

NOVOS CONTORNOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM SOLUÇÕES ALTERNATIVAS À JUDICIALIZAÇÃO DE CONFLITOS COM ÊNFASE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL BRASILEIRA

> Joelson Júnior Bollotti André Del Grossi Assumpção

> > CAPÍTULO **08**

1. Introdução

No contexto pós-positivista e de intensa constitucionalização da atividade administrativa que caracteriza o cenário jurídico contemporâneo, os contornos tradicionais da discricionariedade na Administração Pública cedem passo à sujeição dos atos administrativos em sentido amplo aos imperativos decorrentes dos princípios fundamentais, com destaque à sua correspondência com o Princípio da Eficiência administrativa (cujo conteúdo também ganha ressignificação no contexto do Estado Democrático e Social de Direito).

Com o presente artigo, pretende-se provocar a reflexão sobre em que medida esse novo contexto de vinculação fundamental de atos administrativos, tradicionalmente admitidos como discricionários, implica também o dever de atenção especial do administrador público sobre os limites de sua discricionariedade no ato de deliberação entre promover/manter ou não um conflito judicial (i.e. se a ponderação de custos e benefícios da lide é alcançada pela vinculação principiológica hoje em dia estendida aos atos discricionários de modo que deva ser vedado ao administrador público optar pela promoção ou manutenção de conflitos judiciais potencialmente muito mais custosos ao erário ou que postergam no tempo a implementação de medidas de interesse público e social).

Essa matéria não é meramente retórica, nem tem reflexos unicamente abstratos, em razão da crescente consciência do próprio Poder Judiciário no que diz respeito à sindicabilidade dos atos administrativos em geral (mesmo que tradicionalmente definidos pela marca da discricionariedade), o que expõe a Administração Pública e o administrador em si a consequências institucionais e pessoais, notadamente em casos drásticos nos quais a escolha pela via judicial provoque deliberadamente um acúmulo extraordinário de demandas judiciais que aprofundem prejuízos econômicos e sociais.

O texto está dedicado, nesse sentido, em um primeiro momento à rememoração dos avanços pós-positivistas que são inerentes ao neoconstitucionalismo em vigor e o modo como os princípios fundamentais da Administração Pública resultam reanimados por meio da afirmação de sua normatividade e aplicabilidade direta, assim irradiando-se por todo o sistema jurídico.

Em um segundo momento, apontam-se com intenção didática e simplificadora distinções relacionadas à teoria tradicional da discricionariedade administrativa e à mudança de paradigma acima indicada, que propugna maior vinculação de todos os atos administrativos ao conteúdo principiológico constitucional.

Um terceiro tempo é devotado à reflexão sobre como essas circunstâncias se refletem no panorama da busca pela Eficiência e na ênfase à solução alternativa de conflitos, especialmente do ponto de vista da Administração Federal brasileira, encontrando-se exemplo na criação de mecanismos como a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) pelo Ato Regimental AGU nº 05, de 27 de setembro de 2007, entre outras variadas disposições nesse sentido, que a um só tempo promovem soluções alternativas ao contencioso judicial, mas também apontam a uma nova vinculação da Administração Pública brasileira, que tem agora reduzido de modo crescente o espaço de sua discricionariedade para priorização de medidas extrajudiciais.

2. Notícias sobre pós-positivismo, neoconstitucionalismo e novo significado dos poderes discricionários públicos

2.1 Um novo modelo de juridicidade e a Constitucionalização do Direito

A dogmática jurídica consolidada ao longo da primeira metade do Século XX se estabeleceu a partir de critérios "puristas" que partilhavam do interesse sobre o Positivismo nas Ciências Sociais, orientado à preservação de caráter científico do conhecimento humano mediante recusa de considerações metafísicas (característica das perspectivas Jusnaturalistas que então eram marcantes no estudo do Direito, segundo a crítica positivista).

Entre os defensores do chamado Positivismo Jurídico, Hans Kelsen (1881-1973), austro-húngaro autor de sua Teoria Pura do Direito, de 1934, reforçou com grande sucesso os fundamentos de legitimidade da atividade jurídica a partir de operações de racionalização meramente abstrata e fundada na estrutura hierárquica do ordenamento. O direito sob sua visão está regressivamente legitimado sob si mesmo até o amparo superior na chamada "norma hipotética fundamental" que sustentaria toda a pirâmide normativa. Hans Kelsen manifestava aversão à confusão entre Direito e Moral ou Direito e Justiça enquanto valor, embora não fosse completamente avesso à problemática dos valores, mas recusando-lhes cientificidade (KELSEN, 2019, p. 75/76).

A concentração do jurista sobre o direito positivo e sua menor consideração devotada às ponderações sobre valores priorizaria, de

consequência, os chamados métodos tradicionais de interpretação, centrados na exegese mecanicista do texto legal, em detrimento das perspectivas tridimensionais que (re)conectam o direito positivo com os contextos fático e axiológico com os quais também está relacionado.

A (re)abertura do Direito à perspectiva dos valores fundamentais que perpassam o ordenamento está no centro do que se chama na atualidade "Pós-Positivismo" e que viabiliza em sentido amplo (encampando variadas tendências) a ressignificação da normatividade de princípios no ordenamento jurídico (a propósito: BARROSO, 2017, p. 278).

O chamado Neoconstitucionalismo corresponde precisamente aos reflexos desse novo modelo axiológico e hermenêutico no contexto do constitucionalismo contemporâneo. Especialmente a partir da segunda metade do Século XX, novas Constituições nacionais de pós-guerra passaram a propugnar de modo firme pela defesa intransigente de liberdades públicas e direitos sociais tão vulnerados ao longo daquele período e dos conflitos políticos e sociais correspondentes. No Brasil, como no restante da América Latina em geral, o Neoconstitucionalismo teve amparo em novas Constituições do período de redemocratização e abraçou completamente essa nova perspectiva ⁷⁶.

O novo contexto hermenêutico que acompanhou as Constituições do final do Século XX permitiu que se tornassem chamadas Constituições "invasoras" (em boa hora) porque seu conteúdo se irradia para todo o ordenamento jurídico de modo extenso. A partir do reconhecimento de sua normatividade, os princípios constitucionalizados, assim, passam a assumir a centralidade do ordenamento e tudo em direito deve ser legitimado e

^{76 - &}quot;O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. [...] O marco filosófico das transformações aqui descritas é o pós-positivismo. Em certo sentido, apresenta-se ele como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do direito, e não apenas quando da sua elaboração. [...] Por fim, o marco teórico do novo direito constitucional envolve três conjuntos de mudanças de paradigma. O primeiro, já referido, foi o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata, transformando-se em fundamentos rotineiros das postulações de direitos e da argumentação jurídica. O segundo foi a expansão da jurisdição constitucional. No mundo, de maneira geral, esse fenômeno se manifestou na criação de tribunais constitucionais na grande maioria dos Estados democráticos. [...] A terceira grande transformação teórica se verificou no âmbito da hermenêutica jurídica, com o surgimento de um conjunto de ideias identificadas como nova interpretação constitucional. Nesse ambiente, foram afetadas premissas tradicionais relativas ao papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como foram elaboradas ou reformuladas categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica" (BARROSO, 2017, p. 530 e 531).

interpretado primeiro à luz da Constituição. É o que a doutrina chama de "Constitucionalização do Direito" (BULOS, 2017, p. 81)⁷⁷.

