

Cadernos Jurídicos

Ano 22 - Número 58 - Abril/Junho de 2021

Direito Administrativo



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2021

A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da Administração Pública¹

Marçal Justen Filho
Advogado

1) A problemática terminológica

Os diversos ramos do direito desenvolvem terminologias próprias e valem-se, muitas vezes, de um mesmo e único vocábulo para indicar conceitos distintos, mas o problema maior reside na ausência de consciência desse fenômeno, propiciada pela crescente especialização do conhecimento jurídico.

O especialista em um ramo do direito tende a desenvolver uma visão de túnel, aprofundando de modo crescente a sua capacidade de examinar o mundo nos limites exclusivos da sua área cognitiva. Isso resulta na ausência de uma visão abrangente, que incorpore os atributos próprios de cada uma das outras abordagens existentes no próprio campo do direito.

Em termos práticos, os administrativistas não dominam os conhecimentos próprios de outros ramos do direito, já os cultores de outros ramos do direito não dominam o direito administrativo, mas todos compartilham de um mesmo vocabulário, recheado de expressões técnicas. Há o risco de pressupor que cada vocábulo apresenta o mesmo significado nos diversos ramos do direito, o que gera distorções e equívocos.

2) A teoria do “interesse público” no direito administrativo

Essa problemática ocorre em relação à expressão “interesse público”, que envolve temas fundamentais no âmbito do Direito Administrativo². A teoria do “interesse público” foi desenvolvida no Direito Administrativo em contexto determinado e prestou-se a uma função própria, especialmente num cenário histórico distinto. A expressão “indisponibilidade do interesse público” reporta-se a questões próprias e específicas, cuja compreensão exige entender a própria função atribuída ao dito “interesse público”.

¹ Este artigo foi originalmente publicado na obra *Acordo Administrativos no Brasil*, coordenada por Gustavo Justino de Oliveira (São Paulo: Almedina, 2020, p. 35-62).

² A disputa sobre o conceito e a função do interesse público no direito administrativo brasileiro é um tema clássico, que tem sido versado por uma plêiade de autores. O presente estudo tangencia essa disputa e preocupa-se em destacar um aspecto que não tem chamado a atenção dos pensadores. Sobre a polêmica relativa ao tema do interesse público, consultem-se as seguintes obras: MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016; ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013; FERRAZ JUNIOR, T. S. Interesse público. *Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região*, n. 1, p. 10, 1995; GORDILLO, A. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1991; ESCOLA, H. J. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

2.1) A pluralidade de abordagens jurídicas ao “interesse” (e ao “interesse público”)

No plano dogmático e no âmbito filosófico, “interesse” comporta diferentes sentidos, situação nem sempre reconhecida pelas diversas correntes que tratam da questão. O aprofundamento sobre “indisponibilidade do interesse público” exige, por isso, uma tarefa preliminar, orientada a tornar mais precisa a questão de fundo.

2.2) O afastamento da abordagem processual sobre “interesse”

A primeira etapa nesse estudo envolve o afastamento das concepções processualistas sobre “interesse”. No Direito Processual, a expressão é utilizada para indicar uma relação de adequação-necessidade entre a satisfação de uma pretensão e a obtenção de um provimento jurisdicional³.

No vocabulário do Direito Processual, “interesse” refere-se a uma relação entre a situação de sujeito(s) privado(s) e o aparato jurisdicional. Sob um certo ângulo, o conceito processual de interesse relaciona-se à identificação de requisitos para a atuação jurisdicional. Dessa forma, expressão “interesse público”, tal como incorporada no Direito Administrativo, não apresenta relação com esse enfoque processualista.

2.3) A dimensão privatista e o fundamento do direito “objetivo”

No âmbito do direito material, a figura do “interesse” afirmou-se como relevante no cenário do século XIX, das disputas sobre a origem e o critério do direito. Assim, o tema envolveu uma disputa entre as escolas de Windscheid e de Jhering⁴.

2.3.1) O contexto da ausência da positivação do direito

É fundamental ter em vista que a divergência surgiu em um momento anterior à afirmação da autonomia de um direito positivo fundante da ordem jurídica. Envolveu um cenário próprio do direito privado, em que não se cogitava propriamente relações jurídicas de direito público.

A afirmação da existência de direitos subjetivos conduzia a uma indagação mais profunda, relacionada à sua origem. Os pensadores questionavam a origem dos direitos subjetivos em um contexto altamente influenciado por enfoques jusnaturalistas.

2.3.2) A concepção do “direito subjetivo” como um senhorio da vontade

A teorização de Windscheid afirmava que o direito subjetivo era um poder de vontade, reconhecido e protegido pelo direito. Esse enfoque centrava-se na afirmação do indivíduo, identificado como um ser dotado de vontade. Nesse enfoque, a construção jurídica

³ Para um exame sobre as concepções processualistas do interesse público, consultem-se WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 14. ed. São Paulo: RT, v. 1, p. 173-174, 2014; SILVA, O. A. B. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 61, 2005.

⁴ Esse tema tem sido examinado tradicionalmente pela teoria geral do direito privado. Para uma exposição dessas disputas, examinem-se REALE, M. *Lições Preliminares de Direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, p. 247, 1987.

alicerça-se na figura da vontade, que é o fundamento do surgimento de relações entre os sujeitos e no reconhecimento de direitos subjetivos entre eles.

2.3.3) A teoria de Jhering: a Jurisprudência dos Interesses

Esse enfoque foi rebatido por Jhering, que buscou afastar o conceito de vontade como nuclear. Embora reconhecendo a importância intrínseca do indivíduo como tal, acrescentou que as relações entre os sujeitos se fundavam em diferentes circunstâncias, inclusive, econômicas.

Esse conjunto de relações envolvia a existência de interesses, muitos deles versando sobre bens e condutas referidos a outros sujeitos. A chamada Jurisprudência dos Interesses defendeu que a origem do direito subjetivo seria a tutela jurídica a um interesse, reputado como merecedor de proteção.

2.3.4) Ainda a predominância do enfoque privatista

O enfoque de Jhering não excluía a existência de “interesses públicos”, mas se relacionava claramente a um enfoque privatista, o que era plenamente compatível com o cenário então existente. Desse modo, o desenvolvimento do pensamento posterior admitiu a existência de direitos subjetivos públicos, o que envolvia, em última análise, uma ponderação quanto a interesses públicos.

