XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JOSE EVERTON DA SILVA

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Emerson Affonso da Costa Moura; Jose Everton da Silva; Liane Francisca Hüning Pazinato. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-657-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública.
XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Com alegria que apresentamos a publicação dos artigos científicos apresentados no grupo de trabalho de Direito Administrativo II do XXX Congresso Nacional do Conselho de Pós-Graduação stricto sensu em Direito realizado no Balneário Camboriu em Santa Catarina.

Os trabalhos reúnem pesquisas que discutem as principais transformações do Direito Administrativo a partir de novos paradigmas incorporados precipuamente através das últimas reformas legislativas e decisões jurisprudenciais que alteraram os marcos na matéria.

A tradicional teoria dos motivos determinantes e sua aplicabilidade no controle da Administração Pública é discutida à luz das transformações dos tribunais superiores a partir das disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público trazidas pela lei nº 13.655/2018.

A discussão do regime dos servidores públicos é vista à partir da necessidade do reconhecimento da concessão do intervalo interjornada antes admitido de forma transversa pela Advocacia Geral da União, mas que enseja o debate acerca da possibilidade de responsabilização pela jurisprudência.

O novo marco de proteção de dados é abordada através de um estudo acerca da estruturação e gestão da autoridade nacional de proteção de dados instituído pela lei 13.079/2018, de modo a verificar de forma comparativa, a sua estruturação e a capacidade operacional de gestão das respectivas informações.

A questão organizacional da Administração Pública e o impacto no Direito Administrativo é discutido em artigo que versão sobre a estratégia dos modelos de unificação de ofícios voltados ao usuário de serviços judiciários e a tentativa de implementação de novos valores culturais.

O regime de improbidade administrativa é controvertido à luz dos limites do princípio do “non bis in idem” nas esferas de sancionamento administrativo geral funcional e da lei 8.429 /92, estudo importante em razão da forma da lei nº 14.230/21 que consagra o Direito Sancionador Administrativo na matéria.

Ainda em tema de improbidade administrativa um dos trabalhos discute a responsabilização do advogado público por sua manifestação através de parecer jurídico à luz da jurisprudência dos tribunais superiores em cotejo com os limites estipulados pela nova lei.

A definição do compliance como instrumento preventivo para práticas de corrupção na Administração Pública é debatida em um movimento de ampliação da governança pública alçada desde o decreto nº 9.203/17 que institui a integridade como princípio e ação contínua voltada à gestão estatal de riscos.

O alcance do desenvolvimento sustentável como princípio e objetivo das licitações e contratos administrativos é abordado a partir da previsão dos novos instrumentos de sua implementação na vertente socioambiental pela nova disciplina lei nº 14.133/21.

A implementação da sustentabilidade desta vez pelo viés da Agenda 2030 da ONU, em especial, quanto a adequação do processo administrativo disciplinar ao objetivo nº 16 das suas respectivas ODS, também, igualmente é investigada na busca de um conceito multidimensional e aplicado à Administração Pública.

O exercício do poder regulamentar pela Administração Pública, em específico, através das medidas provisórias editadas pelo chefe do Poder Executivo são tidas através das principais construções jurisprudenciais nacionais e estrangeiras de forma dar limites a possíveis abuso do exercício do poder.

Os debates demonstram profícuas discussões realizadas no âmbito dos respectivos programas de pós-graduação stricto sensu dos participantes que apontam a necessidade de deslocamento das discussões de Direito Administrativo tradicionalmente voltados ao Estado para a sociedade.

Os novos paradigmas do new public managment ¬e da public governance que se apresentam a disciplina oriundos das reformas legislativas – como sustentabilidade, integridade, gestão de riscos – apresentam desafios na construção de uma ação estatal voltada à boa administração.

A jurisprudência tem revisitado categorias tradicionais – como servidor público e controle da Administração Pública – com uma leitura através de paradigmas constitucionais – como direito sancionador e devido processo legal – reconduzem à um Direito Administrativo Constitucional.

Tais movimentos reforçam não uma necessidade de superação os institutos do Direito Administrativo cunhados no século XIX, em especial, com a profícua atuação jurisprudencial do Conselho de Estado Francês e a produção teórica da matriz romano-germânica, mas de adequação às transformações do século XXI.

Convidamos os leitores a aprofundarem nos respectivos textos que compõem esta obra e apontam as produções contemporâneas na matéria a acompanharem esse movimento de readequação, que busca reconstruir os fundamentos do Direito Administrativo em um Estado Democrático de Direito.

Balneario Camboriu, 07 de dezembro de 2022

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UNIRIO/UFRRJ

Profa. Dra. Liane Francisca Huning Pazinato, UFRG

Prof. Dr. Jose Everton da Silva, UNIVALI

NEGÓCIOS JURÍDICOS ADMINISTRATIVOS: ANÁLISE À LUZ DO PARADIGMA CONTEMPORÂNEO E DA LIBERDADE COMO NÃO-DOMINAÇÃO

ADMINISTRATIVE LEGAL BUSINESS: ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE CONTEMPORARY PARADIGM AND FREEDOM AS NON-DOMINATION

Marcos Antônio Striquer Soares [1]
Ana Henriqueta Volta Pires [2]
Rafael Carvalho Neves dos Santos [3]

Resumo

Por meio de uma pesquisa dedutiva sobre a literatura que trata do negócio jurídico e da liberdade, estuda-se as principais características dos negócios jurídicos públicos, comparando-o com o negócio jurídico formado pelo regime de direito privado. Além das diferenças nos seus requisitos e validades, os dois tipos de negócios se diferem no momento de transmudação da vontade: enquanto no negócio jurídico privado ela é manifestada na sua celebração, no negócio jurídico público ela vem antes, quando a finalidade do negócio é fixada em lei. Passado este ponto, analisa-se a evolução do negócio jurídico, perpassando pelos seus paradigmas clássico, moderno e contemporâneo e destacando neles o papel da liberdade, primeiro como não interferência, depois como não dominação. Por fim, já fixado o momento de formação da vontade do negócio jurídico público e seu lugar nos paradigmas do negócio jurídico, estuda-se seu papel na garantia e fomento da liberdade como não dominação, destacando que somente em uma sociedade vigilante, no sentido social do termo, os negócios jurídicos de direito público podem atingir as finalidades fixadas em lei e, com isso, atender aos interesses da coletividade.