Mesmo a enunciação, por vezes um tanto vaga, de princípios e direitos, no texto constitucional, não caracteriza obstáculo ao reconhecimento desse novo sentido hermenêutico e consequente normatividade. A eventual carga programática de disposições constitucionais deverá conviver com aspectos de seu conteúdo que têm sim a característica da normatividade (n.g. os princípios inerentes às novas Constituições reclamam sim obediência). As consequências desse novo contexto constitucionalizador são: 1) a vinculação do Legislador; 2) a vinculação positiva dos órgãos públicos em qualquer atividade (legislação, execução e jurisdição); 3) a vinculação dos poderes públicos também enquanto limite material negativo, para vedação (nulidade) de atos contrários aos princípios constitucionais (BREGA FILHO, 2013, p. 105 e 106).

A Nova Hermenêutica Constitucional, porém, não está assentada sobre a imposição autoritária e unilateral do direito. Uma vez que está alinhada aos novos movimentos democratizantes, seu ponto de partida é, necessariamente, o Estado Democrático de Direito. Por isso, o novo modelo de Constitucionalismo reconhecido na atualidade aponta sempre ao máximo engajamento de todos os interessados para a revelação do conteúdo jurídico e estabelecimento revisado de forma contínua sobre os comandos constitucionais.

No que nos interessa mais diretamente a este texto, ressalta-se a perspectiva de superação do conflito pela ênfase no entendimento e na "vontade" dos intérpretes da Constituição no que diz respeito à efetivação dos valores constitucionais, favorecendo-se a busca de soluções compartilhadas e justas entre os diferentes interessados, afastando-se qualquer pretensão de interpretação egoística de comandos normativos frios, que não atenda à finalidade última do Direito, que é a pacificação social⁷⁸.

^{77 - &}quot;É precisamente nesse contexto que surge o 'modelo axiológico de Constituição como norma', cujos pontos nucleares são os seguintes: - a constituição é marcada pela presença de princípios e de normas definidoras de direitos fundamentais; - as normas e princípios constitucionais têm caráter material, positivando valores arraigados na comunidade, a exemplo da moral, dos costumes e dos hábitos (conteúdo axiológico); e - as constituições também possuem denso conteúdo normativo, influenciando toda a ordem jurídica e vinculando a atividade dos Poderes Públicos e dos particulares (eficácia horizontal dos direitos humanos)" (BULOS, 2017, p. 81).

^{78 -} Como destaca Sérgio Alves Gomes: "Essa característica hermenêutica evidencia-se melhor ainda quando se pensa, metaforicamente, que Hermes, ao servir de mensageiro entre os deuses e os homens, agia, em verdade, como um construtor de pontes que possibilitavam, mediante a comunicação, a compreensão entre o mundo do Olímpo e aquele dos mortais. Ao hermeneuta também cabe construir pontes. Entre estas estão as conexões que lhe compete fazer entre as tantas possibilidades de estudo do Direito visando a alcançar a mais ampla compreensão possível do fenômeno jurídico. Compreensão esta que lhe permite perceber no Direito sua fama de potencialidades e de possibilidades capaz de instaurar o justo entendimento entre os seres humanos, ao qual só se pode chegar por meio do diálogo que possibilite um mínimo de consenso sobre valores fundamentais à convivência, como paz,

2.2 O conteúdo tradicional da discricionariedade administrativa e limites inerentes à razoabilidade das escolhas do administrador a partir da indeterminação de conceitos

Tradicionalmente, a doutrina distinguiu entre atos administrativos vinculados e discricionários, conforme o silêncio estabelecido pelo Legislador sobre as diferentes opções admitidas pelo direito para o exercício da atividade administrativa⁷⁹.

A distinção entre atos vinculados ou discricionários avançava, aliás, por uma perspicaz defesa da presença de *indiferentes jurídicos* no plano administrativo, referentes a *conceitos jurídicos indeterminados*, em relação aos quais a legislação não teria nada mais a acrescentar (seja pela imprecisão de conceitos ou pela previsão de soluções múltiplas, todas igualmente admissíveis pelo Legislador para a livre escolha do administrador público, segundo critérios próprios de conveniência e oportunidade)⁸⁰.

solidariedade, justiça, compaixão, liberdade, igualdade de oportunidades... Somente a partir daí é possível vislumbrar uma sociedade fraterna, assumida como razão de ser do Estado Democrático de Direito, conforme positivado no preâmbulo da Constituição Federal de 1988. [...]" (GOMES, 2008, 203 e 204) Ainda, o mesmo autor salienta o apontamento de Konrad Hesse sobre a "vontade de Constituição" (Wille zur Verjassung) como "a maior garantia" da força normativa da Lei Fundamental e assevera, em contraposição, os vícios da "má vontade" que se opõe como obstáculo à efetividade constitucional: "A má vontade, ao contrário, estimula a inércia, a manutenção das injustiças, dos privilégios, da corrupção, da desigualdade de oportunidades entre as pessoas. [...] A má vontade de Constituição é aquela que se manifesta, não raramente, mediante argumentos que aparentam versados nos meandros da técnica jurídica (isto é, à maioria da população) estar embasados na ¹ei². É uma vontade míope, pois não consegue distinguir entre legalidade e moralidade, nem entre facticidade e legitimidade. Almeja apenas a posse do poder. [...]" (GOMES, 2008, p. 406 e 407).

79 - "[...] os poderes que exerce o administrador público são regrados pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade. No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial. Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. [...]" (DI PIETRO, 2003, p. 205).

80 - "Quando podem se dar tais 'indiferentes jurídicos' suscetíveis de serem submetidos a um juízo de preferência segundo os valores de conveniência e oportunidade? [...] Respondendo à indagação acima posta, podem ser identificados indiferentes jurídicos em primeiro lugar, na verificação de certos conceitos jurídicos indeterminados. Aqui já podemos adotar a classificação que atrás adiantamos, feita por Karl Engish, segundo a qual, o gênero 'conceitos jurídicos indeterminados' comporta uma especial classe dos chamados 'conceitos discricionários'. O autor vislumbra a indeterminação em três modalidades, conceptuais: (a) Conceitos indeterminados descritivos – aqueles que diz respeito a objetos reais ou objetos que, de certa forma, participem da vida; objetos que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou que qualquer outra forma percepcionáveis ex: escuridão, velocidade, intenção; (b) conceitos indeterminados normativos: são conceitos 'acrescidos de um preenchimento valorativo', vale dizer o volume normativo destes conceitos tem de ser preenchido de caso a caso, através de atos de valoração; e, finalmente (c) conceitos indeterminados discricionários: para essa classe especial de conceitos indeterminados, não basta a

Exemplificando essa distinção, a doutrina chama a atenção, por exemplo, ao confronto entre os conceitos de "boa-fé" (conceito normativo) e de "medidas urgentes" (conceito discricionário). Ao confrontar o conceito de "boa-fé" a cada caso concreto, não poderá o administrador público enunciar casuisticamente os limites da boa-fé a partir de critérios de conveniência e oportunidade. Mas, no que diz respeito a "medidas urgentes", o reconhecimento da urgência para impedir prejuízo grave a um interesse público protegido pelo direito se mantém dentro de contexto de maior liberdade relativa (zona de certeza negativa do conceito), dentro do qual o administrador público poderá efetivamente escolher entre diferentes comportamentos de acordo com a análise pontual de conveniência e oportunidade inerentes a cada situação específica (NOVAIS, 1996, p. 32 e 33).