2.4) A afirmação do direito positivo

Essas ponderações estavam sendo produzidas em um cenário contemporâneo à própria afirmação do conceito de Estado de Direito. Dessa forma, a concepção de que o Estado é subordinado ao direito encontrava-se em seus primórdios. Assim, aproximadamente no final do século XIX, foi-se produzindo a positivação do direito, adotada a expressão para indicar a diferenciação entre fontes materiais e formais. Contrapõem-se as concepções de direito natural e direito positivo, com uma forte preponderância da segunda em face da primeira.

2.5) Ainda a dicotomia direito público-direito privado

A afirmação do direito positivo foi acompanhada da reafirmação da dicotomia entre direito público e direito privado. Ainda que a distinção sempre tenha sido objeto de questionamento por parcela da doutrina, a sua adoção acompanhou a evolução do pensamento jurídico ao longo do tempo. Isso decorria, de modo específico, em virtude de uma distinção de conteúdo.

2.5.1) A dimensão horizontal das relações entre particulares

Segundo a concepção então vigente, as relações entabuladas entre os sujeitos privados apresentavam uma configuração horizontal. Isso significava uma situação de igualdade “antecedente”, ou seja, os sujeitos privados não se sobrepõem entre si, mas todos são dotados de idênticos poderes jurídicos.

No exercício de tais poderes, estabelecem relações jurídicas, que até podem resultar em posições de preponderância, mas as relações jurídicas partem do pressuposto desse equilíbrio intrínseco entre os partícipes. Sob o ângulo dessa concepção clássica do interesse, todos esses sujeitos são dotados de interesses merecedores de idêntico respeito por parte da ordem jurídica.

2.5.2) A dimensão vertical das relações entre Estado e “administrado”

Na concepção clássica, as relações de direito público possuem uma dimensão vertical. Assim ocorre porque o Estado é um sujeito em sobreposição aos particulares. Enquanto o sujeito privado busca a satisfação de necessidades e conveniências egoísticas, o Estado é uma instituição que busca a satisfação do bem comum.

2.5.3) A diferenciação intrínseca entre interesse público e interesse privado

Esse contexto traduzia uma distinção intrínseca entre interesse público e privado. Partindo de um pressuposto genérico, no sentido de que o direito positivo reconhece um direito subjetivo em vista da existência de um determinado interesse merecedor de tutela, a diferença entre direitos subjetivos públicos e privados relacionava-se a uma distinção axiológica entre interesse público e interesse privado. Nesse contexto, encontra-se o núcleo da concepção jurídica sobre a superioridade do interesse público relativamente ao privado.

2.6) O problema da discricionariedade administrativa

A distinção intrínseca entre interesse público e privado não era suficiente para gerar um efeito normativo autônomo. Isso ocorria porque os direitos subjetivos refletiam essa distinção, mas isso não significava que o direito subjetivo público fosse intrinsecamente superior ao direito subjetivo privado. No âmbito do Direito Administrativo, a questão adquiriu uma conotação diversa em virtude de controvérsias sobre o então denominado “poder discricionário” do Estado.

2.6.1) O “poder discricionário” como atributo estatal intrínseco

No pensamento administrativista clássico, prevalecia a concepção da existência de “poderes estatais”, dotados de uma dimensão intrínseca⁵. Isso significava que tais poderes seriam inerentes, por natureza, ao Estado. Nesse sentido, a disciplina jurídica apresentaria uma dimensão declaratória de tais poderes.

Então, aludia-se a um “poder discricionário” para indicar essa fonte estatal de disciplina da conduta própria e de terceiros, independentemente de disciplina legal específica.

Assim, reconhecia-se ao Estado uma posição de preponderância que lhe assegurava a competência para a edição de comandos abstratos e não abstratos, destinados a restringir a autonomia dos particulares, a promover a ordem, a assegurar a paz social e assim por diante.

⁵ De modo genérico, a doutrina clássica do Direito Administrativo incorpora a noção de “poderes da Administração”, ainda que nem sempre assumindo todas as implicações daí decorrentes. Nesse sentido, confira-se o pensamento de MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: RT, p. 95, 1991.

2.6.2) O “interesse público” como critério da ação estatal

A existência de um “poder” estatal não implica, no entanto, a ausência de critérios de controle da atividade administrativa do Estado. Reconhecia-se que os chamados “atos discricionários” somente seriam considerados válidos se estivessem de acordo com a ordem jurídica, mas a ausência de padrões gerais e abstratos dificultava a formulação de padrões de controle. A solução residia, então, na verificação da compatibilidade do ato discricionário com o “interesse público”. O interesse transformava-se em um critério da ação estatal. Dessa forma, seria válido o ato compatível e inválido o ato incompatível com o interesse público.

2.6.3) “Interesse público” como “fundamento do poder do Estado”

Logo, o interesse público foi transformado em fundamento concreto do poder do Estado. A própria justificativa da verticalidade do relacionamento entre Estado e particular encontra-se no interesse público. Então, supera-se o posicionamento de que o Estado seria intrinsecamente superior ao particular, mas se admite que o interesse público sobrepuja necessariamente o privado.

2.7) O percurso do fascismo italiano

A simplista exposição anterior apresenta generalidade suficiente para expor as circunstâncias dos diversos países a que se filia o Direito Administrativo brasileiro. Assim, há algumas peculiaridades que influenciaram o regime fascista italiano.

2.7.1) “Tudo no Estado, nada contra o Estado, e nada fora do Estado” (Mussolini)

O enfoque fascista leva a concepção do interesse público ao seu paroxismo. Essa visão induz à identificação entre a realidade política e a dimensão estatal. O Estado é reconhecido como núcleo da vida social e econômica, o que torna irrelevante, impertinente, inconveniente - senão ilícita - a existência de interesses privados.

2.7.2) A eliminação dos direitos privados

Daí, segue-se a eliminação dos direitos privados em face do Estado. A concepção fascista supera a proposta da supremacia do interesse público para admitir a supremacia dos direitos estatais. Nesse enfoque, não existe direito subjetivo oponível ao Estado.

3) A evolução histórica brasileira

A exposição acima evidencia as circunstâncias que condicionaram a trajetória do Direito Administrativo brasileiro, sem que isso implique atribuir à influência estrangeira as mazelas verificadas em nosso país.

3.1) Ainda a insuficiência da experiência democrática

Um ponto destacado pela generalidade dos administrativistas é a reduzida experiência democrática brasileira. O Brasil experimentou um regime imperial até 1889, cujos fundamentos não foram essencialmente alterados pela Constituição de 1891 – ao menos, não houve alteração substancial no que diz respeito à relação entre autoridade estatal e sujeito privado. Dessa forma, as décadas seguintes foram plenas de experiências totalitárias.

