

RECEBIDO EM: 02/09/2015

APROVADO EM: 22/01/2016

DIREITO ADMINISTRATIVO E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA: ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS E TÉCNICAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

*ADMINISTRATIVE LAW AND DEMOCRATIC PARTICIPATION:
ANALYSIS OF THE FUNDAMENTALS AND TECHNIQUES OF
CONSENSUAL PUBLIC ADMINISTRATION*

Diego Franco de Araújo Jurubeba

Procurador Federal

Consultor Jurídico junto ao Ministério da Integração Nacional

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Especialista em Economia pela The George Washington University

SUMÁRIO: Introdução; 1 A administração pública consensual no contexto da privatização do direito público; 2 O pluralismo político como impulso à administração pública consensual; 3 Do ato ao contrato: um deslocamento no eixo do direito administrativo; 3.1 Matrizes clássicas francesas: a via da unilateralidade; 3.2 A via bilateral; 4 A consensualidade na tomada de decisões pelo poder público; 4.1 A arena pública; 4.1.1 Audiências públicas;

4.1.2 Conselhos e comissões; 4.2 A preferência por ajustes bilaterais frente à tradicional atuação unilateral; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo contextualizar a administração pública consensual no cenário de mutação estrutural da gestão pública contemporânea, apontando seus fundamentos doutrinários e normativos. Pretende-se ainda destacar o impacto do fenômeno sobre o direito administrativo, retirando-o da sua entrenchada posição de direito derogatório e deslocando seu centro de atuação do ato administrativo unilateral e imperativo, para favorecer uma crescente utilização de práticas conciliatórias. Por fim, serão apontadas técnicas pelas quais o consensualismo tem se feito presente em institutos tradicionais do direito administrativo, nomeadamente pela utilização da figura do contrato, não apenas enquanto categoria jurídica, mas como o símbolo de um novo estilo de gestão pública.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Administração Pública Consensual. Pluralismo Político. Participação Democrática. Contratos.

ABSTRACT: This paper aims to contextualize consensual public administration in the scenario of structural change of contemporary governance, pointing out its doctrinal and normative foundations. It also seeks to highlight the impact of the phenomenon on administrative law, removing it from its entrenched position of derogatory law and moving its axis from the unilateral and imperative administrative act, in favor of the increasing use of conciliatory practices. Finally, the paper will appoint techniques by which consensualism has been inserted in traditional institutes of administrative law, particularly through the use of the contract, not only as a legal category, but as the symbol of a new style of public management.

KEYWORDS: Administrative law. Consensual Public Administration. Political Pluralism. Democratic Participation. Contracts.

INTRODUÇÃO

A definição das políticas públicas já não é fruto exclusivo do pensamento das autoridades administrativas¹. Ao revés, cada vez mais as decisões emanadas do Estado resultam de processos que visam equilibrar os diversos interesses postos em jogo através da participação de diversas partes políticas. Em razão disso, diz-se, hodiernamente, que o direito administrativo, caracterizado pelo seu regime estritamente exorbitante, encontra-se numa encruzilhada nas sociedades modernas, plurais por excelência.

Nas últimas décadas, a complexidade crescente dos problemas relacionados à diversificação das necessidades da sociedade, as novas tecnologias de comunicação e informação, o papel decisivo da mídia, bem como as exigências de maior eficiência e transparência na ação pública, produziram uma rápida mutação na forma de gerir os governos². Com efeito, toda essa conjuntura provocou uma crise de poder³, ou crise de governabilidade⁴, nas democracias ressurgidas após a derrocada dos regimes totalitários e autocráticos de Estado, nas últimas décadas do século passado.

Com o declínio da credibilidade no modelo de gestão autocrática das organizações estatais – e a crescente pressão dos movimentos sociais –, observou-se, como resposta, a substituição de modelos rígidos e concentrados de administração por outros mais dinâmicos, voltados ao acolhimento do desejo crescente de participação democrática nas decisões de governo⁵. Aliado a isso, a tecnologia vem ao auxílio da democratização do sistema político, tornando viáveis operacionalmente os mais diversos espaços de debate público.

Nesse sentido, pode-se chamar de administração pública consensual o modo de gerir as ações públicas com base em mecanismos que visam regular demandas concorrentes e obter soluções consensuais por meio

1 CASSESE, Sabino. Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 2, p. 391, 2000.

2 SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006. p. 24-25.

3 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 18.

4 CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=33300>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

5 SARAIVA, op. cit., p. 36.

da negociação e da cooperação dos atores sociais envolvidos⁶. Destarte, o Estado passa a agir como um mediador dos interesses, não buscando “apenas estabelecer e conferir eficácia aos canais de participação e interlocução com os indivíduos e grupos sociais, mas com eles constantemente interagir”⁷.