Palavras-chave: Finalidade, Interesse público, Liberdade como não dominação, Negócio jurídico administrativo, Paradigmas do negócio jurídico

Abstract/Resumen/Résumé

Through a survey of studies based on a literature that deal with legal business and freedom, are the main characteristics of public legal business, comparing it with the legal business. In addition to their requirements, the two types of business are at the time of the conclusion of the legal business, not differentiating in their legal business when the purpose of the business

[1] Mestre e Doutor em Direito do Estado/Direito Constitucional pela PUC/SP. Professor de Direito e Liberdade no mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

[2] Mestranda em Direito Negocial e graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Teoria Geral do Direito. Advogada. E-mail:ana.henriqueta@uel.br

[3] Mestrando em Direito Negocial e graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Procurador da Câmara Municipal de Londrina. Advogado. E-mail: carvalho.nevessantos@uel.br

is confidentiality, being valid before their legal business: law. After this point, the evolution of the legal business is analyzed, passing through its classic, modern and contemporary paradigms and highlighting the role of freedom, first as non-interference, then as non-domination. Finally, society, already assured to the public, the moment of formation of the will of the legal business and its in the paradigms of the legal business, if its role in student legality and promotion of freedom as it doesn't, emphasizing that only in a vigilante, in the sense term, legal transactions involving the guarantee of rights, with the legal rights held by the public and with the interests of the community.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Purpose, Public interest, Freedom as non-domination, Administrative legal business, Paradigms of the legal business

INTRODUÇÃO

Com a ascensão do modelo liberal, houve a transferência para o direito da normatividade das ações humanas, seja ao impor limites à liberdade individual, seja ao proteger direitos - especialmente a liberdade - bem como ao definir o alcance do poder político.

O Direito limitou a Liberdade. E sob o prisma da relação entre particulares, a liberdade de contratar, de firmar pactos com outros, também foi limitada, ou mesmo constantemente regulamentada, ao longo do tempo. Viu-se uma evolução da autonomia da vontade para a autonomia privada, passando do paradigma clássico, para o paradigma moderno, chegando-se ao paradigma contemporâneo, com a crescente ideia de interesse público em respeito aos valores constitucionais.

A liberdade também foi teorizada de várias formas. Transitando entre a ótica do direito à não interferência e do direito a não ser dominado pelo outro, seu estudo permeia a caracterização da autonomia do indivíduo e, consequentemente, a autonomia de contratar.

Busca-se, assim, por meio da utilização do método dedutivo sobre revisão de literatura, identificar dentre os tipos de liberdade teorizados, aquele que mais se adequa aos negócios jurídicos públicos perante o paradigma contemporâneo, no qual se realizam estes tipos de negócio. Esta investigação torna-se relevante, vez que a forma de liberdade, estabelecida pelo direito, que prevalecerá sobre os negócios jurídicos, poderá traçar as características do Estado republicano.

1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO NEGÓCIO JURÍDICO PÚBLICO

Quando se fala em negócio jurídico público, ou negócio jurídico administrativo, já se questiona se a ele se aplicariam os mesmos pressupostos, elementos, vícios e nulidades previstos para os negócios jurídicos formatados sob um regime civilista.

É certo que o Poder Público pode ser parte em negócios jurídicos. Tanto na lei como na doutrina, a existência e regulamentação de contratos administrativos, acordos, transações, termos, etc., são há muito tempo vistos como instrumentos do exercício da consensualidade entre a Administração Pública e o particular. Assim ensina, por exemplo, Hely Lopes Meireles (1992, p. 195), ao dizer que "O contrato administrativo é sempre consensual [...] porque consubstancia um acordo de vontades, e não um ao unilateral e impositivo da Administração [...]".

Já quanto à coincidência entre tais negócios com aqueles firmados exclusivamente

entre particulares, demanda-se maior análise. Pois, embora os negócios jurídicos públicos estejam inseridos no que se pode chamar de Teoria Geral dos Contratos, possuem idiossincrasias não vistas nos negócios jurídicos privados. Bandeira de Mello (2000, p. 536) ensina que essas diferenças foram criadas pelo direito francês, que por meio de seu Conselho de Estado (órgão administrativo de julgamento) criou um regime jurídico para os contratos administrativos com novos poderes e sujeições.

Começa-se pelos elementos que o compõem. Nos negócios jurídicos privados, tem-se como elementos o agente capaz, objeto lícito, possível e determinável, consentimento dos interessados e forma prescrita ou não defesa em lei (DINIZ, 2012, p. 484). Mas para os negócios jurídicos de direito público, buscam-se seus elementos na formação dos atos administrativos *latu sensu*, composto por sujeito, objeto, forma, finalidade e motivo.

Nessa linha se para o negócio jurídico de direito privado o agente precisar ser apenas civilmente capaz, para o negócio jurídico administrativo, caracterizado como público, o agente que representará o Estado deverá, além de ser capaz, ter competência atribuída em lei para tanto. Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que: “No direito civil, o sujeito tem que ter capacidade, ou seja, tem que ser titular de direitos e obrigações que possa exercer, por si ou por terceiros. No direito administrativo não basta a capacidade; é necessário também que o sujeito tenha competência.” (2020, p. 475)

Já o objeto, tanto em um como em outro regime, deve ser lícito, possível e determinável. A forma, por sua vez, deverá sempre ser prescrita pelo ordenamento jurídico no caso dos negócios jurídicos públicos (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 549). Por fim, há dois elementos que estão presentes nos negócios jurídicos públicos: a finalidade e a motivação, que devem sempre estar consoantes ao interesse público.

Segundo ensina Bandeira de Mello, a finalidade é o "bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados" (2000, p. 347). Já a motivação integra a "formalização do ato, sendo a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilmente, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado" (2000, p. 343).

Estas duas características não são consideradas, para o negócio jurídico privado, como requisitos de constituição. É certo que todo o ajuste entre particulares possui motivação e finalidade. Mas estes não precisam ser enunciados para dar validade e existência ao negócio –

ao contrário do que ocorre com o negócio jurídico público. Eis a diferença que se quer destacar aqui.

Há também flagrantes dissemelhança nos institutos da invalidade, nulidade e anulabilidade. Os negócios jurídicos de regime privado serão inválidos ante a ausência de alguns de seus elementos, como incapacidade do sujeito, ilicitude do objeto ou da forma, vício no consentimento ou na expressão da vontade. Neste sentido ensina Francisco Amaral (2002, p. 357):

> Para que o negócio jurídico além de existir seja válido é precise que aos elementos referidos se juntem determinados atributos ou requisitos: a manifestação de vontade deve partir de agente capaz, o objeto deve ser lícito e possível e a forma deve ser prescrita ou não proibida em lei (CC, art. 104). Temos então um ato valido, o que pressupõe a sua existência.