No breve período de tempo entre 1946 e 1964, houve a tentativa de construção de uma sociedade democrática - convivendo com o paradoxo da generalidade da legislação de Direito Administrativo produzida em períodos totalitários. O regime militar de 1964 afastou direitos e garantias individuais e adotou a concepção de supremacia dos interesses estatais sobre a generalidade da sociedade.

3.2) A afirmação do Estado de direito democrático e dos direitos fundamentais

A situação alterou-se com a CF/88, que consagrou um Estado de direito democrático, centrado em torno dos direitos fundamentais. Ainda que essas inovações tenham apresentado uma dimensão parcialmente semântica, o cenário jurídico passou por alterações radicais.

3.2.1) A redução da desigualdade jurídica

Um dos aspectos essenciais do regime constitucional de 1988 reside na redução da desigualdade jurídica, como etapa orientada a promover a atenuação das desigualdades de qualquer natureza. Isso significou a atribuição de posição equivalente inicial a todos os sujeitos.

3.2.2) A proteção às minorias e aos hipossuficientes

Por outro lado, houve o reforço da tutela às minorias e aos hipossuficientes, sob o pressuposto da exigência de proteção diferenciada em favor daqueles que se encontram em situação desvantajosa.

3.2.3) O reconhecimento dos direitos fundamentais em face do Estado

A característica mais relevante da CF/88 reside na consagração de direitos fundamentais oponíveis em face do Estado. Foi afirmada a função promocional do direito, com a finalidade de assegurar as diversas manifestações da dignidade humana. O Estado foi reconhecido como titular de competências orientadas ao atingimento de finalidades e interesses de dimensão coletiva. Além disso, houve a consagração da individualidade em face do Estado, inclusive, no que se refere aos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações⁶.

Portanto, não se tratou mais de reconhecer as limitações às competências políticas estatais, mas também de afirmar o dever estatal de promover prestações positivas em favor dos indivíduos.

⁶ Acerca da concepção generacional dos direitos fundamentais, consulte-se BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, p. 574, 2018.

3.2.4) A tutela reforçada às pretensões privadas contra (inclusive) o Estado

A eficácia dos direitos fundamentais, consagrada constitucionalmente, traduziu-se na tutela a pretensões privadas contra o Estado. Isso significou o reconhecimento de direitos subjetivos do indivíduo contra a Administração Pública.

4) Implicações do regime constitucional de 1988

A sistemática consagrada pela CF/88 produziu uma série de implicações no tocante à temática do interesse público.

4.1) A dissociação da causalidade entre interesse e direito subjetivo

Como visto, a distinção entre “interesse” e “direito subjetivo” constituiu em fundamento da teoria de Jhering. Segundo essa teoria, o fundamento do direito subjetivo reside no interesse protegido pela ordem jurídica.

Dessa forma, a afirmação do Estado democrático de direito conduz ao reconhecimento de que o direito subjetivo não é uma derivação do interesse. Assim, há uma pluralidade de fatores que conduzem ao reconhecimento de direitos subjetivos. Afirmar que todo direito subjetivo derivaria da proteção a um interesse implicaria adotar uma acepção amplíssima para o vocábulo “interesse”, o que resultaria na inutilização da construção teórica.

4.2) A juridicização do “poder” estatal: a competência

Por outro lado, todos os poderes estatais foram juridicizados na acepção de sua institucionalização, por meio do direito. Assim, não há poder estatal “naturalístico”, prévio, alheio ou superior à ordem jurídica. Isso significa que o poder jurídico é albergado pela ordem jurídica como uma *competência* por ela instituída e disciplinada.

A competência consiste em uma posição jurídica disciplinada pelo direito público, que compreende um conjunto de faculdades (poderes), cuja existência é orientada à satisfação de necessidades de titularidade alheia ao sujeito estatal.

Logo, não se trata de negar a existência de poderes, mas de afirmar que todo poder jurídico é disciplinado pelo direito, que prevê a sua existência, dispõe sobre o seu conteúdo e regula o seu exercício.

Isso significa que a existência de um “interesse” de titularidade do Estado não é suficiente para instituir uma posição jurídica reforçada em face dos particulares. A expressão “interesse público” não indica um fenômeno extrajurídico, mas se refere a uma situação tutelada pela ordem jurídica, por isso o “interesse público” é delimitado pelo direito, tal como adiante mais bem exposto.

4.3) A pluralidade das posições jurídicas

A positivação do interesse conduz ao surgimento de direitos subjetivos. Tal como apresentado, isso não significa afirmar que todo direito subjetivo reflete a tutela a um interesse nem que todo interesse traduza-se em um direito subjetivo.

O ponto fundamental reside em que as posições jurídicas reforçadas – consistentes em faculdades de diversa natureza no relacionamento entre os sujeitos – são instituídas pela ordem jurídica.

Algumas dessas posições jurídicas reforçadas configuram direitos subjetivos, cuja característica consiste na determinação da faculdade de exigir conduta específica (objeto determinado) em face de um sujeito individualizado.

4.4) Os direitos subjetivos da Administração Pública

As competências da Administração Pública compreendem uma pluralidade de faculdades e atribuições.

4.4.1) Poderes jurídicos em sentido amplo

Muitas delas são exercitáveis em face do conjunto dos sujeitos em termos abstratos, mas a Administração Pública somente dispõe de poder jurídico para impor uma conduta específica e determinada em face de um sujeito, também determinado quando se configurar um direito subjetivo.

4.4.2) Os direitos subjetivos

As normas jurídicas instituem poderes, exercitáveis em face de um número determinado ou indeterminado de sujeitos. Esses poderes jurídicos podem configurar direitos subjetivos, que se constituem em posições reforçadas e protegidas pela ordem jurídica. Desse modo, o direito subjetivo configura uma faculdade de atuação em face de terceiros.

4.4.3) A competência administrativa e o direito subjetivo

A competência administrativa apresenta uma dimensão ampla e complexa. A concretização da situação jurídica pode conduzir ao surgimento de direito subjetivo para a Administração Pública. Esse direito subjetivo terá por objeto uma prestação definida e específica (consistente em um dar, fazer ou não) perante a um ou mais sujeitos determinados.

