei no referido caso, de modo que interpretação e aplicação formam uma só operação (GRAU, 2004, p. 31).

No âmbito do fenômeno do constitucionalismo, tem-se essa noção de que os textos legais não são obras prontas e acabadas, estando abertos a uma interpretação, que tem um aspecto não de revelação de um sentido previamente insculpido no texto, mas sim de construção de um sentido normativo. Todavia cabe ressaltar aqui que no constitucionalismo democrático a interpretação/aplicação não será um ato discricionário. No positivismo de Kelsen, chega-se a conceber a aplicação do direito como um ato de vontade, o que contrasta com a perspectiva pós-positivista que marca a constitucionalização aqui tratada, em que o resultado de interpretação deverá guardar congruência para com os direitos fundamentais e para com a ordem objetiva de valores que deles decorre.

Para o pós-positivismo, a interpretação estará adstrita aos valores constitucionais. Colocando de outra forma, em um processo hermenêutico, a axiologia da Constituição figurará como condição de pré-compreensão dos textos, estabelecendo um horizonte hermenêutico de sentidos constitucionalmente possíveis e democráticos. É nesse sentido a noção de romance em cadeia e integridade do direito na obra de Ronald Dworkin (2007), que, aqui no Brasil, influencia a teoria crítica de hermenêutica e decisão de Lênio Luiz Streck, que fala em respostas constitucionalmente adequadas (STRECK, 2014a).

Em relação ao segundo ponto, levando em conta que a constitucionalização implicou, como visto, em reconhecer uma ordem de valores erigidos no texto constitucional, tem-se uma relocalização de um objeto de debate na teoria do direito: relação entre direito e moral. Esse reconhecimento de valores dotado de normatividade é o responsável pela aproximação entre constitucio-

nalização e pós-positivismo, vez que essa concepção, por meio do reconhecimento dos princípios, restabelece uma conexão necessária entre direito e moral.

Para Kelsen, entretanto, o pluralismo de valores impediria a existência uma relação necessária entre direito e moral (KELSEN, 2009, p. 75-77). Sob o olhar positivista, direito e moral devem funcionar como sistemas totalmente separados, porquanto formam um conjunto de normas que se diferenciam por suas finalidades, por suas fontes, ou, até mesmo pelos seus conteúdos, como sistemas de coerção e critérios de reconhecimento (DIMOULIS, 2011, p. 56). Assim, há que se notar que, para essa tese, a relação entre o direito e moral é contingencial, ante a forte separação existente entre ambos.

Ocorre que, conforme mencionado, na Alemanha contemporânea à constitucionalização do direito, à medida que se reconhece que os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, com seu conteúdo axiológico e democrático, têm um caráter centralidade dentro do ordenamento jurídico, o exaurimento lógico é reconhecer que há um compromisso jurídico com os valores que informam tais direitos.

Não foi por acaso, portanto, o fato de ter sido nesse contexto, de constitucionalização alemã, o surgimento da noção de mínimo existencial, no sentido que existem condições mínimas de subsistência, sem as quais não será possível uma existência digna em que se observe ambiente favorável à manifestação da própria personalidade (SARLET, 2008, p. 21). Tem-se um protagonismo dos direitos fundamentais, tendo como centralidade a necessidade de se preservar e promover – esse aspecto prestacional fica evidente com a construção da ideia de mínimo existencial – a dignidade da pessoa humana, justamente por aí repousar a condição para a fruição de todos aqueles direitos.

Então, estabelece-se uma relação entre direito e moral: os direitos fundamentais formam um núcleo valorativo que, à luz do fazer hermenêutico mencionado acima, para além de informar a interpretação das normas, será parâmetro de validade dos textos infraconstitucionais. Por isso, o constitucionalismo do segundo pós-guerra é pautado pelo pós-positivismo, modelo em que as construções teóricas apontam que a moral tem o papel de corrigir o direito (tese da complementaridade), ou, de modo diverso, que o direito tem um nascedouro na moral (tese da cooriginaridade).

Seja pela tese da correção, seja pela tese da cooriginaridade, no contexto da constitucionalização a moral estará presente, embora isso não implique em dizer que o intérprete/aplicador estará autorizado a lançar mão de sua moralidade privada, mas sim que atue conforme os valores

constitucionais (STRECK, 2014b). A saber, o que ocorre é uma institucionalização jurídica da moral. Se assim não o fosse, o direito careceria de força legitimadora (STRECK, 2011, p. 153-154).

Norberto Bobbio identifica na justiça, juntamente com a validade e a eficácia, critério de valorização da norma jurídica. Nessa esteira, para o teórico italiano, o problema da justiça diz respeito à correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico, que, por sua vez, são resultado dos valores insculpidos pelo legislador (BOBBIO, 2001, p. 45-46). Exatamente nesse sentido a perspectiva axiológica da constitucionalização do direito, por meio dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Nesse âmbito, pensando nesse caráter de controle de validade, que assumem os valores constitucionais, é emblemático que o referido primeiro precedente dessa constitucionalização – na Alemanha, referenciado acima – foi no chamado “caso Lüth”, em que o Tribunal Constitucional Federal, em nome do direito à liberdade de expressão, deixou de aplicar a literalidade do Código Civil Alemão (BGB), decidindo que o dispositivo em questão – referente à responsabilidade aquiliana – deveria ser interpretado à luz do mencionado direito fundamental (BARROSO, 2012, p. 35).