Mesmo à doutrina tradicional, focada sobre a distinção entre atos vinculados e discricionários, a admissão de liberdade irrestrita ao administrador público para escolher entre as diferentes soluções possíveis não poderia ser interpretada de modo a criar uma esfera de pura arbitrariedade na condução da coisa pública.

A recusa de controle dos atos administrativos discricionários, aliás, é, por si mesma, entendida como "uma ameaça às bases do Estado de Direito" (NOVAIS, 1996, p. 42.) e que está pautada sobre uma compreensão errônea sobre as bases que sustentam a discricionariedade administrativa, porque, mesmo quando haja diferentes comportamentos possíveis ao administrador público, os deveres de boa administração apontarão necessariamente a uma melhor opção que atenda de modo arrazoado ao interesse público, ainda que segundo critérios de conveniência e oportunidade⁸¹.

2.3 A vinculação dos atos administrativos discricionários ao cabedal principiológico constitucional

Para além das discussões sobre indeterminação de conceitos e limites da conveniência e da oportunidade de atuação do administrador público, o novo contexto de normatividade dos princípios constitucionais, porém, relativizou de modo importantíssimo essa distinção entre atos vinculados e discricionários,

discritividade ou a normatividade inserida nos conceitos. A par da indeterminação que lhes é própria, comportam uma especial valoração pessoal do aplicador" (NOVAIS, 1996, p. 32).

^{81 - &}quot;Não basta a indeterminação. É necessário que, da aplicação da norma, informada pelo princípio da razoabilidade, resultem alternativas igualmente razoáveis sobre as quais o Administrador passa tecer um juízo de preferência informado pelos critérios da boa administração, presumidos pela ordem jurídica como por ele conhecidos" (NOVAIS, 1996, p. 42).

passando por diferentes teorias limitadoras da discricionariedade administrativa^{82/83} até a compreensão contemporânea de que, a rigor, todos os atos da Administração Pública devem obediência ao cabedal principiológico referido⁸⁴.

É um equívoco já superado, dessarte, a eventual invocação do ato discricionário como um campo de liberdade irrestrita de escolha do administrador público e isento de controle judicial ou outras consequências institucionais e pessoais previstas pela legislação.

Nesse sentido, a doutrina ressalta que deixa de ser útil a distinção entre discricionariedade (no plano da eleição de consequências) e conceitos indeterminados, porque o controle dos atos administrativos é sempre admissível em certa medida, tanto em um como em outro caso (FREITAS, 2009, p. 384).

O mesmo autor ressalta consequências inerentes ao maior nível de vinculação de todos os atos administrativos no cenário atual, deste modo: a) no Estado Democrático de Direito, a discricionariedade sempre está vinculada aos princípios; b) atos administrativos podem ser vinculados propriamente ditos, ou até ser dotados de discricionariedade (vinculada ao sistema), mas todos sempre devem obediência aos princípios e regras (*i.e.* constitucionais); c) a diferença entre atos vinculados ou discricionários só pode ser reconhecida em relação à maior ou menor densidade dessa vinculação; d) o controle dos atos administrativos é preponderantemente principiológico (o que vem de acordo com o contexto pós-positivista e de neoconstitucionalização a que se fez referência acima); e) não há pretensão de substituição do administrador, mas seus atos estão sujeitos sim a controle tanto interno quanto externo e por meio social ou jurisdicional; f) mesmo nos casos de discricionariedade, o ato de escolha entre diferentes opções que se apresentem deve ter uma motivação aceitável (podemos

^{82 - &}quot;A discricionariedade administrativa evoluiu quanto aos seus limites, pois, desde a noção inicial de imunidade (em que os atos dela emanados eram tidos como atos de império), várias teorias foram apresentando limites para proporcionar a expansão do controle judiciário: excesso de poder (vício de forma ou competência), desvio de poder (vício de finalidade), motivos determinantes (controle do fato), princípios gerais do direito (contraste com boafé, proporcionalidade, igualdade etc.). Nos conceitos jurídicos indeterminados, limites foram impostos como os princípios da moralidade e da razoabilidade, o próprio interesse público. Dessa forma, arremata que a legalidade em sentido amplo é o limite da discricionariedade administrativa, abarcando em seu significado as regras fixadoras dos elementos do ato e os princípios como conceitos indeterminados (moralidade, razoabilidade, interesse público) no fim ou no motivo" (MARTINS JÚNIOR, 2001).

^{83 -} Embora admitindo certa amplitude à discricionariedade, Celso Antônio Bandeira de Mello também já enfatizava desde muito tempo que mesmo no contexto da referida distinção cabia ressalva, porque "[...] não há *ato propriamente discricionário*, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao *fim* e à *competência*, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também respeito a este aspecto" (MELLO, 2013, p. 435).

^{84 - &}quot;[...] a autoridade administrativa deve obedecer à lei e ao Direito, entendido como sistema, isto é, totalidade de princípios e regras, logicamente transcendentes em relação ao princípio da legalidade estrita" (FREITAS, 2009, p. 386 e 387).

dizer: coerente com o cabedal principiológico referido); g) a distinção aponta mais à intensidade dessa vinculação que à liberdade da apreciação; h) quanto mais passíveis de controle se reconheçam os atos discricionários, mais se revela que existe, também, uma boa medida de liberdade subjacente às escolhas cabíveis também nos atos tradicionalmente reconhecidos como vinculados, ocorrendo que, em todo caso, a realização dos atos administrativos deve se dar de modo válido (FREITAS, 2009, p. 388 e seguintes).

O ato discricionário praticado com ofensa clara ao Princípio da Eficiência, que escolhe os meios mais perdulários ou deposita esforços administrativos em demandas francamente injustificadas para atender a objetivos pessoalizados, por exemplo, é inexoravelmente nulo e deve ser evitado ou afastado pela própria Administração Pública no exercício de sua autotutela ou judicialmente se necessário 85 e 86.

Mas a teoria do desvio de poder é tão ampla que alcança, até mesmo, o controle das atividades legislativas (inclusive as derivadas, que são inerentes ao poder de regulamentação das normas legais pela Administração Pública). Lembra-se, aliás, que o Congresso Nacional pode até sustar atos normativos do Executivo que exorbitem o poder regulamentar (art. 49, V, CF)⁸⁷.