Para os negócios jurídicos de direito público, tem-se como válido aquele que tem em ordem seus cinco elementos, ou seja, sujeito capaz e competente, forma prescrita em lei, objeto possível, lícito e determinável, finalidade pública e motivação real. Do contrário, conforme ensina Di Pietro (2020, p. 532), "No Direito Administrativo, também, os vícios podem atingir os cinco elementos do ato, caracterizando os vícios quanto à competência e à capacidade (em relação ao sujeito), à forma, ao objeto, ao motivo e à finalidade."

Quanto à nulidade do negócio jurídico, na ótica do direito privado, ela se divide em nulidade e anulabilidade. A mesma divisão ocorre no direito público. Porém, como ensina Di Pietro (2020, p. 542), "[...] o que não pode ser transposto para o Direito Administrativo, sem atentar para as suas peculiaridades, são as hipóteses de nulidade e de anulabilidade previstas nos artigos 166 e 171 do Código Civil."

Citando as diferenças e falando sobre a nulidade relativa, ela aduz que:

> [...] dispondo a Administração do poder de autotutela, não pode ficar dependendo de provocação do interessado para decretar a nulidade, seja absoluta seja relativa. Isto porque não pode o interesse individual do administrado prevalecer sobre o interesse público na preservação da legalidade administrativa. (2020, p. 544)

Ou seja, a distinção é mais fácil no direito privado, cujas hipóteses foram bem delineadas pelo Código Civil. No direito público, são anuláveis os atos (ou negócios jurídicos públicos) confirmáveis ou convalidáveis, o que somente não é possível quando o motivo ou a finalidade do negócio é ilegal ou quando o objeto não é passível de conversão.

Outra diferença: no regime jurídico público, é dever da Administração declarar a nulidade ou anulabilidade, enquanto no regime de direito privado, a nulidade pode ser declarada por terceiros e a anulabilidade somente pelas partes, se assim quiserem.

Como se vê, não são poucas as características dissonantes dos negócios jurídicos públicos quando comparadas com as do negócio jurídico celebrado sob o regime do direito privado. Elas são necessárias para proteger o interesse público geral quando em choque com o interesse do particular.

A principal diferença entre ambos os regimes, porém, ainda está por vir. Ela reside, na verdade, na chamada autonomia da vontade - fundamento do negócio jurídico privado, mas tratada de outra forma no negócio jurídico de direito público.

Os negócios firmados sob a égide pública não são constituídos por uma vontade oriunda da autonomia das partes que o celebram – como ocorre, em regra, nos negócios jurídicos privados. A vontade em realizar o negócio está estritamente vinculada ao previsto em lei, e não na consciência psíquica ou internamente deliberada pelo órgão público. Em outras palavras, o Estado e seus agentes não podem compactuar contratos com o particular por que assim desejam, mas somente quando a lei impõe que eles o façam.

Por isso, José Cretella Júnior defende que, nos negócios jurídicos administrativos, a vontade é substituída pela finalidade, que vincula o agente que celebra o negócio ao atendimento do interesse público previamente fixado em lei:

> No direito privado predomina a vontade; no direito administrativo, prevalece a idéia de finalidade. Mesmo ao contratar com os particulares, a administração tem de agir por interesse público, ficando a vontade do agente superada pelo fim, o qual vincula o *administrator*.
> Todo e qualquer sentimento, positivo ou negativo, deve estar ausente do ato ou do contrato administrativo, cuja força matriz é o interesse público. Do contrário, teremos o *desvio de poder* ou *desvio de finalidade.*(CRETELLA JÚNIOR, 1986, p. 47)

Discorda-se, porém, desse total afastamento da vontade nos negócios jurídicos administrativos. Primeiro porque, previamente à celebração, houve o desejo, a vontade, em fixar em lei a finalidade concretizada pelo negócio. É nesse momento, de escolha da finalidade e sua formatação em lei, que a vontade primeiro se manifesta.

Depois, quando esta mesma lei deixa ao agente público espaço discricionário para que tome decisões sobre a forma de como a finalidade pública será alcançada, também se têm aí vontade manifestada. Não há discricionariedade em relação ao fim a ser perseguido[1], já fixado

[1] Apesar da opinião contrária de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem até mesmo a finalidade do ato/contrato administrativo pode ser discricionária. Para ele, "o fim é sempre vinculante (como, aliás, todos os

pela vontade do legislador. Mas pode haver liberdade à Administração para que expresse a vontade de seus agentes competentes no momento de alcance da finalidade legal, ou seja, para que integre "sua vontade ou juízo à norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal" (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 370).

Por fim, do lado do particular, a vontade também se manifesta. Ele não é obrigado a firmar negócios com o Poder Público. O faz porque quer, porque deseja assim fazê-lo. Não há como excluir esse ato volitivo do agente privado. Deve-se, somente, perceber que sua vontade é também limitada pela finalidade já fixada em lei. Tanto que Celso Antônio Bandeira de Mello defende que:

> A existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas assaz de vezes denominadas 'exorbitantes', quer assim se qualifiquem por serem apenas insuetas no Direito Privado, que assim se designem por serem, sobre incomuns, também inadmissíveis nas relações entre particulares, em absoluto representa aniquilamento ou minimização dos interesses do contratante no objeto de sua pretensão contratual. (2000, p. 541)

E sendo a finalidade de um negócio jurídico público o "resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados" (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 413) é possível então traçar um caminho preciso na formação daquilo que impulsiona a celebração de negócios jurídicos públicos.

Assim, promulga-se a lei, na qual se estabelecerá o interesse público a justificar a celebração do negócio e se fixará o agente competente para realizá-lo. Esse agente, então, seguirá as regras procedimentais e de forma (licitação, chamamentos públicos, etc.) a encontrar outra parte dessa operação, ou seja, o particular que também firmará o negócio. Por fim, celebra-se o negócio, alcançando-se a finalidade fixada lá atrás, quando da promulgação da lei.