Assim, verifica-se que a constitucionalização implicou em um reconhecimento de valores decorrentes dos direitos fundamentais, que balizam a interpretação das normas infraconstitucionais – em um processo de criação de sentido normativo –, bem como lhe servem como parâmetro de validade. Cabe agora investigar o impacto que tal noção opera sobre o Direito Administrativo.

2.2. Transição de paradigmas no Direito Administrativo à luz da constitucionalização

Ao se abrir à constitucionalização, o Direito Administrativo fica sujeito a sofrer substanciais alterações na estrutura de seus institutos clássicos. Isso ocorre em razão da gênese desse ramo do direito, que remonta ao Conselho de Estado francês, em que a formação do Direito Administrativo ocorria de modo mais jurisprudencial, de acordo com o modo com que se solucionavam as situações em que o Estado era demandado, pouco influenciado pelos valores democráticos que iam se formando, e pelo fazer das leis no Poder Legislativo.

Nesse sentido, desenvolvendo uma teoria crítica do Direito Administrativo, Gustavo Binembjorn assevera que é equivocada a ideia amplamente difundida no sentido de que o Direito Admi-

nistrativo tenha nascido como uma forma de submeter o autoritarismo à lei (BINENBOJM, 2014, p. 10-12). Binenbojm aponta que o Direito Administrativo, surgido no bojo do Conselho de Estado, não era dotado de uma contrafaticidade – no sentido de limitar abusos do Poder Executivo –, mas, antes, servia como um arcabouço retórico legitimador de velhas condutas de império. Com efeito, assim versa:

O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos. (BINENBOJM, 2014, p. 11-14).

A existência de tal jurisdição administrativa criava certa imunização em relação à atuação do Poder Executivo, de modo que ao particular restava um papel coadjuvante, em posição de vulnerabilidade, nunca como titular de direitos oponíveis à Administração (SILVA, 2003, p. 39-51). Nesse contexto de surgimento pretoriano do Direito Administrativo, tal ramo não dialogava com o Direito Constitucional.

Por essa vicissitude histórica é que o Direito Administrativo fica sujeito a significativas mudanças na estrutura de seus institutos – oriundos da contingência dos conflitos da Administração – marcados fortemente pelo império do Poder Público ao ser juiz de suas próprias causas. O aporte teórico do Direito Administrativo, naquela altura do século XIX, ainda estava fortemente marcado pelas concepções napoleônicas, contendo uma lógica de hierarquia e disciplina com tons militares (JUSTEN FILHO, 2012, p. 78-79).

De fato, noções como discricionariedade e supremacia do interesse público, aliadas à imperatividade das decisões administrativas que eram tomadas no Conselho de Estado, estabeleciam uma hierarquia rígida entre Administração e administrado, de modo que restava a este último, disciplinadamente, acato e resignação. A sociologia compreensiva, no estudo do poder, elencando tipos ideais de dominação, traz que a disciplina representa a forma de dominação que mais exige uma postura acrítica do dominado (QUITANEIRO, 2003, p. 61-64).

Nota-se, assim, um profundo descompasso entre a origem do Direito Administrativo e o escopo da constitucionalização, em que se observa, como visto, o reconhecimento de uma ordem de valores calcada em direitos fundamentais, tendo como centralidade a dignidade da pessoa humana. A própria noção de interesse público, apoiada em uma discricionariedade ampla, não apresentava qualquer referência aos princípios fundamentais das constituições.

Portanto, a constitucionalização que vem experimentando o Direito Administrativo passa por uma re colocação dos princípios e institutos desse ramo jurídico, tendo em conta a axiologia constitucional, em uma operação hermenêutica nos moldes versados no tópico anterior. À medida que se abre aos princípios constitucionais, tem-se uma criação de sentido constitucionalmente valorado. Luís Roberto Barroso assim descreve a referida abertura:

Por fim, mais decisivo do que tudo para a constitucionalização do Direito Administrativo foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais — não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais. (BARROSO, 2012, p. 49).

Verifica-se uma alteração na dinâmica da relação entre Administração e administrado, à luz do já mencionado protagonismo da dignidade da pessoa humana — enquanto fundamento de legitimidade de toda a ordem constitucionalizada. Justamente a superação — ou movimento rumo à superação — da hierarquia entre Poder Público e sujeitos é que permitirá a abertura para a consensualidade, no sentido de que ambas as partes têm o direito e interesse em construir o caminho para a composição.

É nesse sentido que Diogo Moreira Figueiredo Neto indica que a constitucionalização do Direito Público é pautada pela ideia de consenso, de modo que, tendo em conta a importância dos sujeitos de direito administrados, tem-se a passagem de uma democracia formal para um modelo de democracia substantiva, que extrapola o mero sufrágio periódico (MOREIRA NETO, 2006, p. 72-73). Os particulares passam a ser partícipes na definição e na persecução do interesse público — que está no escopo do Estado — e não meros reféns das decisões administrativas.