3. A busca por eficiência subjacente à priorização de soluções alternativas à judicialização envolvendo a administração pública federal brasileira

3.1 A Eficiência no contexto do Estado Democrático e Social de Direito

Analisando o Princípio da Eficiência à luz da Constituição de 1988, após a Emenda nº 19/98, Hachem e Gabardo, da Universidade Federal do Paraná, já tiveram oportunidade de defender sua interpretação sob a cláusula do Estado Social e Democrático de Direito, que foi consagrado pelo Constituinte brasileiro.

⁸⁵ - "O erro manifesto, a desproporcionalidade e a transgressão principiológica viciam mortalmente o ato discricionário, ainda que válido *prima facie*" (FREITAS, 2009, p. 391).

^{86 -} O próprio exercício da autotutela fundada nesse novo cenário jurídico demanda cuidado, porém, porque também reclama motivação clara e bem assentada, de modo a favorecer o interesse igualmente legítimo à segurança jurídica: "[...] Embora se reconheça a possibilidade de a Administração deixar de seguir lei que considere inconstitucional, será preciso tecer duas observações a respeito. Em primeiro lugar, apenas o Chefe do Executivo pode ordenar o descumprimento de lei por vício de inconstitucionalidade. Em segundo lugar, a desobediência à lei é feita sob conta e risco daquele que a assume como inconstitucional" (TAVARES, 2017, p. 1.100).

^{87 -} Nesse sentido, apontando a viabilidade de controle de finalidade de atos legislativos: REMEDIO, 2015, p. 362.

Explicam que a constitucionalização do princípio no País teve de início relação com a onda neoliberal dos anos 1990, como resultado do anseio de substituição do modelo de administração burocrática para um modelo gerencial, principalmente através de controle de resultados (reduzindo a importância dos meios e procedimentos formais) (HACHEM; GABARDO, 2021, p. 1 e 2).

Mas, uma vez operada a positivação constitucional, o Princípio da Eficiência deve também ser interpretado à luz da nova hermenêutica constitucional e sob a opção inequívoca do Constituinte pelo Estado Social e Democrático de Direito, o que afastou alguns perigos imaginados que os referidos autores apontaram no sentido de que: 1) seria descabida a administração gerencial privada sobre a coisa pública; 2) a eficiência não seria um parâmetro jurídico; 3) o controle da eficiência seria impossível em razão de sua generalidade e abstração; 4) a eficiência poderia derrogar outros princípios (HACHEM; GABARDO, 2021, p. 3)88.

A Eficiência constitucionalizada no Brasil, dessarte, aponta a muito mais que um cálculo notarial de resultado econômico-financeiro, porque também implica análise sobre o interesse público que reside sobre a atividade administrativa. Nesse sentido, evidentemente que uma escolha do administrador público atentará contra o Princípio da Eficiência se mostrar-se perdulária, desperdiçando recursos públicos com a utilização de meios inadequados para atingimento das finalidades institucionais; mas também será atentatória contra o Princípio da Eficiência eventual atenção exclusiva à autocontenção fiscal que implique desprezo à implementação efetiva de direitos da população administrada, recusando em última medida cumprimento a outros princípios e direitos fundamentais com os quais a Eficiência deve conviver no Estado Democrático e Social de Direito.

Em resumo, com apoio nos mesmos autores referidos antes (HACHEM; GABARDO, 2021, p. 4 e seguintes) conclui-se que o Princípio da Eficiência no

^{88 -} Essa nova roupagem do Princípio da Eficiência não é exclusividade do Direito Constitucional brasileiro, como se depreende também da perspectiva axiológica que foi promovida em documento britânico de época: "Quem desejar conhecer as características nucleares do principio da eficiência, basta que lance mão dos Sete Princípios da Vida Pública, apresentados, em maio de 1995, pelo Primeiro Ministro britânico, no Relatório Nolan, cujos pontos nucleares são os seguintes: - interesse público - finalidade básica da Administração, mas que também dá espaço ao setor público não estatal, abrindo oportunidade à proliferação de entes intermédios (agências executivas, agências reguladoras e organizações sociais de colaboração); - integridade - retrata a independência funcional dos titulares dos cargos públicos, de não cederem a pressões que possam comprometer a execução de seus deveres; - objetividade - traduz a busca de resultados positivos para o administrado, perseguindo o alto padrão de qualidade dos serviços públicos; Decreto-Lei n. 200/67: no Brasil, o Decreto-Lei n. 200/67 já enunciava, no seu art. 14, que 'o trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco'. - responsabilidade (accountability) - envolve a submissão de entidades sociais, órgãos e agentes públicos na fiscalização da moralidade administrativa; - transparência - é a lisura e neutralidade na tomada de decisões, no acesso às informações, na motivação dos atos administrativos, na política de gerenciamento do Estado, na desburocratização da res publica; - honestidade - diz respeito à conduta proba e imparcial dos agentes públicos, isenta de vícios ilegais e imorais; e - liderança - importa no exemplo daqueles que se destacam pela seriedade, competência e rendimento funcional" (BULOS, 2017, p. 1.034 e 1.035).

cenário contemporâneo brasileiro impõe à Administração pública o dever de:

- 1) exercer o poder administrativo que é juridicamente conferido com a máxima celeridade, presteza, economicidade e produtividade (será ineficiente o serviço público i) omisso; ii) moroso; iii) formalista de modo exacerbado; iv) perdulário; v) improdutivo);
- 2) atuar de modo a concretizar fielmente a finalidade pública com respeito às normas jurídicas a que se submete (diferencia-se princípio da legalidade e princípio da juridicidade, no novo cenário acima noticiado);
- 3) utilizar os meios mais adequados ao alcance ótimo dos objetivos estatuídos pelo direito positivo (interesse público) (o princípio da eficiência não se satisfaz com a atuação média, exigindo que a administração tenda sempre ao ótimo, ou pelo menos à busca pela otimização);
- 4) conferir a máxima efetividade aos comandos que lhe são dirigidos pelo ordenamento jurídico (a Eficiência na Administração Pública presta homenagem à máxima efetividade das normas constitucionais, o que demanda que as atividades administrativas relacionadas à realização de um direito reconhecido constitucionalmente devam tender à máxima realização desse direito, portanto, dentro dos limites hermenêuticos correspondentes, claro);
- 5) conciliar a busca pela Eficiência dos atos administrativos sempre com os direitos fundamentais e com os demais princípios e regras que orientam a atividade administrativa (a Eficiência é um princípio fundamental, mas não goza de superioridade hierárquica sobre outros princípios constitucionais como a Moralidade ou a Legalidade, de modo que não será eficiente a atividade administrativa que despreza direitos fundamentais dos administrados, por exemplo)⁸⁹.