É verdade que há posições contrárias a isto. Marcos Augusto Perez, por exemplo, defende que os negócios jurídicos administrativos resultam de uma vontade presente na sua celebração (e não na formação da lei), que seria "o resultado objetivo de um processo decisório intestino, voltado à realização de suas finalidades institucionais, ora mais ora menos complexo a depender do modelo organizacional adotado." (PEREZ, 2011, p. 268)

Concorda-se com essa relação entre vontade e finalidade pública, e até mesmo com a sua formação por meio de um processo decisório. Porém tal processo decisório coletivo não acontece no momento da celebração de negócios jurídicos públicos, como defende Perez. Ali

elementos da norma), de tal modo que só pode ser perseguido o interesse público; porém, a qualificação do interesse público comporta certa margem, delimitada, é certo, pelo juízo discricionário. (2000, p. 369)

há somente o cumprimento da lei. Tal processo realmente existe no momento em que a finalidade daquele negócio é fixada, isto é, no momento de aprovação do ato normativo respectivo.

Trata-se, deste modo, de uma vontade muito diferente daquela inserida no círculo da autonomia privada. É uma vontade que, ao menos em tese, somente pode ser guiada para fins públicos, nunca particulares, formatada em regra por meio de deliberação democrática e que, por isso, é sempre formatada objetivamente – mesmo quando há espaço discricionário para que o agente público possa agir com certo subjetivismo.

Delineadas as principais características dos negócios jurídicos administrativos, se faz necessário situá-los no processo de evolução do negócio jurídico como um todo, e como a liberdade tem importante papel na sua preservação.

2 A RELAÇÃO ENTRE LIBERDADE E A EVOLUÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

A evolução dos negócios jurídicos encontra-se estritamente ligada com as alterações que a autonomia dos indivíduos sofreu com o passar do tempo, bem como com o modelo de Estado instituído. É possível assistir sua caminhada partindo de um conceito mais liberal, de proteção do negócio em face da intervenção estatal, passando pela sua maior abertura para igualdade material das partes e para a justiça social, chegando ao estado atual, em que os direitos da personalidade exigem novos papéis para a vontade e para finalidade dos negócios jurídicos.

O modelo clássico do negócio jurídico era embasado no individualismo e no voluntarismo, concedendo extremo valor à vontade dos agentes e às relações privadas e, portanto, ao caráter liberal da autonomia da vontade, em consonância com a ascensão do liberalismo. O contrato neste paradigma, é visualizado como lei entre as partes, atribuindo um caráter patrimonialista aos negócios haja "vista que visava tão somente à aferição de lucro e circulação de bens, deixando as necessidades, as condições e os interesses do sujeito em segundo plano" (AMARAL; HATOUM; HORITA, 2017, p. 268).

Com o tempo, percebeu-se que o modelo do Estado liberal de não intervenção no âmbito privado era falho, vez que proporcionou relações desiguais entre os particulares. Assim, ocorreu a ascensão do Estado intervencionista, limitador das relações entre os particulares, que caracteriza o paradigma moderno de negócio jurídico.

Nesse cenário, o direito deixa de ser visto como um fim em si mesmo e passa a ser concebido como um meio de atender os anseios sociais. A lei passa a predominar sobre o

contrato, antes constituído como "domínio incontrolado da livre vontade dos contraentes" (ROPPO, 2009, p. 337-338), dando a autonomia da vontade lugar à autonomia privada, a qual passa a sofrer limitações em face do interesse social do contrato (LIMA; SANTOS; MARQUESI, 2018, p. 5-7).

A partir da análise desses dois modelos de negócio jurídico, é possível avaliar suas relações com as teorias sobre a liberdade. O modelo clássico está comprometido com um padrão de ampla liberdade em detrimento da igualdade entre os contratantes. Esse modelo foi o padrão adotado no Século XIX tendo sofrido mitigações no decorrer do tempo até ser substituído pelo modelo moderno. O modelo moderno, por seu turno, exige novas referências para a liberdade do homem, o que pode ser encontrado nas explicações de Philip Pettit quanto a liberdade como não dominação.

A afirmação da liberdade na modernidade tem origem nos escritos de Thomas Hobbes, segundo o qual a liberdade significa "a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento) (...) consiste no fato de ele não deparar com entraves ao fazer aquilo que tem vontade, desejo ou inclinação de fazer" (1979, p. 127). Stuart Mill, já no Século XIX, esclarece a ideia dizendo que "a única liberdade que merece esse nome, é a de procurar o próprio bem pelo método próprio" (1991, p. 56). Contudo, ressalta que "para justificar a coação ou a penalidade, faz-se mister que a conduta de que se quer desviá-lo tenha em mira causar dano a outro" (MILL, 1991, p. 53). Esse modelo foi sintetizado por Isaiah Berlin, em meados do Século XX, como liberdade negativa ou como não-interferência a liberdade política é "a área na qual um homem pode agir sem ser obstruído por outros" (2018, p. 229); a defesa da liberdade consiste na meta 'negativa' de evitar a interferência" (2018, p. 234).

No final do Século XX, esse conceito de liberdade sofreu críticas de Philip Pettit (1999, p. 41-45), o qual explica que alguém pode agir sem interferência, embora esteja sob o domínio de outro. Como exemplo ele apresenta o caso do escravo, quando o amo deixa o escravo agir como queira em sua vida ou quando o escravo é astuto para evitar as imposições de seu amo, mas ainda assim, permanece a dominação. Uma pessoa desfruta de não-dominação quando não está sob arbítrio de outro, nas coisas que faz. O autor reconhece que há uma estrutura comum nas concepções de liberdade como não-interferência e de liberdade como não-dominação, mas a não-dominação evita a sujeição de um indivíduo ao arbítrio de outro.

Pode-se dizer, então, que a liberdade como não-interferência protege o sujeito na relação jurídica negocial mas não se importa com o outro lado da relação jurídica. Já a liberdade como não-dominação implica que os homens, em suas ações, não possam agir de modo a

subjugar o outro ou controlar a ação do outro ou impor-lhe uma conduta, o que leva à exigência de equidade nas relações negociais. Assim voltando às concepções de relação jurídica negocial, pode-se dizer que o modelo moderno de relação jurídica negocial está em consonância com a concepção de liberdade como não-dominação, construindo um arcabouço jurídico para que as partes do negócio possam atuar livremente sem interferência de outros e, mais do que isso, para que uma parte não possa subjugar, controlar ou se impor à outra.