Essa reconfiguração da noção de responsabilidade pela busca do interesse público merecerá uma atenção mais verticalizada no tópico seguinte deste trabalho. Cumpre, por ora, ressaltar que essa inclusão do administrado – como uma consequência do reconhecimento de sua dignidade e da consciência de que a legitimidade do Estado reclama respeito aos direitos fundamentais – reflete um novo fundamento jurídico para o sistema juspolítico.

Isso é o que Ricardo Lobo Torres alcunha de “primado da pessoa”, em que se abandona a ideia de que os valores prevalecentes são aqueles adotados e ditados pelo Estado em atos de soberania (TORRES, 2006, p. 103). Passa-se a buscar fundamento juspolítico em valores constantes ligados aos direitos humano-fundamentais e em valores instrumental-conjunturais, oriundos de demandas contingenciais dos administrados (TORRES, 2006, p. 104). Os valores constantes devem ter permanência, à medida que o respeito a tais direitos deve ser perene; ao passo que os valores contingenciais assim o são, porque instrumentalizam o alcance de finalidades demandadas pelos sujeitos de direito, sendo valores reconhecidos/recolhidos mediante procedimentos democráticos horizontais (administração-de-si-para-si).

Assim, rastreado o escopo da constitucionalização do Direito Administrativo, cabe apontar quais novos paradigmas emergem a partir da personalização – no sentido de atenção aos sujeitos de direito e aos seus respectivos direitos fundamentais. Nesse jaez, Gustavo Binenbojm, aponta que: a Constituição, e não a lei em sentido estrito, pauta a vinculação administrativa à juridicidade; o interesse público depende da ponderação dos valores constitucionais e dos interesses metaindividuais; a discricionariedade passa a ter compromisso com as regras e princípios constitucionais; a noção de uma Administração centrada no Poder Executivo cede espaço a um policentrismo do poder, ancorado na descentralização, inclusive por meio de agências reguladoras (BINENBOJM, 2014, p. 25).

Nesse mesmo tema, como novos paradigmas, Luís Roberto Barroso aponta: a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, indicando que a análise do interesse público levará em conta aquele outro interesse à luz dos valores constitucionalizados; vinculação do administrador à Constituição e não só às regras infralegais, conforme também assinalou Binenbojm; possibilidade do controle judicial-constitucional do mérito administrativo, exatamente porque se mitiga a discricionariedade administrativa (BARROSO, 2012, p. 49-50).

Falando-se em mudança de paradigma, tem-se que esclarecer que, em prejuízo de concepção de paradigma mais adequada às ciências naturais – como nas construções do físico e filósofo

da ciência Thomas Samuel Kuhn (2006) –, seguindo sugestão de Gustavo Binbenjy (2014, p. 25), adota-se uma noção de paradigma a partir do caráter de ciência dogmática do direito, como nas construções de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, no sentido de pensar o direito enquanto uma ciência dogmática.

Ferraz Júnior aponta que o direito, apesar da abertura para questões zetéticas, lida, em suma, com a dogmática (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 45-47). Levando em conta que a decidibilidade é sempre uma questão central no estudo do direito, Ferraz Júnior, usando da terminologia de Theodor Viehweg, aponta que, no âmbito jurídico, parte-se de determinadas opiniões e pressupostos, visando resolver uma questão (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 46). A busca por solução de casos – que coloca o direito como uma tecnologia – conta com preceitos fixados (como os textos normativos, jurisprudência, doutrina e fontes materiais). Nesse compasso, o teórico versa:

As questões “dogmáticas” são tipicamente tecnológicas. Neste sentido, têm uma função diretiva explícita. Pois a situação nelas captada é configurada como um dever-ser. Questões deste tipo visam possibilitar uma decisão e orientar a ação. De modo geral, as questões jurídicas são “dogmáticas”, sendo sempre restritivas (finitas) e, neste sentido, “positivistas” (de positividade). (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 46).

Ainda tendo em conta a questão da decidibilidade e a busca por soluções, Tércio Ferraz Júnior, a partir de uma perspectiva weberiana, no sentido de que o direito moderno proporciona segurança da certeza de expectativa de determinadas ações, diz que o direito, por meio da dogmática, tem o condão de correlacionar funcionalmente meios/fins e questões/soluções.

Assim, essa dogmática formada por pressupostos compartilhados, voltados à aplicação do direito, adquire um aspecto de irrefutabilidade dos pontos de partida. Isso se torna especialmente visualizado no caso dos textos normativos. Os juristas buscam/ analisam situações a partir do que é dado, evitando uma discussão zetética ampla. Assim, perfeitamente possível falar-se tanto na existência de paradigma, quanto na sucessão de paradigmas.

A partir do fenômeno da constitucionalização, os instrumentos do Direito Administrativo recebem uma nova concepção a ser compartilhada como ponto de partida e ensinada. Tais institutos deixam de ser concebidos mediante pressupostos de superioridade do Estado, de hierarquia e império. Por certo, há troca de modelo, em relação ao Direito Administrativo, “...pelo descrédito de suas antigas premissas teóricas e pela emergência de novas” (BINENBOJM, 2014, p. 29).

O Direito Administrativo passa ser informado pela axiologia decorrente dos direitos fundamentais, o que permite, a partir da dignidade da pessoa humana, recolocar o papel do indivíduo na formação do agir administrativo. Em consequência dessa troca de paradigmas pontuais, tem-se, num olhar geral, uma abertura ao consenso.