^{89 -} O conflito aparente entre princípios constitucionais (no caso, entre a Eficiência e outros princípios albergados pela Constituição brasileira) deverá ser resolvido a partir de critérios de razoabilidade e proporcionalidade (cuja distinção aprofundada descabe aos limites deste artigo). É relevante salientar, porém, que a doutrina tem manifestado esforço para estabelecimento de parâmetros que definam proporcionalidade, como se vê da experiência internacional: "O princípio da proporcionalidade é utilizado, também, com frequência, como instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, aí incluídas as colisões de direitos fundamentais e as colisões entre estes e interesses coletivos. Nos Estados Unidos, mesmo sem referência expressa ao termo 'razoabilidade', é comum a realização de testes de constitucionalidade dos atos do Poder Público nos quais juízes e tribunais levam em conta os mesmos elementos aqui considerados: adequação, necessidade e proporcionalidade. Tais testes são identificados como sendo de: a) mera racionalidade; b) aferição severa; c) nível intermediário. O teste de 'mera racionalidade' (mere rationality ou rational basis) dos atos governamentais é o mais fácil de ser superado, bastando a demonstração de se tratar de um fim legítimo (legitimate state objective) e de um meio minimamente adequado (rational relation). Normalmente, se não houver um direito fundamental em questão, este será o teste utilizado pelo Judiciário, como ocorre em relação à impugnação de normas de caráter econômico, comercial ou que estabeleçam desequiparações entre pessoas, desde que a classificação não seja 'suspeita' (como as baseadas em raça, por exemplo). Nos casos em que o teste envolva a mera racionalidade da medida, o ônus de demonstração da inconstitucionalidade é de quem a alega, e os tribunais somente acolherão a tese em caso de manifesta arbitrariedade ou falta de racionalidade. O teste de 'aferição severa' (strict scrunity) é o mais difícil de ser superado e, normalmente, sua aplicação conduz à inconstitucionalidade da norma. Para superar esse teste, é necessária a demonstração de se tratar de um fim imperioso (compelling objetive) e de um meio

Como ressaltamos antes, o tema não é meramente retórico ou abstrato, porque o descumprimento do Princípio da Eficiência pode gerar consequências, que alcançam tanto os entes públicos como a própria pessoa do administrador que desprezem essa nova conjugação hermenêutica. Conforme comprovação, a atividade administrativa francamente ineficiente poderá gerar: 1) responsabilidade pessoal do administrador, nas esferas administrativa, cível e penal (segundo a tipificação específica de cada fato concreto); 2) sujeição do ato praticado a controle interno ou externo, para correção da atividade de administração ineficiente (com anulação pela própria Administração Pública ou por via judicial); e 3) responsabilidade civil do Estado para reparação de danos que possam decorrer da atuação marcadamente ineficiente do poder público (incluindo a atuação omissiva, no entendimento dos autores) (HACHEM; GABARDO, 2021, p. 8 e 9).

3.2 Aênfase necessária às soluções alternativas à judicialização envolvendo a Administração Pública Federal Brasileira

No mesmo período em que se promoveu a positivação constitucional da Eficiência na Administração Pública brasileira, também houve, não por acaso, atenção às dificuldades manifestas de solução de conflitos por via judicial envolvendo atividades administrativas e os prejuízos que são inerentes à condução de longas batalhas judiciais (tanto no que diz respeito ao acúmulo de custos quanto em relação à postergação muitas vezes resultante na implementação de prestações administrativas que são de interesse público e que poderiam ser alcançadas de modo mais expedito mediante a solução extrajudicial de conflitos).

Como um dos primeiros esforços nesse sentido, antes mesmo da Emenda Constitucional n. 19/98, a Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, que dispôs sobre arbitragem, já havia previsto a viabilidade de participação da Administração Direta e Indireta nesse tipo de mecanismo de solução extrajudicial de conflitos, embora de modo bastante sucinto no que diz respeito ao modo de realização

necessário, inexistindo alternativa menos restritiva (no less restrictive alternative). Utiliza-se a aferição severa quando a matéria em disputa envolva temas como a igualdade racial, o direito de privacidade e liberdades como a de expressão e religiosa. Nesses casos, a inconstitucionalidade se presume, cabendo ao Poder Público o ônus da demonstração da validade de sua conduta. Por fim, o teste de 'nível intermediário' (intermediate scrunity ou middle-level review) situa-se, como o nome sugere, a meio caminho entre os dois primeiros. Sua utilização exige a demonstração de que o fim público invocado seja importante (important objective) — o que significa mais do que apenas legítimo e menos do que imperioso — e que o meio escolhido tenha uma relação substantiva com o fim — isto é, um meio-termo entre meramente racional e indispensável. Nesses casos, caberá, normalmente, ao Poder Público a prova da legitimidade de sua ação. Este critério é empregado em questões que envolvem gênero (e.g., direitos das mulheres), legitimidade de filhos e restrições à liberdade de expressão, que não se baseiem no conteúdo mas em outros elementos, como hora e lugar de seu exercício" (BARROSO, 2017, p. 297 e 298).

dos procedimentos públicos e que terminou encontrando pouca correspondência nos textos normativos conseguintes, que autorizaram mecanismos semelhantes no âmbito da Administração Pública⁹⁰.

A Lei nº 9.469/1997 foi também pioneira ao prever a possibilidade de realização de acordo ou transação nas matérias afetas à Administração Pública. O art. 1º deste dispositivo legal prevê que "O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto como dirigente estatutário da área afetada ao assunto, poderão autorizar a realização de acordo ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais".

A disposição do art. 1º da Lei nº 9.469/1997 é de grande importância na medida em que constitui um marco institucional possibilitador da realização de acordos extrajudiciais no âmbito da Administração Pública, admitindo que se transija em relação a aspectos do interesse público admitidos como transigíveis (GUEDES, 2019, p. 24).

Alguns anos depois, a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, promoveu igual iniciativa no que diz respeito a conflitos envolvendo propriamente entes públicos, prevendo a realização de audiência pela Advocacia Geral da União – AGU – e determinando expressamente a tomada de providências para a resolução dos conflitos ainda em âmbito administrativo, de modo a evidentemente priorizar a solução extrajudicial. 91

Também não por acaso, a Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, instituiu o artigo 23-A entre os dispositivos da Lei nº 8.987/95 (inerente ao regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal), autorizando igualmente a Administração Pública a introduzir compromissos de solução de conflitos por meios privados nos contratos administrativos de que trata a referida lei especial, promovendo soluções mais eficientes de conflitos no âmbito de uma matéria especialmente sujeita a dissenso,

^{90 - &}quot;[...] a "arbitragem" que tem sido promovida na órbita da Administração Pública Federal não se coaduna com o modelo da Lei 9.307/1996. Trata-se, efetivamente, de um *tertium genus*, figura ambígua entre a arbitragem prevista pela legislação e o processo administrativo. Há uma grande cisão entre essas formas desde o seu nascedouro. Não se cogita de convenção arbitral, mas de decisão administrativa que instaura o procedimento. Não se debate sobre a existência de autonomia privada, mas, apenas, da conveniência e da oportunidade de determinado litígio ser solvido por esforços administrativos" (SILVA e DALMAS, 2013).