Verifica-se, assim, que os negócios jurídicos na concepção clássica, encontravam fundamento na liberdade negativa, definida por Isaiah Berlin como sendo "não sofrer interferência dos outros", pois "quanto mais ampla a área de não-interferência, mais ampla minha liberdade" (2018, p.137). Neste aspecto, a autonomia dos indivíduos estaria estritamente ligada com a área de não interferência para a realização dos atos negociais, de amplo caráter patrimonialista.

Contudo, com o passar do tempo, a mera "não-intervenção" se mostrou insuficiente, vez que proporcionaram extrema desigualdade entre os particulares. Ademais, permitia-se, em qualquer tipo de amarra ou limite estabelecido e imposto ao sujeito é vista como uma ameaça a sua liberdade. Um extremo do que se vê como liberdade negativa, à vista de qualquer concepção liberal e aos contratos firmados sob essa concepção.

Tais aspectos revelaram a necessidade de o Estado intervir nas relações privadas, especialmente para a manutenção do equilíbrio das relações negociais. Ele também passou a firmar seus próprios negócios jurídicos, ante seu importante papel econômico e social. O Estado não podia mais ser relegado ao papel de protetor da vontade privada. Era agora seu vigilante.

Houve assim a alteração do paradigma clássico para o paradigma moderno, levando à mitigação da autonomia privada. O Estado passou a visualizar a necessidade de intervir nas relações privadas como forma de manter o equilíbrio entre as partes, o que gerou a mitigação da liberdade negativa, calcada na não interferência de terceiros e na vontade negocial, fortemente presente nas relações negociais durante seu período clássico.

Esta intervenção sobre as relações negociais, no entanto, foi essencial para estabelecer-se uma tentativa de materialmente igualar os contratantes, questão que é especialmente verificada em legislações sociais e intervencionistas, que afastavam a igualdade formal em resposta a uma desigualdade substancial clara entre os sujeitos. Buscou-se, assim, estabelecer uma desigualdade de tratamento em favor do mais frágil, visando a igualdade substancial de direito (PERLINGIERI, 2002, p. 278).

Essa mitigação da autonomia privada, característica do paradigma moderno dos negócios jurídicos, também veio em resposta à concentração de poder econômico, do

intervencionismo estatal e da formação da sociedade de massas (ASCENSÃO, 1992, p.53), o que levou à relativização do princípio da autonomia.

A autonomia da vontade, deste modo, deu lugar à autonomia privada, deixando de priorizar a liberdade formal, não mais absoluta e irrestrita. Além disso, criou-se limites dentro do ordenamento jurídico a esta nova forma de autonomia, os quais passaram a valorizar o indivíduo como pessoa, em busca de um direito social e não-patrimonial. (LIMA, SANTOS e MARQUESI, 2018, p.6-7)

Esses limites levaram o negócio jurídico a mais um degrau evolutivo. O paradigma moderno, antes tão revolucionário, perdeu seu espaço para um novo modelo negocial contemporâneo, que reflete as necessidades da atualidade e busca a "despatrimonialização do direito civil" (LIMA, SANTOS e MARQUESI, 2018, p. 12-13). Valoriza-se agora a dignidade da pessoa humana e de seus direitos, deixando em segundo plano o caráter patrimonialista e buscando-se uma aproximação com o redirecionamento dos institutos jurídicos a valores constitucionais (LIMA, SANTOS e MARQUESI, 2018, p. 12-13).

Se o negócio jurídico, no paradigma moderno, já se desvencilhava da mera liberdade como não interferência, exigindo que ambas as partes do negócio não fossem dominadas uma pela outra, no paradigma contemporâneo o negócio jurídico visa ser um verdadeiro instrumento de não-dominação, por meio do qual o sujeito se torna senhor de si mesmo, de sua dignidade, de seu corpo e de seu ser.

Viu-se até aqui que o negócio jurídico, em seu paradigma clássico, se relacionava com o tipo de liberdade chamada de negativa, que primava pela não interferência. Mas na transição para o paradigma moderno, e principalmente para o contemporâneo, vê-se uma mudança de eixo no que se refere à liberdade das partes contratantes, dos terceiros atingidos pelo negócio, e na atuação do Estado. A "não-interferência" sobre a autonomia da vontade dá lugar à "não-dominação" exigida pelos sujeitos, que ou se utilizam dos negócios jurídicos para alcançar tal espécie de liberdade, ou permanecem em constante vigilância para que o Estado ou particulares não o utilizem como instrumento de domínio.

Philip Pettit, principal teórico da liberdade como "não-dominação", explica que a maior diferença desta para com a liberdade como "não-interferência" está no fato de que a primeira visualiza o sistema jurídico como uma ameaça à liberdade, enquanto a segunda coloca o direito, elaborado de forma não arbitrária, como a própria condição para a liberdade (2005, p. 118).

Mas a liberdade como não-dominação, neo-republicana, vai além. Ela se relaciona diretamente com a autodeterminação do sujeito, e se expressa em negócios jurídicos que

envolvem e protegem (da dominação de terceiros ou do Estado) direitos de personalidade e liberdades como a de expressão, disposição do corpo, relações sociais, entre outros. Tem-se, em tal cenário, "(…) a posição que alguém goza quando vive na presença de outras pessoas e quando, por força do desenho social, nenhum desses outros o domina." (PETTIT, 1999, p. 67, tradução nossa)[2].

Sob a perspectiva da liberdade republicana de não-dominação, inserida principalmente no paradigma contemporâneo, a interferência arbitrária deve ser repelida, sendo aquela que está sujeita somente ao arbítrio de quem a pratica, e não daqueles que sofrerão a interferência (PETTIT, 1999, p. 55). Já a interferência não-arbitrária é permitida, desde que não represente uma forma de dominação, mas seja resultado dos interesses e desejos daqueles afetados e esteja em conformidade com eles.

Firmar negócios jurídicos sob a égide da não-dominação é ter como fim libertar o sujeito de amarras sociais que o impedem de ser quem é; ou permitir a disposição de direitos antes nem existentes; ou ainda não prejudicar uma parte em favor da outra de forma arbitrária. É ser republicanamente livre.

Já para os negócios jurídicos públicos, essa liberdade significa que os contratos firmados pela Administração, em primeiro lugar, podem interferir no esteio social ou do particular somente em bases não arbitrárias; e em segundo lugar, devem fomentar e proteger essa mesma liberdade.

Disso resulta que o interesse do Estado não é, necessariamente, interesse público; assim como o interesse coletivo não está dissociado da individualidade de cada cidadão. Entender o que é interesse público permite, portanto, escapar da retórica de que sua definição escaparia da decisão e voz do indivíduo.