3. NOVA PERSPECTIVA DE INTERESSE PÚBLICO

Conforme aludido acima, a constitucionalização do Direito Administrativo conduziu a uma nova concepção quanto ao interesse público. Assim, cumpre dedicar uma atenção especial a tal categoria central dos ramos públicos do direito, pelo seu protagonismo estruturante no caso da Administração, justificando o agir administrativo.

Assim, tratar-se-á como o interesse público passa a se relacionar com os direitos humano-fundamentais, de modo a romper com a noção de que somente cumpre ao Estado a busca por tal interesse coletivo. Por fim, versar-se-á a respeito da relação entre interesse público e políticas públicas, perscrutando-se de que modo a solução consensual de conflitos pode atender à noção constitucionalizada de interesse público.

3.1. Interesse público personalizado

A partir dos novos paradigmas expostos no tópico anterior, a noção de interesse público também se sujeita à constitucionalização, passando a ser informada pelos direitos fundamentais. Assim, o interesse público deixa de ser identificado com a noção do interesse da Administração, ou mesmo com o interesse de gestão.

Em uma perspectiva constitucionalizada, Marçal Justen Filho traz uma concepção de “interesse público personalizado”, que faz frente à ideia de uma discricionariedade administrativa ampla e irrestrita (JUSTEN FILHO, 1999, p. 129). Com o adjetivo “personalizado”, o administrativista quer dizer que a dignidade da pessoa humana deve pautar a pergunta pelo interesse público nos casos concretos, de modo que tal interesse trate “da realização dos valores jurídicos fundamentais” e se perfaça “com a satisfação de necessidades de segmentos da população, em um momento con-

creto, para realizar os valores fundamentais.” (JUSTEN FILHO, 1999, p. 129). Assim, a decisão administrativa deverá “...demonstrar como os efeitos concretos da decisão conduzirão à realização do princípio da dignidade da pessoa humana segundo o espírito do ordenamento jurídico.” (JUSTEN FILHO, 1999, p. 129).

Em tal conjectura, falece a noção de discricionariedade como carta branca ao administrador. De fato, não há mais que se falar em sistema binário de ato vinculado/ato discricionário, mas sim em “graus de vinculação à juridicidade” (BINENBOJM, 2014, p. 25). Subsiste uma margem de liberdade ao administrador, mas ela estará condicionada ao horizonte axiológico constitucional (JUSTEN FILHO, 1999, p. 115) e a serviço desse mesmo horizonte. Por certo, o juízo de oportunidade e conveniência estará sempre voltado à realização de direitos fundamentais e promoção da dignidade da pessoa humana.

Uma noção abstrata de interesse público – favorecida pela cristalização histórica da ideia de que o Administrador goza de discricionariedade para agir, estando suas decisões livres de controle de mérito – não pode mais ser invocada pela Administração Pública como chave retórica, para veicular pretensões unicamente de Governo, ou mesmo interesses estranhos ao bem comum. O interesse público emanará daquela ordem de valores formada pelos direitos fundamentais, de tal sorte que não pode ser utilizado, como justificativa meramente formal, em prejuízo dos próprios administrados.

Nem sempre existe identidade entre o interesse público e o interesse do administrador – e/ou da Gestão –, por certo, aquele primeiro se refere aos beneficiários da atividade administrativa, ao passo que este último diz respeito às pretensões daqueles que exercem a atividade administrativa. A Administração Pública “...não é a titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí o princípio da indisponibilidade do interesse público.” (PIETRO, 2016). Ademais, como ver-se-á adiante, a Administração sequer é a única guardiã do interesse coletivo.

O interesse público implica reconhecer o caráter instrumental aos poderes titularizados pelo Estado e agentes públicos (JUSTEN FILHO, 1999). A valer, tais poderes prestam-se a atender a toda a sociedade, não dizendo respeito aos interesses específicos de alguém, ou de uma parcela da sociedade, ou mesmo do governo em exercício.

No Brasil, em razão de raízes históricas, observa-se um aparelhamento do Estado, o que restou blindado exatamente pela adoção de uma noção de interesse coletivo genérica, herdeira daquelas origens autoritárias do Direito Administrativo. Nesse âmbito, Sérgio Buarque de Holanda esclarece que, no Brasil, por muito tempo – com mais força no século XIX – teorizou-se a respeito do Estado considerando-o como uma espécie de ampliação do círculo familiar, sujeito à mesma lógica privada dos lares (HOLANDA, 1995, p. 140-142). Tal maneira de conceber a Administração, que enseja o clientelismo e paternalismo mediante a troca de favores, marcou, profundamente, a história do Estado brasileiro.

O referido antropólogo, usando o método da sociologia compreensiva, delineia tipo ideal, um arquétipo, denominado “funcionário patrimonial” para versar a respeito da má utilização da função pública que reveste uma carreira de Estado, veja-se:

Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. (HOLANDA, 1995, p. 146).

Com efeito, a personalização tratada por Justen Filho, em nada tem a ver com essa captura do aparato da Administração em prol de interesses exclusivamente privados, mas sim um respeito aos valores que compõem à possibilidade do fazer-se pessoa, enquanto sujeito de direito, ou seja, dignidade da pessoa humana, que é condição de possibilidade para o exercício dos direitos humanos.