O presente artigo tem como objetivo contextualizar a administração pública consensual no cenário de mutação estrutural da gestão pública contemporânea, apontando seus fundamentos doutrinários e normativos. Pretende-se ainda destacar o impacto do fenômeno sobre o direito administrativo, retirando-o da sua entrincheirada posição de direito derogatório⁸ e deslocando seu centro de atuação do ato administrativo unilateral e imperativo, para favorecer uma crescente utilização de práticas conciliatórias⁹. Por fim, serão apontadas técnicas pelas quais o consensualismo tem se feito presente em institutos tradicionais do direito administrativo.

1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL NO CONTEXTO DA PRIVATIZAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO

A distinção entre direito público e direito privado, tão cara aos manuais de direito, vem sendo suavizada nas últimas décadas. O “processo de estatização da sociedade e de socialização do Estado”¹⁰, pelo qual as fronteiras que separam as esferas público e privada se tornam cada vez mais nebulosas, repercute no ordenamento jurídico através da contínua e gradual absorção de características típicas do direito público pelo direito privado, e vice-versa.

Nesse sentido, utiliza-se a expressão publicização do direito privado para denominar o avanço do dirigismo público sobre institutos jurídicos tradicionalmente operacionalizados com ampla margem de liberdade

6 Por todos, CHEVALLIER, Jacques. La gouvernance, un nouveau paradigme étatique? *Revue française d'administration publique*, Paris, n. 105-106, p. 203-217, 2003. Disponível em: <<http://10.3917/rfap.105.0203>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

7 SCHWANKA, Cristiane; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 32, Abr., 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=53672>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

8 CASSESE, Sabino. Tendenze e problemi del diritto amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4, p. 908, 2004.

9 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, pp. 185-218.

10 HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 180.

individual, hipótese em que o direito civil e o direito trabalhista se tornam as grandes vitrines do fenômeno¹¹.

Por outro lado, o direito administrativo, talhado inicialmente na França como um arsenal jurídico de privilégios e prerrogativas que concedem ao poder público a potestade de impor unilateralmente obrigações aos administrados¹², pode ser encarado como o expoente maior de um processo inverso: o de privatização do direito público. Por essa razão, a utilização de formas e noções jurídicas privatistas pelo Estado vem ganhando prestígio na gestão dos negócios públicos¹³.

Dessarte, o impulso mais recente na privatização do direito público decorre do robustecimento de algumas noções, que podem ser resumidas da seguinte maneira: a) tendência de desverticalização das relações entre a Administração pública e os particulares, dado nem sempre haver necessidade de se firmar compromissos sob uma ótica impositiva; b) percepção de que soluções debatidas podem ser mais eficientes e aceitas com menor resistência do que aquelas impostas unilateralmente; c) entendimento de que mecanismos de gestão privada podem ser mais eficientes para consecução das finalidades públicas.

As duas primeiras noções têm estreita relação com o crescente envolvimento das grupos sociais no exercício do poder político, principalmente nas esferas locais, com vistas à resolução dos problemas que lhe afetam¹⁴. Já o terceiro apontamento representa um consenso ideológico que varia no tempo e no espaço, de acordo com o regime político da ocasião, e em consonância com as inclinações da ordem econômica e social¹⁵.

11 Ressaltando a historicidade do fenômeno: GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos tribunais*, São Paulo, n. 747, p. 35-55, jan., 1998.

12 CHEVALLIER, Jacques. Les fondements idéologiques du droit administratif français. In: *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*. v. 2. Paris: PUF, p. 7, 1979. Disponível em: <www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/10/chevallier.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2014.

13 Entre outros, CORREIA, José Manoel Sérvulo. Fundações e associações públicas de direito privado. In: COSTA, José de Faria (org.). *Boletim da Faculdade de Direito: os caminhos da privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 301-302.

14 FERNANDES, António Teixeira. Poder local e democracia. *Revista da Faculdade de Letras: Sociologia*, Porto, v. 2, p. 38, 1992.

15 Tome-se como exemplo o caso das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, que desde a década de 1930 se expandem e se contraem segundo o movimento pendular do pensamento político-econômico dominante em cada geração e governo (Cf. YERGIN, Daniel; STANISLAW, Joseph. *The Commanding heights: the battle for the world economy*. New York: Touchstone, 2002. p. X-XIV).

A consolidação dessas ideias tem como reflexo prático a difusão de mecanismos de pactuação na gestão administrativa. Esse modo de pensar e exercer a gestão pública recebe diversos nomes: administração pública consensual, administração pública concertada, governo por contratos¹⁶, entre outras expressões que – apesar de pequenas peculiaridades enxergadas pelos autores –, fazem sempre uma referência geral à predileção que deve ser conferida ao desempenho da função pública com lastro em decisões compartilhadas com a sociedade¹⁷.