^{91 - &}quot;Art. 11. Estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre entidades da Administração Federal indireta, ou entre tais entes e a União, os Ministros de Estado competentes solicitarão, de imediato, ao Presidente da República, a audiência da Advocacia-Geral da União. Parágrafo único. Incumbirá ao Advogado-Geral da União adotar todas as providências necessárias a que se deslinde a controvérsia em sede administrativa" (BRASIL, 2005).

que é o da "privatização" de prestações de interesse público)92 e 93.

Ainda, no ano de 2007, destacam-se grandes passos desenvolvidos pela Advocacia Geral da União – AGU - no mesmo sentido da busca de soluções mais eficientes mediante a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), instituída por meio do Ato Regimental – AGU - nº 05, de 27 de setembro de 2007, com a finalidade de dar continuidade às atividades conciliatórias que haviam então sido desenvolvidas com sucesso no âmbito da Administração Federal por meio de Câmaras de Conciliação *ad hoc* instaladas com apoio na referida Medida Provisória nº 2.180-35/2001 e correspondente Portaria AGU nº 118, de 1º de fevereiro de 2007, depois revogada pela Portaria AGU nº 1.281 de 27 de setembro de 2007.

Em 2008, aprofundando esses avanços, a Portaria AGU nº 1.099, de 28 de julho de 2008, com alteração de seu artigo 1º pela Portaria AGU nº 481, de 06 de abril de 2009, estendeu a possibilidade de solução administrativa às controvérsias envolvendo entes públicos também às relações da Administração Pública Federal com a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal e de Municípios que fossem Capital de Estado ou que possuíssem mais de 200 mil habitantes (limitador do número de habitantes para Municípios que acabou suprimido em 2010 pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, ampliando-se ainda mais a competência da CCAF).

Nesse contexto, a CCAF atuou também de modo desbravador na efetiva concretização do imperativo de eficiência por meio da busca de solução de conflitos envolvendo a Administração Federal fora do âmbito judicial, reforçando a abertura de um novo panorama para soluções consensuais entre os entes federados, ao mesmo tempo em que favorece a transparência na discussão da coisa pública e o compromisso pactuado pela boa governança. Nas palavras de Leonardo Paulo de Lacerda e Shirlei Silmara de Freitas Mello "A (CCAF) representou a superação de exceções de autoritarismo, resistência, unilateralidade e imperatividade presentes no agir administrativo, criando para as Administrações a necessidade de adoção de

^{92 - &}quot;Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996" (BRASIL, 2005).

^{93 - &}quot;As dificuldades verificadas na captação de novos recursos não tardaram a influenciar o posicionamento do Tribunal de Contas da União e, numa escala mais abrangente, do Poder Legislativo Federal, que, em sucessivos diplomas, passou a referir expressamente a arbitragem em contratos administrativos em diferentes segmentos da atividade econômica nacional. Supria-se, de tal maneira, a exigência, majoritariamente formulada na doutrina, de "autorização à adoção da cláusula compromissória" por parte do legislador ordinário. Em conseqüência, o que antes se afigurava uma exceção tornou-se a regra, a tal ponto que, malgrado todas as polêmicas e controvérsias que circundaram a aprovação do projeto de lei das Parcerias Público-Privadas, tal questão - a adoção de cláusula compromissória nos contratos que as instrumentalizariam - sempre flanou soberanamente, como uma das premissas fundamentais ao êxito dos investimentos por seu intermédio almejados" (ZIMMERMANN, 2007).

políticas para o gerenciamento de conflitos" (2021, p, 8).

Ainda nesse ínterim, a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, aprofundou ainda mais as hipóteses de soluções extrajudiciais de conflitos envolvendo a Administração Pública, ao autorizar a autocomposição de conflitos entre entes públicos e particulares, com a criação de Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, embora ressaltando a liberdade dos administrados para a participação em processos de mediação e também ressalvando a persistência de controle judicial obrigatório no que diz respeito a acordos envolvendo direitos indisponíveis⁹⁴.

As competências da CCAF estão definidas de modo mais atualizado pelo artigo 18 da Anexo I do Decreto nº 10.608, de 25 de janeiro de 2021, com o seguinte conteúdo: avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União; requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atenção; dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção que atuam no contencioso judicial; promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório; propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União, o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados.

Não há uma delimitação rígida de que tipo de controvérsia pode ser submetida a procedimento conciliatório perante a CCAF. Assim, qualquer tipo de controvérsia, sobre as mais variadas matérias, pode ser submetido ao procedimento conciliatório. Há, no entanto, um exame prévio de admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União. Nesse exame de admissibilidade deverão ser considerados, principalmente,

^{94 - &}quot;Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa-fé. § 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação. § 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação. Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público"

os entes envolvidos na controvérsia e o objeto do conflito⁹⁵. Todos os Termos de Conciliação devem ser homologados pelo Advogado-Geral da União⁹⁶ e têm natureza jurídica de título executivo extrajudicial.

As câmaras públicas para solução extrajudicial de conflitos propiciam a criação de um ambiente fundado no diálogo entre os próprios entes componentes dos mais diversos níveis da Administração Pública e, também, entre a Administração Pública e os administrados. A abertura ao diálogo com o cidadão para a resolução de conflitos favorece a pacificação social e deve configurar a estratégia prioritária de atuação, evidentemente respeitados os limites correspondentes aos mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos⁹⁷.

Assim, no contexto de constitucionalização de que tratamos acima e com os novos contornos que a discricionariedade administrativa assumiu na atualidade, pensamos que nas hipóteses em que existe viabilidade para soluções que evitem a judicialização envolvendo a coisa pública, a própria adoção desses novos mecanismos será impositiva. Em primeiro lugar, o Legislador deve enfatizar a disponibilização de variados mecanismos compatíveis com as hipóteses de conflitos envolvendo a coisa pública, com atenção ao imperativo constitucional da eficiência na atividade administrativa⁹⁸. Por sua vez, a eventual dispensa do Administrador Público em relação aos mecanismos de solução extrajudicial disponíveis terá necessariamente que ser fundamentada. Configurase um nível especial de vinculação do agir administrativo de que resulta mínima discricionariedade no que diz respeito à eleição entre os meios extrajudiciais disponíveis e a escolha da via judicial, devendo ser sempre preferidas as cláusulas

^{95 -} Art. 18, inciso I, do Anexo I, do Decreto 10.608, de 25 de janeiro de 2021.

^{96 -} Art. 36, inciso XII, do Anexo I, do Decreto 10.608, de 25 de janeiro de 2021.

^{97 - &}quot;O novo nesta experiência diz com a superação de dogmas ligados à certa compreensão da jurisdição. A imposição de processos de longa duração, alto custo e de baixa efetividade quando uma das partes seja o Estado decorre, em parte, da fixação com a solução obtida exclusivamente pela jurisdição estatal. Pesquisas demonstram, contudo, a importância de identificar novas formas - leia-se um novo design - para superação desses impasses em benefício dos próprios interesses estatais em jogo. Assim, merece aplauso a iniciativa da AGU ao notar, como Piero Calamandrei já fizera há alguns séculos, que não há um conceito posto e definitivo para a própria jurisdição, compreendida aqui apenas como solução do conflito. Ao contrário: diante dos fatos, dos valores e da própria vida, os conceitos e institutos se movimentam, se amalgamam e se reconstroem. É nesse contexto que a jurisdição não pode mais ser considerada como atividade exclusiva do Poder Judiciário. Outras portas estão abertas e com ele convivem na perspectiva da superação de impasses específicos, inevitáveis ao atrito social" (SILVA e DALMAS, 2013).