Porém, em outro aspecto, Holanda se equivoca – até porque sua obra, *Raízes do Brasil*, precede a uma noção de Administração Pública constitucionalizada – ao afirmar que o Estado diz respeito a um triunfo do geral sobre o particular (HOLANDA, 1995, p. 142). O interesse público não justifica uma “supressão” do particular, em nome da coletividade. Relativizar direitos em nome de um bem coletivo implicaria em uma postura filosoficamente utilitarista – tal qual a defendida por Jeremy Bentham –, distante da ideia de pautar-se pelo respeito aos direitos, como se apregoa desde o liberalismo político iluminista.

Constitucionalizar, diferentemente de um utilitarismo, é reconhecer os direitos fundamentais erigidos no texto constitucional e respeitá-los, enquanto sustentáculos da sociedade democrática. Nesse compasso, de reconhecimento dos direitos fundamentais como estrutura de uma democra-

cia, é que, com a constitucionalização, fala-se em um fim do monopólio da persecução do interesse público, tema a ser tratado no tópico a seguir.

3.2. Fim do monopólio da persecução do interesse público

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, abandona-se a perspectiva segundo a qual o Estado é o titular do interesse público, tendo total arbítrio para determinar seu conteúdo e, de modo verticalizado e autoritário, eleger as medidas que servem a tal interesse.

A valer, partindo-se da ideia de que o interesse público reflete os valores democráticos da comunidade, bem como serve à proteção dos direitos dessa própria comunidade, seria um contrasenso excluir tais indivíduos dos processos de identificação e persecução daquele interesse.

Para assimilação desse rompimento com os velhos paradigmas da Administração, tem-se que a noção de “público” não está necessariamente atrelada à ideia de “estatal”. Nesse âmbito, Ricardo Lobo Torres, comentando a passagem de um fundamento político com eixo no Estado, para um com fundamento na sociedade, assim disserta sobre o paradigma antigo:

Quanto ao fundamento político, tudo o que fosse público era por consequência estatal, cabendo aos governos tomar as decisões correspondentes, em uma esfera de atuação inconfundível e irreduzível em relação à esfera privada e reservada à sociedade. (TORRES, 2006, p. 103).

Em um contexto democrático, o particular será partícipe da pauta/agendamento do interesse público, bem como terá compromisso para empreender esforços na busca por tal interesse. Há uma corresponsabilidade, portanto, entre Estado e administrado. Diogo Figueiredo Moreira Neto escreve sobre essa sinergia entre Administração e administrado, situando-a como uma componente de uma democracia marcada pela consensualidade como nova percepção da democracia manifesta na multiplicação de institutos consensuais no Brasil e pela soma de esforços de órgãos da Administração Pública “... e, de modo inovativo, associadamente – através de pessoas jurídicas de direito privado que se aliam ao Estado sob um vínculo de colaboração de direito público” (MOREIRA NETO, 2006, p. 73-74).

Cumprido salientar que a realização do interesse público não é atribuição exclusiva do Estado. Tal acepção pode ser observada, inclusive, pelo conteúdo do princípio da subsidiariedade, segundo

o qual a atuação estatal, sempre que possível e viável, deixará espaços de atuação à iniciativa privada. Em consequência de tal abertura surge e fortalece-se a figura da agência reguladora independente (BINENBOJM, 2014, p. 21).

Em igual sentido, como consequência do rompimento da noção de monopólio estatal da persecução do interesse público, assistiu-se ao surgimento de espaço para o terceiro setor, concessões de serviço público, parcerias público-privadas, organizações não governamentais, movimentos sociais, dentre outras formas de busca pelo interesse público, não protagonizadas pela Administração.

Surge, especialmente com a “agencificação”, o fenômeno denominado “administração policêntrica”, em que o Poder Executivo não mais centraliza em si todas as funções administrativas de Estado. Todavia a configuração de administração policêntrica tem um potencial ambivalente, vez que, por um lado, reconhece que o Estado – enquanto Administração Direta especialmente – não é o único que detém a capacidade para realizar o interesse público (BINENBOJM, 2014, p. 25-26). Porém, por outro lado, pode ocorrer um distanciamento do administrado – na busca de interesses exclusivamente privados – em relação à busca pelo interesse público, tal como ocorria no paradigma pré-constitucional.

Assim, cabe salientar que, muito embora a constitucionalização amplie a noção de interesse público para além do interesse estatal, isso deve servir à democracia – novamente, mediante respeito e promoção da dignidade da pessoa humana –, com maior participação do administrado e não com sua exclusão. Essa inclusão do administrado é que está de acordo com centralidade dos direitos fundamentais na constitucionalização.

3.3. Políticas públicas e interesse público

Como visto acima, a discricionariedade, em um modelo de Direito Administrativo constitucionalizado, é mitigada, de sorte que os juízos de oportunidade e conveniência, ainda que admitidos, ficam a serviço do interesse público. Por seu turno, o interesse público tem que ser informado pela ordem de valores ligadas aos direitos fundamentais. Assim, vê-se a necessidade de atuação administrativa – mas não exclusivamente estatal – voltada à proteção e à promoção de direitos fundamentais.