2 O PLURALISMO POLÍTICO COMO IMPULSO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

Diferentemente de outras tendências jurídicas surgidas nos últimos anos, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana não se afigura, pelo menos na origem do trato da matéria, como o motivo determinante para o desenvolvimento da doutrina da administração pública consensual¹⁸. A bem da verdade, a mudança de paradigma na ação pública, da imposição à negociação, decorreu naturalmente da evolução e crise do Estado providência no final da década de 1970, quando o assunto passou a ser debatido pela doutrina europeia¹⁹.

Nesse sentido, é de notar que, ao longo do século XX, o Estado se colocou definitivamente na condição de agente promotor das ordens social e econômica. De uma parte, o reconhecimento de direitos sociais vem ocorrendo sempre de modo crescente pelos governos ocidentais; noutro flanco, a incorporação, pelo poder público, de atividades antes promovidas apenas ou primordialmente pela iniciativa privada é, em maior ou menor medida, uma realidade para as administrações públicas contemporâneas.

-
- 16 GAUDIN Jean-Pierre. La contractualisation des rapports entre l'État et les collectivités territoriales. In: *Annuaire des collectivités locales: réforme de la décentralisation, réforme de l'État*. t. 24. Paris: Litec, 2004. p. 215-234. Disponível em: <<http://10.3406/coloc.2004.1540>>. Acesso em: 09 mar. 2015.
- 17 Conforme ressalta Alice Gonzalez Borges, a administração pública consensual visa o fomento da “colaboração entre a Administração e entidades privadas, mediante acordos e parcerias, e até mesmo à cooperação entre as próprias pessoas de direito público de diferentes esferas” (BORGES, Alice Gonzalez. Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *Revista do advogado*, São Paulo, n. 107, p. 20, 2009).
- 18 Em sentido contrário, MELO, Antônio Moreira Barbosa de. A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público. In: FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA. *Estudos de contratação pública*, v. 1, Coimbra: Coimbra, 2008. p. 12-15.
- 19 Por todos, CUMYIN, Michelle, La contractualisation de l'action publique: contrat juridique ou contrat social? *Les Cahiers de droit, Faculté de droit de l'Université Laval*, Québec, v. 47, n. 4, p. 680, 2006. Disponível em: <<http://id.erudit.org/iderudit/043908ar>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

Naturalmente, quanto mais numerosos os objetivos socioeconômicos a serem promovidos por um Estado, maior será a conflitividade inerente às suas ações. Isso ocorrerá esteja ele atuando enquanto conformador da instrumentalização dos direitos, ou estejam seus aparatos a agir diretamente na prestação de atividades consideradas de interesse público.

A esse respeito, é certo também que as constituições democráticas contribuíram bastante para a mudança de paradigma. Nesse quesito, quanto mais democrática for a regulação social, maior será a necessidade de se conciliar um conjunto variado de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos políticos distintos²⁰.

Com efeito, a efetivação do pluralismo político passa de modo inapelável pela valorização da consensualidade²¹ na administração pública, com a conseqüente democratização da prossecução do interesse público²². Nas palavras de Chevallier, “doravante, a atividade pública se desenvolve com o debate, oferece-se à negociação”²³.

Por esse caminho trilhado pelas democracias modernas, segue-se inevitavelmente uma linha que acarreta a perda gradual do juízo monocrático do gestor público²⁴. Ante a pressão dos atores sociais, a ação pública nas sociedades contemporâneas tende a resultar de um processo complexo em que múltiplos grupos são convidados a tomar parte nas discussões que buscam encontrar o melhor equilíbrio entre demandas concorrentes.

3 DO ATO AO CONTRATO: UM DESLOCAMENTO NO EIXO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

À evidência, a demanda por mudanças na forma gerir os negócios públicos é um fenômeno que transcende fronteiras nacionais e repercute diretamente na disciplina jurídica que rege a administração pública. Nos últimos anos, o tema em questão vem sendo debatido no âmbito de diversos ordenamentos jurídicos, os quais tendem a promover uma uniformização

20 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *La participación del ciudadano en la administración pública*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 23.

21 Toma-se a expressão consensualidade como sinônimo de contratualismo e concertação, não se fazendo distinções entre elas. Em sentido contrário: SCHWANKA; OLIVEIRA, op. cit.

22 COUTO E SILVA, Almíro. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, v. 27, p. 197, 2003.

23 CHEVALLIER, *La gouvernance*, p. 214.

24 AVRITZER, Leonardo. *Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil*. Disponível em: <www.ces.uc.pt/emancipa/research/pt/ft/participacao.html>. Acesso em: 05 mar. 2015.

dos direitos administrativos nacionais, notadamente em decorrência do fenômeno da globalização²⁵.