Para os negócios jurídicos públicos, o interesse público, finalidade do ato administrativo que se encontra em consonância com a lei, se torna ainda mais relevante quando constatado que a discricionariedade concedida ao agente público, ao depender, ainda que sutilmente, de sua vontade pessoal, possui relação direta com o modelo de Estado que é retratado aos cidadãos.

Esta relação entre interesse público, finalidade, discricionariedade, vontade e modelo de Estado, pode ser explicada a partir da teoria de Charles Sanders Pierce sobre a ética na decisão judicial. Para o autor em questão, toda decisão judicial contém subjetividade, a qual

[2] " (…) the position that someone enjoys when they live in the presence of other people and when, by virtue of social design, none of those others dominates them." (PETTIT, 1999, p. 67)

não pode ser controlada. Deste modo, defende que a conduta certa ou errada não está na vontade da lei ou na vontade do legislador, mas na adequação de condutas do presente aos fins que possamos adotar para o futuro (STRIQUER, 2015, p. 137).

Em que pese seu raciocínio esteja embasado na decisão judicial, a mesma lógica pode ser constatada nos atos administrativos, de modo que, ainda que não discricionários, também não conseguem evitar a subjetividade, o que implica dizer que a finalidade ligada ao interesse público, deve sempre ter em vista o futuro.

A reflexão em questão, reforça a ideia da liberdade como não-dominação estar presente nos negócios jurídicos contemporâneos, também na esfera privada. Isto porque, a tendência à autodeterminação dos sujeitos voltadas ao exercício da liberdade, em busca de sua dignidade e de seu ser, quando não pautadas na lei, levam ao risco de intervenções arbitrárias na esfera privada, de que a lei restringe e não assegura a liberdade dos indivíduos.

De igual modo, o entendimento de que tudo deve ser resguardado pelo Estado, remonta a ideia de negócio jurídico moderno caracterizado pelo paternalismo, que leva a ideia de paternalismo, imprópria para a evolução dos negócios jurídicos.

Não à toa, Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 57) apresenta o significado de interesse público como o interesse de todos os membros da sociedade, dando ao conceito um padrão republicano:

> Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um, Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares a cada qual.

Governar uma sociedade exige a prática de atos direcionados para satisfazer o interesse público, não o interesse de um ou outro governado ou, menos ainda, em favor do interesse pessoal do governante, de seu grupo ou de seus apadrinhados; os atos devem satisfazer o interesse da comunidade como um todo. Observa-se, com muito cuidado, que o interesse público, objeto a ser defendido por uma sociedade livre sob o aspecto da não-dominação, não é o interesse abstrato, desvinculado dos interesses particulares. Pelo contrário, registra o próprio Bandeira de Mello, é o "conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade pelo simples fato de o serem" (2000, p.59).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz uma distinção bastante relevante para a compreensão dos atos da administração pública. Tratando da finalidade do ato administrativo,

ela explica que esta finalidade é sempre um interesse público, "o princípio da supremacia do interesse público ou princípio da finalidade pública está presente tanto no momento da elaboração da lei, como no momento da sua execução (...) a Administração Pública não pode desviar-se de fins de interesse público, sob pena de ilegalidade, por desvio de poder" (2001, p. 85-86). Todavia, isso não é suficiente para evitar os abusos, como explica a autora. Assim, além de observar o interesse público (interesse de todos os membros da comunidade), deve ainda observar "o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido em lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei" (2001, p. 86). Pode-se dizer, então, que o ato administrativo deve observar tanto a finalidade de interesse público (o interesse do todo, na explicação de Bandeira de Mello) como a finalidade prevista em lei para a prática de cada ato específico.

Por isso, a transição da liberdade, no âmbito dos negócios jurídicos, da não-interferência para a não-dominação, exige maior vigilância da sociedade nos negócios jurídicos firmados pelo Estado. Sem ela, os interesses republicanos podem acabar apropriados por interesses escusos ao interesse público, na defesa de interesses patrimonialistas. E esse perigo já se mostra na celebração de negócios jurídicos administrativos, pois, quando desvirtuada da finalidade que lhe foi fixada em lei e/ou quando não atendido o interesse público com vistas ao futuro, ante a possibilidade da discricionariedade, pode vir a se tornar instrumento de dominação, seja pelo próprio Estado como instituição, seja pelo grupo que ora detém o poder.

3 A IMPORTÂNCIA DO EXERCÍCIO DA "LIBERDADE COMO NÃO DOMINAÇÃO" PARA O ALCANCE DAS FINALIDADES PÚBLICAS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PÚBLICOS

Como visto no primeiro capítulo, os negócios jurídicos de direito público têm suas finalidades formatadas previamente à sua própria celebração. A vontade que os fundamenta se manifesta no momento da criação do ato normativo que autoriza ou determina sua formação, quando então são fixados os fins que o negócio deverá atender, sempre voltados para o interesse comum.

Tais negócios, por ultrapassarem a égide e supremacia da autonomia da vontade – já que são formados, em última instância, sem sua manifestação - se inserem no chamado paradigma contemporâneo do negócio jurídico, caracterizado por "um perfil solidarista do direito, com cunho de valorização do indivíduo como pessoa", e "pela concepção de que os

princípios basilares da lei privada estão sedimentados na Constituição Federal de 1988 e devem ser perseguidos" (LIMA, SANTOS E MARQUESI, 2018, p. 7-8)

Por situar-se dentro destes paradigmas, o negócio jurídico de direito público pode se transformar em instrumento de valorização do ser humano e de efetivação dos princípios constitucionais e republicanos. O negócio jurídico administrativo não é, afinal, o resultado do desejo individual de uma ou mais pessoas. É o que resulta da vontade soberana do povo, fixada em lei e exercida por sujeitos eleitos democraticamente.

Neste aspecto, segundo Enzo Roppo, em que pese nos contratos administrativos haja uma maior interferência do poder público na liberdade contratual, tais se apresentam como um instrumento cada vez mais utilizado e necessário para as finalidades da ação administrativa (2009, p. 342).

Verifica-se assim que o contrato público busca o controle de arbitrariedades, podendo ser considerado um avançado modelo de relação entre autoridade e liberdade (ROPPO, 2009, p. 347).