Daí surge a relevância de se tratar de políticas públicas, exatamente por dizerem respeito a programas de ação governamental, que têm o condão de proporcionar determinado fim, ou seja, operando na lógica de ajustes entre meios e fins. De fato, as políticas públicas são elaboradas para o alcance de fins com relevância social em determinada comunidade (BUCCI, 2002, p. 252-253).

Em um Estado Democrático de Direito, as finalidades das políticas públicas deverão guardar compromisso com o interesse público, que como visto, por sua vez, estará comprometido com a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Então, servindo-se de um silogismo, as políticas públicas têm o condão de veicular o interesse público mediante a promoção e proteção dos direitos fundamentais.

Ao esboçar um conceito de política pública, Maria Paula Dallari Bucci ressalta o fato de que a definição das políticas públicas tem o interesse público como bússola, não estando alheias ao direito, mas comprometidas com o ordenamento. Nesse sentido, como visto no primeiro tópico, o ordenamento como um todo está também comprometido com os direitos humano-fundamentais, em razão da constitucionalização. Conforme Bucci, as políticas públicas, “devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito...” (BUCCI, 2000, p. 264).

Também Fernando Aith ressalta a relação entre direito e políticas públicas, reconhecendo o protagonismo dos direitos fundamentais: “... considera-se política pública a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção dos direitos humanos.” (AITH, 2006, p. 232).

Nota-se assim que as políticas públicas estão inseridas no direito – ainda que com uma interface multidisciplinar – de modo que se sujeita ao ordenamento a escolha das finalidades que serão buscadas pelas políticas públicas, a eleição dos meios e as formas de controle e avaliação dos resultados. Trata-se de questão jurídica mais distante do dever-ser pautado pelo esquema de imputação “se-então” e mais próximo do direito em seu aspecto funcional, mais especificamente: função promocional do direito.

De fato, uma análise unicamente estruturalista – que concentra esforços na estrutura e hierarquia internas do ordenamento, em empreitada mais descritiva – teria menos instrumental para lidar com o dirigismo presente no Estado Democrático de Direito, para trabalhar com a noção de interesse

público e para estudar o aspecto teleológico que permeia as políticas públicas e seu controle. Quando o ordenamento assume uma função promocional, “... as normas jurídicas passam a estar intimamente associados à realização de objetivos públicos concretos, por meio do encorajamento, da indução e de recompensas de comportamentos”. (BOBBIO *apud* COUTINHO, no prelo).

Norberto Bobbio indica que o Estado que se pretende prestacional – como é o Estado Democrático de Direito comprometido com a promoção de direitos fundamentais – deverá assistir o fenômeno promocional, vez que o modelo de tradicional de direito enquanto proteção-repressão apresenta insuficiência ante o fato de que:

A função de um ordenamento jurídico não é somente controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica das sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos. Isso pode ser obtido, preferivelmente, por meio da técnica das sanções positivas e dos incentivos. (BOBBIO, 2007, p. 79)

A compreensão de que as políticas públicas no Estado Democrático de Direito são meio de promoção dos direitos fundamentais serve de arcabouço para a compreensão de porque a Administração Pública abre-se para meios consensuais de solução de conflitos, uma vez que têm o condão de promover uma finalidade pública comprometida com a promoção de direito fundamental, qual seja, acesso à justiça.

Nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988), em obra dedicada ao estudo do direito de acesso à justiça, apontam que os movimentos voltados à promoção de tal direito podem ser observados no que eles alcunharam “três ondas”. A terceira onda trata-se justamente da busca por “...instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67). Tem-se uma visão de acesso à justiça mais ampla do que o acesso ao Poder Judiciário. Identifica-se, ao menos em tese, a lógica instrumental que pauta as políticas públicas enquanto meios para a promoção/proteção de direitos fundamentais.

Essa percepção – de que as políticas públicas no Estado Democrático de Direito são meio de promoção dos direitos fundamentais – serve, desse modo, de arcabouço para a compreensão de como a Administração Pública vem abrindo-se para a utilização e métodos consensuais para a solução de conflitos.

4. CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como uma forma de exaurimento do que foi tratado até esta altura do artigo, cumpre versar a respeito da consensualidade na Administração Pública constitucionalizada. Por certo, a Administração concertada diz respeito a mais um novo paradigma administrativo surgido no abandono do viés autoritário na origem pretoriana do Direito Administrativo no Conselho de Estado.

Em compasso com a superação do protagonismo estatal, esse modelo administrativo concebe indivíduo e coletividade como partícipes na atuação da Administração, (MEDAUAR, 2003, p. 2011) buscando processos democráticos de inclusão dos particulares, que conduzam a uma maior legitimação da atuação administrativa. Saliente-se que o paradigma consensual, por envolver os processos que compõem a atividade administrativa, afeta diretamente o modo de se conceber, executar e realizar o controle de políticas públicas, vez que elas inserem-se em programas de ação governamental, compostas por processos complexos nesse âmbito administrativo.