Assim, supondo a competência para desapropriar bens privados, nesse sentido, a ordem jurídica institui e delimita essa competência, mas a previsão abstrata da competência para desapropriar não implica a faculdade de o Estado apropriar-se de bem privado. Dessa forma, a extinção do domínio privado sobre um bem específico e o surgimento do domínio público dependerá da instauração de uma relação jurídica própria, que atribuirá direitos subjetivos e deveres jurídicos ao expropriante e ao particular.

4.5) Os direitos subjetivos contra o Estado

Um dos aspectos mais relevantes da afirmação do Estado democrático de direito consistiu no reconhecimento aos particulares de direitos subjetivos em face do Estado.

4.5.1) A omissão legislativa e o direito ao suprimento

A preocupação constitucional com os direitos fundamentais traduziu-se na determinação de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º). Foi consagrado o mandado de injunção para assegurar o exercício de direitos e liberdades, tolhidos em virtude da ausência de norma regulamentadora.

Houve também o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão. Se o silêncio legislativo não é suficiente para neutralizar a eficácia dos direitos fundamentais tutelados constitucionalmente, então, é evidente que tal resultado não pode ser produzido por uma conduta ativa do Estado.

4.5.2) O interesse público e o direito subjetivo do particular

Tornou-se superada a concepção de que o interesse público poderia propiciar a ausência de realização dos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente. Mais precisamente, desapareceu a competência estatal unilateral para ponderar conflitos entre interesse público e direitos fundamentais.

Precisamente, porque os indivíduos foram investidos de direitos subjetivos relacionados a garantias fundamentais, tendo como sujeito passivo o Estado. Admitiu-se a existência de pretensões privadas em face da autoridade pública.

A mera existência de pretensão não é suficiente para assegurar a satisfação do particular, mas isso tornou superada a concepção de que a Administração disporia de um “poder” próprio para decidir, no seu exclusivo âmbito interno, sobre a concretização dos direitos e garantias constitucionais.

Assim, o sujeito privado foi investido de poder para questionar diretamente as ações e omissões do Estado. A efetiva presença de algum interesse público, suficiente para neutralizar tais pretensões, é incumbida ao Poder Judiciário.

4.5.3) A restrição aos poderes do Estado

Em muitos casos, esses direitos subjetivos envolvem tutela e garantia precisamente em face das competências administrativas, isto é, a limitação dos poderes públicos faz-se não apenas ao interno da definição do poder estatal, mas também por uma providência externa: o direito reconhece ao particular um conjunto de direitos subjetivos, cuja existência acarreta a redução da órbita de poderes estatais.

Assim, por exemplo, o direito assegura ao particular o direito subjetivo de receber uma justa indenização, prévia e (em regra) em dinheiro, nas hipóteses de desapropriação de seu patrimônio. Trata-se de um direito subjetivo, cuja instituição acarreta a redução da órbita dos poderes jurídicos estatais. A competência estatal para desapropriar é delimitada pela existência de direito subjetivo atribuído ao sujeito privado.

4.5.4) Direito subjetivo privado e reconfiguração da competência estatal

Há casos em que a instituição do direito subjetivo privado se destina a produzir a reconfiguração positiva da competência estatal. Não se trata de promover a limitação dos poderes estatais, mas instituir deveres quanto às competências até então não existentes.

Nesses casos, o Estado torna-se titular de um poder jurídico para promover a satisfação de direitos subjetivos privados. Assim se passa no tocante aos direitos fundamentais de segunda e terceira geração, relacionados à atividade administrativa promocional da dignidade humana.

Cada sujeito privado é titular de direito subjetivo a obter prestação estatal apta a promover a sua integridade física, moral e espiritual. Como decorrência, o Estado é investido de competências administrativas para desenvolver atividades no âmbito da saúde, do saneamento, da assistência, da previdência e assim por diante.

5) O interesse como fim e o direito subjetivo como meio

Interesse (público ou privado) e direito subjetivo coexistem no ambiente jurídico. Portanto, são institutos distintos, com eficácia jurídica diversa e regime jurídico inconfundível.

5.1) O interesse como disciplina finalística

O interesse envolve uma disciplina normativa finalística. Assim, o conceito de interesse é identificado em vista da finalidade a que se vincula a disciplina jurídica. A expressão “interesse” indica uma necessidade, cuja satisfação é propiciada por meio dos poderes instituídos pela ordem jurídica.

5.2) O direito subjetivo como disciplina instrumental

O direito subjetivo é um instituto, cuja identidade decorre do conteúdo. Caracteriza-se, então, como atribuição de poderes jurídicos específicos, em favor de um sujeito determinado, tendo por objeto uma prestação individualizada. O direito subjetivo apresenta natureza instrumental, na acepção de se constituir em um meio, para o atingimento de fins buscados pelos sujeitos públicos e privados.

5.3) Interesses público e privado

Um interesse é qualificado como público quando as necessidades a serem atendidas apresentam também uma dimensão supraindividual. Tal pode decorrer tanto em virtude de questões quantitativas como em vista de aspectos qualitativos.

5.3.1) O interesse privado

Alude-se a interesse privado para indicar a situação em que existe uma identidade entre a titularidade da condição de parte e das necessidades a serem satisfeitas. Nesse caso, o sujeito é investido da faculdade de determinar não apenas as finalidades a serem buscadas, mas também o modo de exercício das faculdades jurídicas relacionadas.

Em diversas hipóteses, não existe essa identidade. Desse modo, os poderes jurídicos são atribuídos a um sujeito distinto daquele que é titular da necessidade a ser satisfeita. Esse fenômeno pode ocorrer no próprio direito privado, que admite inclusive soluções para a sua formalização – tal como o contrato de mandato, mas há outras posições jurídicas

de direito privado em que essa dissociação é característica, assim como se passa no tocante à curatela. Em tais hipóteses, no entanto, não se alude a um interesse público.

5.3.2) O interesse público

Em muitas situações, no entanto, as necessidades superam a dimensão puramente individual. O direito atribui poder jurídico para um sujeito promover a satisfação de necessidades que apresentam uma dimensão geral (critério quantitativo) ou que envolvem valores reputados como relevantes para a sociedade em seu conjunto (critério qualitativo)⁷. Nesses casos, é usual o reconhecimento da existência de um interesse público, cuja relevância conduz à atribuição da titularidade dos poderes jurídicos a um órgão estatal.

6) Os direitos subjetivos do Estado

Os direitos subjetivos – ainda quando de titularidade estatal e subordinados ao regime de direito público – são disponíveis, desde que observados os pressupostos e limites da disciplina normativa. Há um regime jurídico próprio e diferenciado, condicionante da disponibilidade.