^{98 -} A priorização da solução extrajudicial de conflitos colabora, também, com a melhora da reputação institucional dos entes públicos junto à população administrada. Apenas o efetivo estabelecimento de meios alternativos de resolução de conflitos, com a implantação de medidas de solução de conflitos extrajudiciais que efetivamente se amoldem a cada tipo de demanda, no chamado sistema multiportas ("multi-door courthouse system"), inspirado no modelo norte-americano (CABRAL; CUNHA, 2016, p. 471-489), mudará o cenário atual de alta litigiosidade vivido no Brasil, que impacta negativamente a própria reputação das instituições envolvidas (por exemplo, Poder Executivo, Poder Judiciário, Advocacia Pública, Ministério Público, Defensoria etc). Ressalta-se, a propósito, que: "A construção de uma reputação às instituições é fundamental para legitimidade de suas ações e para a garantia de direitos" (MELLO; LACERDA, 2021, p. 6).

compromissárias, nesse sentido, nos contratos administrativos compatíveis, por exemplo (cabendo de modo grave ao administrador motivar de modo coerente e adequado eventual preferência pela via judicial).

É bem verdade que o Legislador se mostrou ainda um tanto tímido no que diz respeito aos limites do encerramento de conflitos já judicializados. Assim, conforme estabelece o § 1º do artigo 496, do Código de Processo Civil, é dever do advogado público interpor apelação das sentenças proferidas contra a Administração Pública, seja ela federal, estadual ou municipal, não obstante o juiz possa remeter os autos diretamente ao tribunal, caso não seja elaborado. Por derradeiro, os §§ 3º e 4º trazem as hipóteses nas quais será excetuado o dever de recorribilidade, o que inclui o limite financeiro para que se possa abdicar do recurso (§ 3º)99.

Mas é também verdade que a Administração Federal foi adiante e editou a Portaria nº 488/2016 da Advocacia-Geral da União, autorizando a Procuradoria-Geral Federal, nos termos de seu artigo 3º, a expedir orientação aos Procuradores Federais para reconhecimento da procedência do pedido, abstenção de contestação e de recurso e desistência dos recursos já interpostos, nos casos nela previstos.

Cabe de todo modo anotar a compreensão doutrinária de que o dever de recorribilidade assentado no comando legal aponta ao núcleo de indisponibilidade e supremacia do interesse público que esteja relacionado aos conflitos judicializados. Noutros termos, o dever do advogado público de recorrer realça entendimento de que o litígio em causa não trata de direito disponível, o que implicaria, então, a utilização de todos os mecanismos processuais necessários para reverter-se eventual decisão desfavorável (DEVIDES, MOLICA e SOUZA, 2021).

Pensamos, de todo modo, que o tema não está esgotado e deve ser

^{99 -} Nas lições de processualista Luiz Henrique Volpe Camargo "Segundo diz o § 4º do art. 496, há dispensa da remessa necessária quando a sentença (ou decisão parcial) contrária à Fazenda Pública estiver alinhada com: (a) súmula de tribunal superior, sejam as vinculantes por disposição constitucional (CF (LGL\1988\3), art. 103-A) e legal (CPC (LGL\2015\1656).inc. II do art. 927), sejam as vinculantes por disposição legal (CPC (LGL\2015\1656), inc. IV do art.927); (b)acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência; (d)entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa39. Além disso, também acreditamos que, apesar da omissão no § 4º do art. 496, é possível a dispensa da remessa necessária quando a sentença estiver alinhada com "decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade", que são vinculantes por disposição do § 2º do art. 102 da CF (LGL\1988\3) e do inc. V do art. 927 do CPC (LGL\2015\1656). (...) O mesmo raciocínio merece ser aplicado à "orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados", que também são padrões decisórios vinculantes por disposição do inc. V do art. 927. É que o rol de padrões decisórios descritos no § 4º do art. 496 não pode ser aplicado isoladamente, mas, sim, de forma integrada com o art. 927, que elenca lista mais ampla de padrões decisórios vinculantes, e que, por isso mesmo, também tem a força de dispensar a remessa necessária. Assim, a parcial falta de simetria entre o rol do § 4º do art. 496 com o rol do art. 927 não é fator de redução da força exercida pelos padrões decisórios descritos nos incs. I e V do art. 927. Sob outro panorama, a dispensa fundada em padrões decisórios vinculantes prevista no § 4º do art. 496 parte do pressuposto de que o juiz, em regra, os aplicará corretamente ao caso concreto" (2018, p. 8).

continuamente aprofundado para priorização crescente dos mecanismos de soluções alternativas à via judicial, o que deverá a seu tempo implicar revisão legislativa do conteúdo do artigo 496 do Código de Processo Civil, para uma ênfase ainda maior no estabelecimento de encerramento à via judicial nas hipóteses em que o interesse público se mostrar assim suficientemente protegido.

Do ponto de vista do administrador público, cabe a ênfase nos meios de controle de sua atuação. A cada deliberação administrativa pela adoção de mecanismos extrajudiciais (ou pelo encerramento de ações judiciais já instaladas, obedecidas em todo caso as restrições legais incidentes) a Administração Pública não pode se abster, também, do dever de respeito ao cabedal principiológico apontado e assume o encargo de motivar, de modo coerente, eventual opção pela promoção ou manutenção da via judicial, a despeito dos potenciais custos elevados de sentido financeiro e postergação de prestações públicas devidas que essa opção possa significar.

Qualquer que seja a opção disponibilizada pelo Legislador, nos diferentes diplomas normativos que estabelecem soluções alternativas, de todo modo, a Administração Pública deverá ter sempre em vista o interesse público que motiva de modo superior as atividades do poder público de modo geral. Os mecanismos de solução alternativa de conflitos não podem ser aplicados de modo desconectado ao interesse público; tampouco a via judicial pode configurar-se com opção automática a despeito da instituição de mecanismos potencialmente mais eficazes. 100

4. Conclusão

O presente estudo procurou enfatizar o modo como o imperativo constitucional de Eficiência no cenário constitucional contemporâneo deve impactar as diretrizes de solução extrajudicial de conflitos envolvendo a Administração Pública brasileira, em especial no âmbito da Administração Federal.