Essa vontade, que deve previamente ser fixada em lei, somente poderá ser considerada se, de fato, atender aos desejos e ao melhor interesse da comunidade por ele objetivada. E para que se garanta isso, é preciso dar-se prevalência às instituições que permitam que as matérias de interesse comum sejam escolhidas de maneira democrática, e que "[...] garantir que todos os interesses comuns reconhecíveis sejam articulados e autorizados como guias para a governança.", como ensina Philip Petit (2005, p. 57, tradução nossa). [3]

E o autor continua:

> Esas instituciones nos protegerían del peligro de que el Estado se convirtiese em um *dominus* al dificultar que la politica pública no este presidida por interesses comunes y reconocibles. Y también deberían facilitar la emergência del tipo de politica diseñada para aumentar la libertad de la gente como ausência de dominacion (2005, p 61).[4]

Essa vontade pública, a servir de guia dos governos e da sociedade, deve pautar-se pelo interesse público, essa expressão tão abstrata, mas cuja conceituação prática é deveras

[3] "[...] asegurarám de que todos los interesses comunes reconocibles sean articulados y autorizados como guías de gobierno." (PETTIT 2005, p. 57).

[4] "Essas instituições nos protegeriam do perigo de o Estado se tornar em um dominus ao dificultar que as políticas públicas não sejam regidas por interesses comuns reconhecíveis. E também devem facilitar o surgimento do tipo de política destinada a aumentar a liberdade das pessoas na ausência de dominação." (PETTIT, 2005, p 61, tradução nossa)

importante. Primeiro, na definição da finalidade a ser alcançada pelo negócio jurídico público, segundo na forma como a discricionariedade administrativa, dada ao agente público na celebração do negócio, deve se fiar.

Como dito acima, o interesse público não é, necessariamente, o interesse do Estado, ou um interesse intangível e impalpável, impassível de conceituação pelo indivíduo. O interesse público é também o interesse do particular, mas não como particular, e sim como cidadão, como parte de uma sociedade. Como ensina Bandeira de Mello (2000, p. 66):

> [...] a noção de interesse público, tal como expusemos, impede que se incida no equívoco muito grave de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado, engano, este, que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identificá-lo com quaisquer interesses da entidade que representa o todo (isto é, o Estado e demais pessoas de Direito Público interno).
> [...]
> Uma coisa é a estrutura do interesse público, e outra é a inclusão e o próprio delineamento, no sistema normativo, de qual ou qual interesse que, perante este mesmo sistema, será reconhecido como dispondo desta qualidade. Vale dizer: não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo – por mais bem fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico -, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo.

Seguindo esta linha, é papel das instituições democráticas, sejam elas públicas ou privadas, agir em duas frentes. Em primeiro lugar, na vontade do legislador transformada em finalidade legal, forçando-o a não substituir a vontade pública em vontade particular, sua ou de grupos específicos. Depois, na celebração do negócio jurídico público, garantindo que a finalidade pública tenha sido respeitada mesmo no exercício da discricionariedade que porventura seja concedida por aquela mesma lei.

Se em alguma destas duas situações se perceber que o interesse público não se encontra presente no negócio jurídico, restará configurado o desvio de poder (ou desvio de finalidade), o que resultará na nulidade do negócio. Em outras palavras, se o negócio, ainda que formalmente reflita o previsto em lei, não se adequar aos fins pautados pelo interesse público, não se estará atendendo à original vontade de contratar, a qual por não conseguir se desvencilhar da subjetividade, devem sempre se pautar com vistas ao futuro. Como ensina Marcos Antonio Striquer Soares, fundado nos ensinamentos de Charles S. Peirce, "a conduta certa ou errada não está na vontade da lei ou na vontade do legislador, mas deve estar, conforme a teoria de Peirce, na adequação de condutas (ações) do presente aos fins que possamos adotar para o futuro." (2015, p. 137).

Assim, o importante é evitar que o negócio jurídico administrativo se torne instrumento de dominação, seja da Administração Pública sobre o particular, seja o inverso, com o contratado arbitrariamente fixando a finalidade do negócio e o utilizando para fins privados e escusos. Do contrário, podem acabar por "determinar desvios perigosos no modo de proceder e nos objectivos dos poderes públicos, dando azo a formas de colusão e mesmo a situações em que é fácil que interesses individuais ou de grupos se sobreponham aos interesses da colectividade." (ROPPO, Enzo. 2009, p. 346-347)

Mostrou-se aqui que a liberdade como não-dominação se caracteriza quando qualquer interferência na liberdade do sujeito "[...] quando a interferência não é arbitrária e não representa uma forma de dominação: quando é controlada pelo interesse e opiniões dos afetados, sendo obrigada a servir esses interesses de forma que se conforme com essas opiniões."[5] (PETTIT, 1999, p. 35, tradução nossa). E os negócios jurídicos administrativos podem ser o esteio dessa interferência "não arbitrária" do Estado sobre o indivíduo, bastando que sua finalidade, previamente fixada pelo legislador, seja atendida.

Mas para isso é necessário a sistemática vigilância das instituições que exercem tal interferência. Em verdade, é preciso a permanente possibilidade de contestação das finalidades elegidas pela lei, bem como daquelas efetivamente alcançadas pelo negócio público.

Do contrário, o negócio pode se transformar em instrumento de dominação, seja do Estado sobre a sociedade, seja de um grupo ocupante do centro de poder sobre grupos minoritários, seja ainda de um sobre vários. Mais que isso, em razão da subjetividade, sempre presente no ato de decidir, seja judicial, seja administrativo, pode o Estado deixar de ser efetivamente republicano, ganhando viés libertário ou paternalista, quando desvencilhadas de fins estabelecidos, visando o futuro:

> Quando os fins são demarcados antes das ações, eles podem potencializar as ações, o que é proposto juntamente pelo pragmatismo de Pierce; quando as ações são demarcadas antes dos fins, isto é, sem que haja um fim definido, as ações são aleatórias, são tiros em várias direções sem um alvo definido (STRIQUER, 2015, p. 139).

Imagina-se, por exemplo, que o Estado firme um acordo com uma tribo indígena, para retirá-los de determinada área com o fim, previsto em lei prévia, de proteção da incolumidade física dos integrantes daquele grupo. Tal negócio é firmado sem a supervisão das instituições, públicas e privadas, que atuam na proteção dos índios. Posteriormente descobre-se que a

[5] "[...] is not arbitrary and does not represent a form of domination: when it is controlled by the interest and opinions of those affected, being required to serve those interests in a way that conforms with those opinions (PETTIT, 1999, p. 35)

finalidade antes fixada não foi atendida, e que a mudança da tribo se deu para construção de instalações privadas, ou para possibilitar o garimpo por grupos privados ou estrangeiros.