6.1) A natureza instrumental dos direitos subjetivos

Como visto, os direitos subjetivos apresentam natureza instrumental e envolvem poderes de conteúdo específico, cujo objeto consiste na obtenção de uma prestação consistente em um dar, fazer ou não, a cargo de um sujeito determinado (ou determinável).

6.2) Direitos subjetivos patrimoniais e não patrimoniais

Em muitos casos, a prestação objeto do direito subjetivo apresenta natureza patrimonial, comportando avaliação econômica. Em outros casos, o direito subjetivo não envolve uma prestação economicamente avaliável. Assim se passa também quanto aos direitos subjetivos de titularidade estatal.

6.3) A disponibilidade dos direitos subjetivos (patrimoniais ou não)

Os direitos subjetivos, possuindo ou não natureza patrimonial, envolvem poderes jurídicos que, em certas circunstâncias e observados mediante determinados pressupostos, podem ser objeto de renúncia, desistência ou sacrifício. Tal se passa, inclusive, na hipótese de direitos subjetivos de titularidade do Estado, tenham eles natureza patrimonial ou não.

⁷ O critério de identificação do interesse público é um tema muito problemático. Nesse sentido, confira-se o posicionamento de Celso Antônio Bandeira De Mello em *Curso de Direito Administrativo* (2016, p. 59). Adota-se o entendimento de que o interesse público resulta tanto de critérios quantitativos como de razões qualitativas. Assim, há interesse público quando existir uma necessidade a ser satisfeita relacionada com parcela significativa da população, mas também se configura o interesse público quando a necessidade, embora não atingindo um número relevante de sujeitos, relacionar-se com valores essenciais ligados a direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica. Em ambos os casos, o interesse público apenas se configura na medida em que os mecanismos próprios da sociedade sejam insuficientes para a satisfação das referidas necessidades. Essa exposição envolve a evolução do pensamento exposto em minha obra *Curso de Direito Administrativo* (JUSTEN FILHO, 2018, p. 60).

6.4) Disposição e renúncia

Ainda por cautela, cabe assinalar que disposição não significa renúncia. Assim, a renúncia consiste em uma modalidade específica de disposição, caracterizada pela ausência de comutatividade e pela eliminação da titularidade de um poder, direito ou bem, sem uma contrapartida econômica ou não econômica para o titular.

A expressão “disposição” é dotada de amplitude semântica muito mais ampla. Dessa forma, envolve ação ou omissão voluntária que produza a extinção de poder, direito ou bem. A disposição compreende não apenas a renúncia, mas também e quando menos a alienação e a transação. Portanto, em muitos casos, a disposição não resulta em uma redução patrimonial, eis que a extinção da titularidade de um direito é acompanhada de aquisição da titularidade de outro.

6.5) A submissão ao princípio da legalidade

De modo genérico, a disposição dos direitos subjetivos públicos subordina-se ao princípio da legalidade. Exige-se a autorização legislativa permitindo que a Administração desfaça-se do direito de que é titular. Assim, cabe à lei determinar as condições para que tal disposição aperfeiçoe-se.

6.6) A questão da disponibilidade em face de direitos subjetivos públicos e privados

A ressalva acima evidencia a distinção entre regime jurídico e direitos subjetivos públicos e privados no que se refere à questão da disponibilidade.

6.6.1) A disponibilidade dos direitos subjetivos privados

No âmbito privado, o regime jurídico dos direitos subjetivos disciplina a questão da disponibilidade, tomando em vista as condições do titular e do objeto da prestação. Nesse contexto, existem certos direitos cujas características acarretam a sua indisponibilidade. Tal se passa, de modo específico, com os chamados direitos da personalidade⁸. Não seria excessivo (nem implicaria adesão a alguma concepção jusnaturalista) afirmar que certos atributos inerentes ao ser humano são reconhecidos pela ordem jurídica em condições insuscetíveis de renúncia ou disponibilidade.

6.6.2) A disponibilidade dos direitos subjetivos públicos

Os direitos subjetivos públicos são instituídos e configurados pelo direito. Dessa maneira, uma norma jurídica estabelece a sua disciplina e dispõe sobre o seu exercício – o que abrange, inclusive, a sua eventual disposição.

Pode-se afirmar que todos os direitos subjetivos públicos são disponíveis **nos limites e nas condições da lei**. Portanto, o direito subjetivo de titularidade estatal não é disponível, se inexistir lei autorizador, no entanto, a lei pode contemplar situações abstratas ou concretas em que será cabível a disposição.

⁸ Sobre o tema, confira-se SZANIAWSKI, E. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

6.6.3) A desnecessidade de autorização legislativa específica

Apenas por cautela, ressalte-se que a submissão da atividade estatal ao princípio da legalidade não significa a exigência de disciplina legislativa específica e especial para cada atuação concreta. Admitem-se autorizações amplas e genéricas, as quais podem implicar, de modo necessário, atos administrativos que importam disposição de direitos.

Assim se passa, por exemplo, no âmbito contratual. Nesse contexto, a autorização legislativa para a Administração Pública desenvolver atividade contratual implica, de modo inafastável, a previsão da disposição de bens e direitos de sua titularidade.

6.7) As manifestações da disponibilidade dos direitos públicos

Existem diversas manifestações de disponibilidade dos direitos subjetivos públicos patrimoniais. Nessas hipóteses, o direito subjetivo prevê as condições para a extinção de direitos subjetivos estatais, inclusive, por meio de ações ou omissões voluntárias.

6.7.1) A alienação (gratuita ou onerosa) de bens

Uma parcela significativa dos bens públicos comporta alienação, inclusive, gratuita, ainda que o regime jurídico não seja idêntico àquele aplicável aos sujeitos privados. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, exigindo-se a autorização legislativa correspondente. Há casos em que a alienação é feita de modo oneroso, mediante uma contrapartida econômica a cargo do adquirente, mas existem diversas situações em que a lei pode autorizar a alienação gratuita dos bens públicos.

6.7.2) A atividade contratual estatal

Uma outra faceta da disponibilidade de direitos subjetivos públicos patrimoniais relaciona-se à atividade contratual do Estado. Nesse caso, admite-se, inclusive, uma autorização genérica, compreensiva de atividades diversas e heterogêneas. Um dispositivo legal pode outorgar uma autorização ampla para a Administração Pública entabular acordos de diversa natureza com sujeitos privados, em condições muito variadas. Esses acordos podem compreender a transferência de bens e direitos de titularidade da Administração Pública, usualmente de modo oneroso e comutativo.