Francesco Manganaro indica, de fato, que esse modelo resulta da constitucionalização do Direito Administrativo, em um processo de legitimação de atuação do Estado (MANGANARO, 2000, p. 141). A valer, o teórico compreende a consensualidade na Administração é um corolário referente à satisfação das necessidades sociais dos cidadãos, entendendo que para que as decisões administrativas “...cheguem o mais próximo possível do *optimum*, não devem ser o resultado de uma ação unilateral da Administração, mas resultar de um processo dialético, no qual confluem os diversos pontos de vista dos sujeitos interessados na decisão” (MANGANARO *apud* ARAGÃO, 2005, p. 294-295.).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por seu turno, traz uma perspectiva de pactuação da Administração Pública, ocorrida a partir de “aberturas negociais”, no sentido de efetivo ajuste de vontades, de modo que os envolvidos se veem nas eventuais soluções adotadas (MOREIRA NETO, 2006, p. 70-72). Indica-se ainda que o consenso permeia não só a atividade administrativa, mas também o modo com que a Administração lida com conflito.

A noção de paradigma encerra um caráter de promessa, vez que pretende ser unidade de coerência e convergência na aplicação do direito, dispensando um retorno a questões zetéticas, como aponta Tércio Ferraz (1980, p. 45-47). Assim, o conjunto de práticas, ensinamentos e compreensões compõem um determinado modelo de certo campo do direito, apresenta-se como um arcabouço

capaz de lidar com as questões atinentes ao referido campo e é desse modo que se fala que o paradigma traz uma promessa.

Com o paradigma da Administração consensual ocorre o mesmo, como bem se extrai da construção de Moreira Neto. Isso porque, se o consenso decorre de um reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, alterando a dinâmica Administração-administrado, como um novo paradigma, necessariamente irá alcançar a forma como Administração Pública lida com os conflitos.

Portanto, é congruente que o paradigma da Administração negociada também informe o modo como o Poder Público lida com os conflitos dos quais é parte, ou que envolvam o interesse público direto. Vislumbra-se, portanto, a conexão entre a constitucionalização do direito e a abertura da Administração Pública para os métodos consensuais de solução de conflito, que é o objeto deste trabalho.

Com efeito, há um interesse público na pacificação social e, ao contrário do que pode parecer *prima facie*, o direito fundamental de acesso à Justiça não se resume ao acesso ao Poder Judiciário, muito embora este último seja um desdobramento daquele primeiro. Nesse aspecto, a solução do conflito por métodos consensuais – compositivos ou mesmo heterocompositivo – garante maior participação do administrado na resolução da controvérsia.

Assim, o alinhamento entre a adoção de métodos consensuais e um modelo de Administração constitucional e democrática pode ser observado sob um aspecto substancial, de legitimidade, em razão do potencial de efetiva promoção de pacificação em tempo razoável e acesso à justiça. Também presente um prisma procedimental, de legitimação, vez que o interessado compõe, com protagonismo, o processo de busca pela solução.

Utilizando uma análise de “conflitologia”, tal como a proposta Jorge Bolaños Carmona à luz da teoria dos jogos, os métodos consensuais – especialmente nos casos de autocomposição –, podem induzir as partes envolvidas a uma postura cooperativa, em vez de competitiva, como se observa, em regra, em situações conflituosas.

Carmona, analisando o conflito como um jogo, demonstra que os jogadores –participantes da controvérsia – buscam sempre maximizar os benefícios para si e é possível que isso, muitas vezes, ocorra mais eficientemente pela sinergia e não pela disputa (CARMONA, 2015, p. 70-88).

Com efeito, há jogos cooperativos, em que o benefício de uma parte não implica necessariamente prejuízo à outra – a chamada eficiência ou ótimo de Pareto –, mas, pelo contrário, benefício simultâneo aos jogadores.

Assim, cooperação entre Administração e administrado, mediante a consensualidade, pode conduzir a uma solução de conflitos que cause menos fissuras entre as partes, bem como dispense o tanto expressivo de esforço que existe em uma disputa – como naquelas deduzidas em Juízo –, em que uma parte engendra energias para refutar a argumentação da parte adversa. Essa postura consensual alinha-se ao paradigma de uma Administração Pública constitucionalizada, garantindo participação democrática, maximizando a pacificação e, pela economia de esforços, promovendo eficiência.

5. CONCLUSÕES

Da análise da chamada constitucionalização do direito, observou-se que, com um arcabouço teórico calcado no pós-positivismo, passou-se a reconhecer que os direitos fundamentais positivados nos textos constitucionais acabam por formar uma ordem de valores que informa a interpretação dos textos infraconstitucionais e lhes servem de controle de validade.

Essa percepção atinge todos os ramos do direito, em razão de passar-se a conceber um papel estruturante da Constituição em relação ao ordenamento. No que diz respeito ao Direito Administrativo, o reconhecimento de uma ordem de valores constitucional provoca uma expressiva alteração nas ferramentas, princípios e institutos clássicos desse ramo. Isso se dá, conforme pode se verificar, porque a origem do Direito Administrativo remonta a um contexto pretoriano, com forte protagonismo do Estado, decidindo seus próprios conflitos, a partir de uma forte noção de império e supremacia.

Como a constitucionalização implica em uma centralidade dos direitos fundamentais, no âmbito do Direito Administrativo, observa-se uma abertura à participação dos administrados, titulares daqueles direitos, no agendamento, na execução e no controle do agir administrativo. A noção de interesse público passa a estar a serviço dos valores democráticos, de modo que as políticas pú-

blicas voltadas à sua realização adotam como finalidade a promoção de direitos. Ainda, abandona-se a ideia de que o Estado seria o único responsável pela persecução do interesse público.