Vê-se aí uma hipótese em que o negócio jurídico administrativo serviu de instrumento de interferência arbitrária sobre um grupo minoritário, por meio do desvio de finalidade praticado pelo Estado. Isso poderia ser evitado, porém, caso acompanhado e contestado pelas instituições - seja pelo próprio Estado, seja pelos cidadãos por meio de associações sem fins lucrativos – desenhadas para reduzir o espaço arbitrário de atuação estatal.

Como ensina Philip Petti, "Republican vigilance involves going through the motions of personal distrust, with a view to keeping the authorities on their toes, and is consistent with maintaining a high level of trust."[6] (1999, p. 281). Sem essa vigilância sobre os negócios jurídicos públicos, descamba-se para seu uso arbitrário, patrimonialístico e dominador.

Portanto, os negócios jurídicos públicos, quando atendem sua finalidade prevista em lei, que representa a vontade pública, com vistas ao futuro da sociedade, contribuem para a promoção da liberdade como não dominação, característica do paradigma contemporâneo, representando, especialmente nestas situações, mais que a concretização da liberdade negativa, vez que abrange não apenas o indivíduo, mas o todo.

CONCLUSÃO

Dentre as várias diferenças do negócio jurídico administrativo quando comparado com o negócio jurídico firmado em regime privado, destaca-se o descolamento da vontade. No negócio jurídico privado, a vontade está presente no momento de celebração do negócio, manifestada pelas partes que o formam. Mas no negócio jurídico administrativo, a vontade é fixada no momento da criação da lei que fixa a finalidade a ser alcançada com aquele negócio.

Essa diferença se mostra importante quando o negócio jurídico administrativo é situado nos paradigmas pelos quais o negócio jurídico, de maneira geral, passou. Do paradigma clássico, de aspecto liberal, nos quais os negócios eram firmados sob a autonomia soberana da vontade, para os paradigmas modernos e contemporâneos, em que prevalece a proteção da igualdade material entre as partes e no qual se destacam os direitos humanos e de personalidade, o negócio jurídico administrativo também mudou: de mero instrumento contratual pelo qual o Estado realizava suas atividades-meio, ele passou a ter grande importância no desenho

[6] A vigilância republicana envolve passar por moções de desconfiança pessoal, com o objetivo de manter as autoridades em alerta, e é consistente com a manutenção de um alto nível de confiança" (Tradução livre)

econômico e social ao seu redor.

As mudanças de paradigma pelas quais o negócio jurídico passou também refletiram as diferentes formas pela qual a liberdade é teoricamente vista. Da liberdade negativa, liberal, que defende que o homem livre é aquele não sujeito a interferências de qualquer tipo, perfeita para quando a vontade do particular era soberana, viu-se surgir a liberdade como não-dominação, republicana, que vê na mera capacidade de interferência arbitrária de um sobre o outro o verdadeiro risco à liberdade.

Para esta teoria, que tem como expoente Philip Pettit, a liberdade somente é alcançada quando as interferências sobre o cidadão são aquelas não arbitrárias, ou seja, que se coadunam com a vontade do interferido e que podem ser por ele contestadas.

Nesta perspectiva, os negócios jurídicos administrativos, potencializados pela abertura e substância trazidos pelos paradigmas moderno e contemporâneo, devem ser objeto de constante vigilância por parte da sociedade, principalmente no momento de fixação de sua finalidade e na sua celebração. Sem ela, tais negócios, tão presentes na vida social e econômica e que passaram a abarcar tantas áreas, podem ser utilizados para fins diversos, prejudiciais ao interesse público.

Portanto, essa constante vigilância é necessária para evitar que tais negócios sirvam de instrumento de dominação, seja pelo Estado sob o particular, seja por um grupo instalado no poder sobre outro, em situação inferior.

Isto se torna ainda mais relevante, quando constatado que a forma de liberdade que prevalecerá sobre os negócios jurídicos, poderá definir características do Estado republicano, o qual poderá transforma-se em libertário ou paternalista, caso decisões administrativas e judiciais visualizem a lei e sua aplicação estritamente como instrumento de restrição da autodeterminação dos sujeitos, na primeira hipótese, e na segunda, caso se visualizem o Estado como responsável em atender todas as necessidades dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2002.

AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno do Negócio Jurídico e a Necessidade de uma Nova Concepção na Contemporaneidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/28454. Acesso em: 28 out. 2021.

ASCENSÃO, José O.**Teoria Geral do Direito Civil**. v.3. Lisboa: [s.n.], 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2000.

BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade.** In: BERLIN, Isaiah. Quatro Ensaios sobre a Liberdade. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília,2018.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Negócio Jurídico Administrativo**. 1986, Revista de direito administrativo: RDA, Editora FGV, n. 164, p. 29–49, abr./jun., 1986.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro/volume 1; teoria geral do direito civil.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed, São Paulo: Atlas, 2001.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou Matéria**, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, 2 ed., São Paulo: Abril Cultural (coleção os Pensadores), 1979.

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. **Negócios jurídicos contemporâneos**: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>. Data de acesso: 02/11/2021

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Do contrato administrativo à administração contratual**. RDAI | Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, v. 3, n. 9, p. 341-352, 30 jun. 2019.

MILL, Jhon Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução Alberto da Rocha Barros. 2 ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 1991

MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros. 1992

PEREZ, Marcos Augusto. **O Negócio Jurídico Administrativo**. *in* MEDAUAR, Odete; SHIRATO, Vitor Rhen. Os Caminhos do Ato Administrativo. São Paulo: RT. 2011.

PETTIT, Philip. **La Liberdad republicana y su transcendência constitucional**. *In:* BERTOMEU, María Julia; DOMÈNECH, Antoni; DE FRANCISCO, Andrés. (comp.) Republicanismo y Democracia. Miño y Dávila. Madri. 2005.

PETTIT, Philip. **Republicanism**. A theory of freedom and government. Oxford University Press: Oxford. 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra Almedina, 2009.

STRIQUER, Marcos Antonio. **COGNITIO-ESTUDOS**: Revista Eletrônica de Filosofia, ISSN 1809-8428, São Paulo: CEP/PUC-SP, vol. 12, nº. 1, janeiro-junho, 2015, p. 129-149.