6.7.3) A renúncia e a transação

Admite-se que a lei atribua à Administração Pública a faculdade de renunciar a direitos e pretensões, tal como promover transação, visando a extinção de litígios e controvérsias. Em muitos casos, a lei determina as condições mínimas e máximas para tais práticas. Em outros casos, a disciplina legal restringe-se a determinar a autoridade competente para implementar a solução.

6.7.4) A anistia e o perdão

Existem situações em que a lei prevê a extinção da ilicitude, exclusão do ilícito ou autoriza a outorga de perdão aos autores de atos reprováveis. Assim, por exemplo, a

anistia, quanto a um ilícito tributário, acarreta o desaparecimento, inclusive, do crédito fiscal decorrente.

6.7.5) A prescrição e a decadência

Rigorosamente, prescrição e decadência não se enquadram no conceito de disposição de direitos do Estado, eis que não se caracteriza uma conduta específica como causa extintiva deles. É cabível, no entanto, aludir às figuras da prescrição e decadência como evidência da existência de um modelo normativo que admite a extinção de direitos subjetivos, sem a obtenção de um proveito e sem o atingimento do fim, que norteou a sua instituição pelo ordenamento jurídico, isto é, a ausência do exercício de faculdades e poderes de titularidade do Estado durante o período de tempo previsto legalmente acarreta a extinção de direitos subjetivos.

7) A distinção entre interesses públicos primários e secundários

A diferenciação entre interesse público e direito subjetivo público conduz a um novo enfoque quanto à própria distinção entre interesses públicos primários e secundários.

7.1) A tese de níveis diversos de interesses públicos

Especialmente, na doutrina brasileira, difundiu-se a diferenciação entre interesse público primário e interesse público secundário. Assim, a distinção é reportada à doutrina estrangeira⁹, mas adquiriu grande prestígio no Brasil.

Segundo esse enfoque, o interesse público primário consiste na dimensão do interesse público em sentido próprio. Dessa forma, envolve a satisfação das necessidades coletivas e transcendentais, que exigem atenção e comprometimento do Estado.

Já o interesse secundário resulta da institucionalização do Estado como uma organização formal, o que produz o surgimento de necessidades e conveniências próprias. Portanto, o interesse público secundário aproxima-se ao interesse privado na acepção de refletir uma avaliação das circunstâncias inerentes à organização estatal – em contraposição aos interesses do conjunto da coletividade.

7.2) O interesse público secundário como uma manifestação de direito subjetivo

É muito mais apropriado identificar o interesse público secundário como uma manifestação de direitos subjetivos públicos, especialmente de natureza patrimonial. Tome-se em vista um exemplo usualmente utilizado para diferenciar interesse público primário e secundário.

Assim, afirma-se que a Administração Pública, ao promover a desapropriação de bem privado para fins de utilidade pública, encontra-se imbuída do interesse público primário

⁹ O tema foi objeto de análise especificamente por parte de Alessi, na obra: ALESSI, R. *Principi di Diritto Amministrativo. I soggetti attivi e passivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*. 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, p. 228, 1978. Na doutrina brasileira, consulte-se: MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, p. 59, 2016.

de pagar o justo preço em favor do expropriado. Existiria, no entanto, um interesse público secundário em promover a desapropriação pelo menor preço possível.

É muito mais apropriado reconhecer que o dito interesse “secundário” não consiste propriamente em um interesse público. Logo, trata-se muito mais de um direito subjetivo de titularidade da Administração. Ao promover a expropriação, a Administração busca o interesse público, mas é investida do direito subjetivo de desembolsar o menor valor possível para tanto.

As peculiaridades do chamado interesse público secundário reportam-se a uma posição jurídica concreta, que envolve faculdades e poderes em face de um sujeito determinado, versando sobre prestações específicas, usualmente de natureza patrimonial. Por decorrência, o interesse público secundário comporta disposição, segundo a disciplina normativa aplicável.

8) A disponibilidade do direito subjetivo e a questão do interesse público

A tradicional afirmativa da indisponibilidade do interesse público não significa que os direitos subjetivos públicos de titularidade do Estado sejam igualmente indisponíveis. As figuras de interesse público e de direito subjetivo público são distintas e inconfundíveis e o Estado promove, de modo regular e contínuo, a disposição dos direitos subjetivos de que é titular.

8.1) A rejeição a uma concepção essencialista de interesse público

Rejeita-se uma concepção essencialista para todos os institutos e valores jurídicos, inclusive, para o interesse público. Isso significa rejeitar a concepção da existência de uma ideia autônoma, de uma figura hipostasiada, de uma entidade dotada de existência própria, que configuraria “o interesse público”.

8.1.1) A presunção da existência autônoma de um “interesse público”

É usual enfrentar-se essa temática, partindo do pressuposto de que existe um interesse público em uma dimensão abstrata e autônoma, a ser descoberto ou revelado pela autoridade pública. Esse posicionamento envolve a negação da atividade inovadora e criativa da autoridade pública que invoca, como fundamento de sua decisão, a existência do interesse público.

8.1.2) A inexistência da atividade de “revelação” do interesse público

O interesse público é uma construção promovida pela autoridade competente em face das necessidades coletivas e dos valores transcendentais. A autoridade estatal não desenvolve uma atividade passiva, por meio da qual um interesse público abstrato é revelado ao conjunto da população. Ao contrário, a autoridade competente realiza uma atividade criativa e inovadora nos limites da ordem jurídica e da realidade concreta. Essa atividade é constitutiva do interesse público, comportando discussão e avaliação no contexto dos pressupostos aplicáveis à situação considerada.

8.2) O reenquadramento da “indisponibilidade do interesse público”

O sistema da CF/88 representou a ruptura de uma longa tradição no Direito Administrativo brasileiro, relacionada àquela dimensão vertical do relacionamento entre

Administração Pública e sujeito privado. Mais ainda, a recolocação da disciplina quanto a direitos e a interesses (públicos e privados) impõe a adoção de um novo enfoque relativamente à questão da “disponibilidade”.

8.2.1) Ainda a ideia de bem comum

A ordem constitucional de 1988 não eliminou o conceito de bem comum, mas subordinou-o à concepção da proteção à dignidade humana, a ser protegida em todas as situações. Cabe ao Estado promover o bem comum, mas isso não significa a irrelevância ou secundariedade da dignidade individual.