Essa abertura à participação dos particulares, em um contexto em que os administrados também têm voz, torna possível um modelo de Administração consensual, em que o Estado não impõe, de modo verticalizado, decisões aos administrados. Como o conjunto de compreensões, práticas e ensinamentos no âmbito do direito, especialmente a partir das fontes formais, impu-tam-lhe um caráter dogmático, assenta-se um paradigma consensual, que permeia toda a atuação administrativa.

Foi possível observar que esse paradigma consensual, justamente em razão do caráter geral que têm os modelos em sistemas dogmáticos, acaba por resvalar também no modo como a Administração Pública lida com seus conflitos. Assim, encontrando nos métodos consensuais de solução de conflitos a possibilidade de uma resolução de controvérsias de forma cooperativa, de modo a tratá-las de jeito mais eficiente, menos traumático e com maior participação do administrado – o que pode conferir maior legitimidade à eventual solução – há, portanto, uma abertura para utilização de tais métodos no âmbito administrativo.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 4, n. 4, p. 171-187, 1998.

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 217-245.

ANADON, Celine Barreto; FERREIRA, Rafael Fonseca. Contribuições hermenêuticas para o desvelamento de um novo paradigma em direito administrativo. **Revista Seção Judiciária Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, p.69-91, ago. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In.* ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução Fernando Pavan Batista. Bauru: Edipro, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARMONA, Jorge Bolaños. Los dilemas em mediación o como crear relaciones beneficiosas. *In.* PARDO, Guillermo Orozco (Org.). **Tratado de mediación en la resolución de conflictos**. Madrid: Tecnos, 2015. p. 70-88.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. *In.* MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Org.). **Política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: UNESP. (No prelo).

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. 41. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009, p. 77.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006.

MANGANARO, Francesco. **Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. A advocacia pública como função essencial à justiça. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 18 ago. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcaoessencial-justica>. Acesso em: 06 out. 2018.

QUINTANEIRO, Tania et al. **Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. *In*. MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 381-405.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53, p. 21.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

STRECK, Lenio Luiz. Senso Incomum. Matar o gordinho ou não? O que as escolhas morais têm a ver com o Direito? **Consultor Jurídico**. São Paulo, 28 ago. 2014b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-28/senso-incomum-matar-gordinho-ou-nao-escolha-moral-ver-direito>. Acesso em: 05 nov. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. Direitos humanos, legitimidade e constitucionalismo. *In*. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 83-104.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

NETO, Platon Teixeira de Azevedo; NATAL, Miccael Pardino. Solução consensual de conflitos na Administração Pública: influências da constitucionalização do direito. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, v.20, n.1, p. 157-185, jan./jun. 2020. doi: doi.org/10.36751/rdh.v20i1.1297

Platon Teixeira de Azevedo Neto

platon.teixeira@gmail.com

lattes.cnpq.br/2017473090623178

orcid.org/0000-0001-5837-0029

Professor Adjunto de Direito Processual do Trabalho da Universidade Federal de Goiás (UFG). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de

Goiás (PPGDP/UFG). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade Europeia de Roma (Itália). Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1998). Já foi Diretor de Informática da ANAMATRA (biênio 2013-2015). Foi Membro da Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil do CSJT/TST. Ex-Presidente da AMATRA-18 (biênio 2011-2013). Ex-Presidente do Instituto Goiano de Direito do Trabalho (biênio 2007/2009). Lecionou, entre outras instituições de ensino, na PUC-GO e na FASAM, para Graduação, e para a Pós-Graduação “Lato sensu” na PUC/GO, na FASAM e no IPOG. Sua produção bibliográfica inclui artigos, livros (incluindo organização) e capítulos de livros publicados. É o Titular nº 3 da Academia Goiana de Direito. Atualmente é Juiz Titular da Vara do Trabalho de São Luís de Montes Belos-GO (TRT-18ª Região-Goiás). Também é Juiz Auxiliar da ENAMAT/TST. É Presidente do Núcleo Docente Estruturante (NDE) da Faculdade de Direito da UFG. Foi Coordenador Pedagógico da Escola Judicial do TRT da 18ª Região, também foi Coordenador de Pesquisa da Faculdade de Direito da UFG, membro do Comitê de Ética em Pesquisa da UFG e do Comitê Interno do PIBIC-UFG.

Miccael Pardino Natal

miccael.pardinho@gmail.com

lattes.cnpq.br/9742235952795021

Mestre em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Goiás (2019). Graduado em direito pela mesma instituição (2016). Professor de disciplinas propedêuticas e dogmáticas na graduação em Direito da Faculdade Senu (2020-atual). Professor da pós-graduação lato sensu em Governança e Gestão Pública da Faculdade Senu (2021-atual). Foi professor de Hermenêutica e Argumentação Jurídica nas Faculdades Fan Padrão (2020). É advogado (inscrição: OAB GO n. 49.072), exercendo seu ofício no escritório Castro e Dantas Advogados, atuante em matérias de Direito Público (2017-atual). Tem interesse e pesquisa no âmbito dos seguintes ramos: Direito Público, notadamente Direito Constitucional, Administrativo e Processual Civil; Teoria do Direito, com ênfase em positivismo jurídico, pós-positivismo, hermenêutica filosófica, argumentação jurídica e retórica.