Relembrou-se como a dogmática jurídica consolidada ao longo da primeira metade do Século XX esteve fundada a partir de critérios puristas que apontaram à menor consideração sobre ponderações de valores e consequente exegese meramente mecanicista do texto legal. Destacou-se, porém, que a (re)

^{100 -} Pondera-se com razão, por exemplo, que: "A arbitragem não torna disponível o interesse público: ao contrário, a Administração, ao estipulá-la, só o faz para satisfazê-lo" (ZIMMERMANN, 2007).

abertura do Direito à perspectiva dos valores fundamentais, no chamado "Pós-Positivismo", indica a necessidade de ressignificação do papel dos princípios e direitos fundamentais no ordenamento jurídico, com reflexos hermenêuticos que incluem o reconhecimento da normatividade do conteúdo constitucional, com papel central no ordenamento jurídico, tornando-se imperioso que tudo em direito seja legitimado e interpretado primeiro à luz da Constituição, com vinculação dos Poderes constituídos.

Nesse sentido, o Princípio da Eficiência também deve ser interpretada à luz da nova hermenêutica constitucional, impondo ao Legislador e ao Administrador Público esforço para conferir-lhe a máxima efetividade também no que diz respeito à prevenção de danos causados por longas demandas judiciais que muitas vezes geram acumulação de custos e, também, protelam de modo irrazoável a implementação de prestações públicas que são de amplo interesse da população administrada.

Em especial, procurou-se demonstrar como, nessa lógica de raciocínio, a distinção entre atos vinculados e discricionários foi relativizada e não se admite mais a afirmação de liberdade irrestrita ao administrador público para escolher arbitrariamente entre as diferentes soluções possíveis aos conflitos envolvendo a atividade administrativa. Assim, mesmo que haja diferentes comportamentos possíveis ao administrador público, o imperativo da busca da solução mais eficiente combinado aos deveres de boa administração apontarão necessariamente à priorização de mecanismos de solução extrajudicial, que poupem recursos e atendam de modo mais adequado ao interesse público.

Chamou-se a atenção quanto à timidez do Legislador em ampliar mecanismos de encerramento de conflitos já judicializados e aos esforços empregados pela Administração Federal, notadamente através da Advocacia-Geral da União, para atingir tal desiderato. Ressalvou-se, outrossim, que o dever de recorribilidade em processos que envolvam a Administração Pública aponta para o entendimento de que, em tais hipóteses, reside o núcleo de indisponibilidade e supremacia do interesse público, havendo, de todo modo, necessidade de um constante aprimoramento dos mecanismos que priorizem a solução extrajudicial.

De todo modo, por fim, enfatizou-se que, nos limites correspondentes aos mecanismos disponíveis, a opção administrativa pela solução consensual ou não deve ser dirigida sempre pelo interesse público, não podendo a via judicial se configurar uma opção automática de escolha da Administração Pública. Quando a adoção de meios judiciais no caso concreto for imperiosa, a devida fundamentação do ato administrativo que dispensar o emprego de

mecanismos de soluções extrajudiciais de conflitos pelo administrador público também o será.

Referências:

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU). **Ato regimental n. 05, de 27 de setembro de 2007**. Disponível em: https://sistemasweb.agricultura.gov.br/conjurnormas /index.php/ATO_REGIMENTAL_N%C2%BA_5,_DE_27_DE_SETEMBRO_DE_2007 Acesso em 16 de abr. 2022.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (AGU). Consultoria-Geral da União. Câmara de conciliação e arbitragem da Administração Federal (CCAF). Cartilha. 3. ed. Brasília: CCAF, 2012. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/manuais/cartilha_ccaf-indd.pdf Acesso em 10 de fev. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL, Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc19.htm. Acesso em 19 de mar. 2022.

BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm Acesso em: 10 de mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm. Acesso em 10 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm Acesso em 10 de mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19469.htm. Acesso em 10 mar. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001**. Acresce e altera dispositivos das Leis nos 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.494, de 10 de setembro de 1997, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.704, de 17 de novembro de 1998, do Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, das Leis nos 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e 4.348, de 26 de junho de 1964, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2180-35.htm. Acesso em 10 de mar. 2022.

BRASIL. **Portaria 488, de 27 de julho de 2016**. Estabelece procedimentos a serem adotados em caso de reconhecimento da procedência do pedido, abstenção de contestação e de recurso e desistência de recurso e dá outras providências no âmbito da Procuradoria-Geral Federal. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21776850/do1-2016-07-28-portaria-no-488-de-27-de-julho-de-2016-21776729. Acesso em 24 de abr. 2022.

BRASIL. **Portaria nº 1.099, de 28 de julho de 2008**. Dispõe sobre a conciliação, em sede administrativa e no âmbito da Advocacia-Geral da União, das controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal. Disponível em: https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&data=29/07/2008&pagina=23. Acesso em 24 de abr. 2022.

BRASIL. **Portaria nº 1.281, de 28 de setembro de 2007**. Dispõe sobre o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União. Disponível em: https://antigo.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/24515#ementa. Acesso em 24 de abr. 2022.

BREGA FILHO, Vladimir. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. Revista Argumenta, **do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná**, Jacarezinho, v. 19, 2013, p. 103-123. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409/pdf_36. Acesso em 09 de mar. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CABRAL, Antônio; CUNHA, Leonardo Carneiro. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): mediação sem mediador. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, set. 2016, p. 471-489. Disponível em: www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/webrevistas/RePro-revista-de-processo.html. Acesso em 10 de mar. 2022

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Da remessa necessária. **Revista dos Tribunais**, vol. 279, maio de 2018, p. 67-113.

DEVIDES, José Eduardo Costa; MOLICA, Rogério; SOUZA, Artur César de. A obrigatoriedade do esgotamento dos recursos no processo civil e os prejuízos causados à Administração Pública e ao Poder Judiciário. **Revista de Processo**, vol. 321, 2021, p. 215 – 234.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. **O** controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Sérgio Alves. Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá Editora, 2021.

GUEDES, Jefferson Carús. Jurisdição voluntária no CPC (LGL\2015\1656) como meio de resolução de controvérsias com a Administração Pública. **Revista Brasileira Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 1, 2019, p. 20-40. Disponível em: www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP. Acesso em 22 de fev. 2022.

HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. **Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional,** n. 39, Ciudad de México jul./dez. 2018, Epub 08 de jan. de 2021. Disponível em: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/12652 Acesso em 09 de mar. 2022.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; Tradução: João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. **Revista dos Tribunais**, vol. 789, jul. de 2001, p. 62 – 85.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; LACERDA, Leonardo Paula de. Princípio da eficiência no processo administrativo: análise da criação das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos dos entes federativos

estaduais e municipais. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura-RDAI**, v. 5, n. 16, 2021, p. 87-129.

NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. A razoabilidade e o exercício da discricionariedade. *In:* NOVAIS; R. C. R. *et alii.* Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Max Limonad, 1996.

REMEDIO, José Antonio. **Direito Administrativo**. 2ª ed., São Paulo: Verbatim, 2015.

SILVA, Eduardo S. da; DALMAS, Samir B. Câmara de arbitragem da AGU e modelo arbitral brasileiro: aproximações e distinções, **Revista de Processo**, vol. 217, mar. de 2013, p. 341-369.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

ZIMMERMANN, Dennys. Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 12, mar. de 2007, p. 69–93.