8.2.2) A ponderação dos diversos interesses no momento pré-legislativo

A CF/88 não eliminou o processo de ponderação dos diversos interesses no momento pré-legislativo – nem isso seria viável. Assim, a produção da lei reflete uma avaliação sobre os diversos interesses em jogo, o que pode resultar em soluções de restrição ao interesse privado e proteção do interesse público. Não existe, no entanto, uma determinação prévia contemplando a superioridade necessária do interesse público sobre o privado.

Mais precisamente, qualquer ponderação sobre os interesses públicos e privados, durante o processo legislativo, é subordinada à eficácia dos direitos fundamentais. Portanto, qualquer solução contemplada em norma infraconstitucional terá a sua validade delimitada pela força impactante dos direitos fundamentais.

8.2.3) A ponderação de interesses no momento regulamentar

Também existe uma ponderação de interesses em momento pós-legislativo, especialmente por ocasião da produção normativa regulamentar. A autoridade administrativa formula soluções, inclusive, realizando escolhas no exercício de competência discricionária.

Os atos administrativos regulamentares resultam de uma avaliação quanto às necessidades supraindividuais e transcendentais a serem satisfeitas, tal como quanto às condições para que sejam implementadas. Portanto, isso envolve tomar em vista os interesses públicos envolvidos.

8.2.4) As decisões estatais, os interesses públicos e dos direitos subjetivos

Em todas essas hipóteses, a decisão estatal deve necessariamente refletir a tutela constitucional não apenas aos interesses públicos, mas também aos direitos subjetivos – especialmente aqueles reconhecidos aos sujeitos particulares.

8.2.5) A dimensão delimitada da “supremacia” do interesse público

Então, somente pode ser cogitada da “supremacia” do interesse público quando houver espaço jurídico para tanto. Logo, não existe viabilidade jurídica de sacrifício de direito subjetivo privado, consagrado e protegido pela Constituição ou por norma infraconstitucional (inclusive regulamentar) em favor de um “interesse público”.

Essa afirmativa não envolve afirmar que os interesses privados prevalecem sobre os públicos, mas decorre do reconhecimento de que a tutela normativa a um direito subjetivo não pode ser eliminada por meio de um ato administrativo concreto. A supremacia da Constituição e da Lei, que vinculam o ato administrativo, definem e determinam os limites e o conteúdo dos interesses públicos.

Portanto, quando a Constituição ou a Lei (ou um Regulamento) reconhecerem a um sujeito privado um direito subjetivo determinado, existirá um impedimento normativo à invocação ao interesse público. Dito de outro modo, a Administração Pública não é legitimada a invocar um interesse público para restringir, atenuar ou neutralizar as imposições constantes da Constituição, da Lei e do Regulamento.

8.3) A superação da concepção monista de interesse público

Por outro lado, tornou-se superada a concepção monista do interesse público. A alusão a “um” (ou a “o”) interesse público é imprecisa e insuficiente. Assim se passa porque o estabelecimento de um Estado Pluriclasse¹⁰ e de uma sociedade democrática pluralista produziu a multiplicação de valores e de fins cuja realização incumbe ao Estado.

8.3.1) A multiplicidade de fins a serem buscados

O Estado disciplinado pela CF/88 é um veículo para a realização de finalidades de diversa ordem – algumas delas potencialmente conflitantes entre si. Basta considerar o art. 3º, da Constituição, para compreender a complexidade da posição jurídica do Estado. Existem finalidades de naturezas política, econômica, social e política, todas merecedoras de tutela jurídica equivalente.

8.3.2) A multiplicidade de interesses públicos

Por decorrência, surgem múltiplos e diversos interesses públicos. Assim, por exemplo, existe o interesse público em promover o desenvolvimento econômico, mas também há o interesse público em proteger o meio ambiente. Existe também o interesse público em reduzir as desigualdades regionais e eliminar a miséria, bem como o interesse público em reduzir a violência contra sujeitos em situação de desvantagem.

A ação administrativa estatal envolve um procedimento de “construção harmônica do interesse público no caso concreto”, em que o agente público pondera as diversas manifestações de interesses públicos envolvidos para buscar uma solução que preserve, na maior extensão possível, todos os fins a serem realizados pelo Estado.

¹⁰ O tema foi desenvolvido por Massimo Severo Giannini (1970, p. 45-50). Consulte-se ainda a obra de Sabino Cassese em *Lo Stato Pluriclasse*, na retrospectiva CASSESE, S. Lo “Stato pluriclasse” in Massimo Severo Giannini. In: CASSESE, S.; CARCATERRA, G.; D’ALBERTI, M.; BIXIO, A. (Coords.). *L’Unità del Diritto*: Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica. Bologna: Il Mulino, p. 11-50, 1994.

8.3.3) A produção procedimentalizada da decisão

Não é casual a alusão a um “procedimento”. É descabido afirmar a existência não apenas de um interesse público único. Também não se admite um interesse público abstrato, concebido em termos dissociados da realidade concreta da atuação estatal.

O interesse público é produzido (ou identificado) em vista das características de cada situação fática. Assim, essa produção envolve um procedimento, na acepção de uma sucessão preordenada de atividades administrativas, entre si organizadas de modo lógico, a fim de que a etapa anterior condicione as subseqüentes.

Não se admite, por isso, a determinação do interesse público como uma manifestação impositiva da vontade do administrador. O conteúdo concreto da finalidade buscada pelo Estado é variável em vista das circunstâncias, mas não é o reflexo de uma decisão voluntarista isolada e subjetiva do governante. Não se admite que o interesse público seja aquilo que o governante quer, porque a sua identificação depende de dados objetivos extraídos das realidades política, social, econômica e jurídica.

8.3.4) O dever de justificativa

Isso não implica negar a existência de dimensão política e discricionária à atividade de determinação do interesse público, mas há um dever de justificativa da autoridade. A justificativa – que condiciona a validade da decisão adotada – compreende a avaliação realizada pela autoridade em vista das diversas circunstâncias, que envolve a observância de um procedimento. Assim, a legitimidade jurídica e política da decisão depende da observância desse procedimento e da consistência das justificativas invocadas.

8.4) A indisponibilidade do interesse público

É nesse contexto em que se insere a concepção da indisponibilidade do interesse público.

8.4.1) A indisponibilidade dos interesses públicos em abstrato

Sob um prisma abstrato, todos os interesses públicos são indisponíveis. Isso significa que existem certos fins cuja realização é obrigatória para o Estado. Desse modo, não é facultado ao Estado ignorar, eliminar ou desmerecer qualquer um desses diversos fins.

Já no plano puramente abstrato, não é viável extrair efeitos jurídicos vinculantes para a conduta do Estado, seja ela isolada ou relacionada a sujeitos não estatais. Assim, existe um interesse público abstrato em promover o desenvolvimento nacional sustentável, tal como em garantir a proteção à saúde, mas isso não permite identificar um padrão concreto de disciplina da conduta do Estado. Uma decisão concreta específica do Estado não é suscetível de uma qualificação como “violação” ao interesse público abstrato.

8.4.2) A indisponibilidade do interesse público em concreto

Uma vez determinado o interesse público concreto, a questão muda de figura. Em tal hipótese, produz-se a redução da complexidade e a harmonização das diversas manifestações de interesses públicos abstratos. Surge, então, um interesse público concreto,

que condiciona e delimita a atuação do Estado. Esse interesse público concreto também é indisponível, na acepção de refletir a ponderação da autoridade competente quanto ao fim a ser atingido.

8.4.3) A dinamicidade do interesse público em concreto

Uma característica marcante é a dinamicidade do interesse público concreto, precisamente, porque reflete a ponderação de uma pluralidade de circunstâncias concretas. A variação dos dados da realidade propicia a ausência de cristalização definitiva quanto ao modo de solução e atendimento às necessidades identificadas.

Considera-se, como exemplo, a declaração de utilidade pública para fins de desapropriação. O ato administrativo formal resulta de uma avaliação perante a um contexto específico, mas isso não impede que, em momento posterior, a Administração reconheça (ainda que de modo implícito) a inadequação da desapropriação como providência para atendimento às necessidades buscadas. Por isso, admite-se que a Administração deixe de efetivar a desapropriação, ainda que tenha promovido a declaração de utilidade pública.

A alteração da ponderação, quanto à solução mais satisfatória para promover o atendimento dos interesses públicos, não configura disposição, renúncia ou descompromisso com a função estatal. Muito pelo contrário, a modificação do entendimento reflete a constatação de que a avaliação anterior não mantém a sua atualidade e adequação. Impõe-se adotar nova orientação para assegurar a efetiva satisfação das necessidades e dos interesses coletivos e transcendentais.

9) Conclusão: decorrências e implicações

Os interesses públicos apresentam essa dimensão de indisponibilidade, implicada na posição funcional do agente estatal e da proibição ao exercício de poder jurídico, para a satisfação de necessidade pessoal. No entanto, os direitos subjetivos – instituídos e disciplinados pela ordem jurídica como instrumento para o desenvolvimento da atividade administrativa – comportam disposição, nos termos e limites contemplados pela mesma ordem jurídica. Daí, segue-se uma pluralidade de decorrências.

9.1) A difusão da atividade consensual do Estado

Uma das implicações mais notáveis das considerações anteriores consiste na legitimidade jurídica da atuação consensual do Estado¹¹.

9.1.1) A superação do limite do “contrato administrativo”

A atividade consensual do Estado ultrapassa largamente os limites da figura do contrato administrativo, entendido como um acordo de vontades entre Administração

¹¹ Sobre o tema, confira-se OLIVEIRA, G. J.; SCHWANKA, C. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional (A&C)*, v. 32, p. 31-49, 2008.

Pública e um sujeito privado, tendo por objeto a execução de uma prestação consistente em um dar ou fazer algo economicamente avaliável.

A consensualidade indica um conjunto muito mais amplo de situações, no qual o exercício de competências administrativas unilaterais é subordinado a um processo de composição de interesses com outros sujeitos. Mediante acordos com os diversos segmentos da sociedade, a Administração atinge soluções consensuais, que adquirem cunho vinculante para os diversos envolvidos.

9.1.2) Os acordos em tema de competências punitivas

Uma parcela relevante desses acordos relaciona-se a competências sancionatórias. Consumada uma infração, admite-se que o Estado atinja uma solução negociada com o infrator, versando sobre o reconhecimento da ilicitude e as condições de recomposição da ordem jurídica violada. Essa solução pode envolver concessões recíprocas entre as partes, compreendendo, inclusive, a dimensão concreta das punições determinadas por comum acordo entre as partes.

9.1.3) A adoção da arbitragem

Outra manifestação do processo de consensualização consiste na adoção de arbitragem como solução para composição de litígios. Isso significa que todas as implicações patrimoniais inerentes a um conflito, surgido no âmbito de relação jurídica de que participe a Administração Pública, podem ser levadas à arbitragem. Essa solução, no entanto, pode compreender, inclusive, as decorrências não patrimoniais relacionadas a tais litígios, assim como a lide versando sobre a prática de infrações e o seu sancionamento.

9.2) A impertinência da indisponibilidade do interesse público

Em todas essas situações, não há pertinência em cogitar da indisponibilidade do interesse público (abstrato ou concreto), eis que estão em jogo direitos subjetivos de titularidade pública e privada. Ao invés de se questionar um atributo intrínseco do interesse público, cabe-se avaliar o regime jurídico concreto adotado relativamente aos direitos subjetivos envolvidos. A ordem jurídica, mesmo de modo implícito, pode autorizar a Administração Pública a entabular negociações e acordos com os particulares, versando sobre os direitos subjetivos públicos, admitindo que tal solução é um meio para a realização mais adequada e satisfatória dos interesses públicos abstratos e concretos, que se constituem no fim buscado pela atividade estatal.

Referências bibliográficas

ALESSI, R. *Principi di Diritto Amministrativo. I soggetti attivi e passivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*. 4. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1978.

ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

- CASSESE, S. Lo “Stato pluriclasse” in Massimo Severo Giannini. In: CASSESE, S.; CARCATERRA, G.; D’ALBERTI, M.; BIXIO, A. (Coords.). *L’Unità del Diritto*: Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica. Bologna: Il Mulino, 1994.
- ESCOLA, H. J. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. Interesse público. *Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região*, n. 1, p. 10, 1995.
- GIANNINI, M. S. *Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1970.
- GORDILLO, A. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1991.
- JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: RT, 2018.
- MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: RT, 1991.
- MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- OLIVEIRA, G. J.; SCHWANKA, C. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional (A&C)*, v. 32, p. 31-49, 2008.
- REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- SILVA, O. A. B. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2005.
- SZANIAWSKI, E. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 14. ed. São Paulo: RT, v. 1, 2014.