O direito administrativo brasileiro sempre sofreu grande influência da doutrina administrativista estrangeira, estando ainda bastante apegado às suas origens de forte matiz francês. Todavia, esse liame caminha para um afrouxamento, a fim de viabilizar uma convergência normativa com padrões democráticos globais, conforme se verá abaixo.

3.1 Matrizes clássicas francesas: a via da unilateralidade

Com pouca variação em doutrina²⁶, afirma-se que o direito administrativo francês tem origem no reconhecimento de que o direito que rege as relações particulares seria incapaz de regular adequadamente as relações jurídicas em que o Estado é parte²⁷. Nessa linha, a partir de noções como as de “serviço público” e “interesse público”, a doutrina e o Conselho de Estado francês moldaram ao longo dos anos um conjunto de normas lastreadas em princípios que derogam o direito comum em favor do poder público – o tutor dos interesses da sociedade.

Essas bases jurídicas, que ainda pautam fundamentalmente o direito administrativo brasileiro²⁸, tiveram forte lastro nos estudos de Maurice Hauriou, precursor da Escola de Toulouse e grande sistematizador do regime jurídico administrativo pautado na ideia de *puissance publique*.

Para Hauriou, o direito administrativo seria um ramo jurídico fundado na prerrogativa que confere à administração pública o poder de atuar sem as limitações impostas pelas relações sinalagmáticas do direito civil, sendo, portanto, um prolongamento deste²⁹. Esse poder estaria consubstanciado na *puissance publique*, isto é, na concentração do poder de coação atribuído ao Estado com o intento de que ele, estando acima dos administrados, pudesse concretizar o interesse público mediante atos de império³⁰.

25 CASSESE, op. cit., p. 908.

26 Para uma análise panorâmica da doutrina que discute as origens do direito administrativo, cf. MEDAUAR, op. cit., p. 13-23.

27 CASSESE, op. cit., p. 906.

28 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 16, jan./mar., 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39779>>. Acesso em: 17 ago. 2013.

29 HAURIUO, Maurice. *Principes de droit public*. 2. ed. Paris: Sirey, 1916, p. 571.

30 *Ibidem*, p. 592.

Sinteticamente, por meio da construção teórica de Hauriou, o direito administrativo seria um direito operacionalizável primordialmente por intermédio de decisões unilaterais de *puissance publique*, uma prerrogativa exorbitante em relação ao direito civil e instrumental à concretização das finalidades públicas³¹.

Sob essa estrutura doutrinária, o ato administrativo emergiu no mundo jurídico como uma ponte entre a vontade estatal e a posição jurídica dos administrados, estando nela predispostos uma série de preceitos que disciplinam e limitam o exercício da autoridade pública³². Com esse argumento garantista, o ato administrativo acabou se tornando a figura central da atividade do administrador público, configurando-se inicialmente como uma salvaguarda dos cidadãos frente ao Estado absolutista, que era centrado na ideia de dominação.

A despeito do aludido garantismo em seu propósito, o ato administrativo, à luz da doutrina da *puissance publique*, acabou se consolidando com uma lógica autoritária³³, como “o momento de afirmação da autoridade”³⁴, haja vista a sua capacidade inata para dar cumprimento às leis e incidir unilateralmente sobre as posições jurídicas dos particulares.

Da mesma forma, inserido no mesmo contexto de exorbitância do direito comum, a noção francesa de contrato administrativo consolidou-se com características que o afastam dos preceitos tradicionais do direito privado³⁵, as quais podem ser resumidas da seguinte maneira: a) assimetria entre as partes, estando o contratado em situação de submissão; b) prerrogativas que permitem a intervenção unilateral da Administração nas condições pactuadas³⁶.

Como é possível observar, ambas as matrizes clássicas francesas dos negócios administrativos são fortemente dotadas de uma conotação autoritária, exorbitante e processadas prioritariamente por decisões unilaterais da autoridade pública. Contudo, esse tom inaugural de império

31 HAURIUO, op. cit.

32 MEDAUAR, op. cit., p. 202.

33 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 18.

34 MEDAUAR, op. cit., p. 205.

35 ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 120-148.

36 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do advogado*, São Paulo, n. 107, p. 76, 2009.

não mais modela o direito administrativo com a contundência de outrora, tendo sido serenado a partir da ação dos mesmos fatores que deram azo à chamada administração pública consensual³⁷.

Com essa fundamentação filosófica e conformação de institutos jurídicos, não é difícil perceber que o elemento de autoridade do direito administrativo francês inspirou largamente o direito administrativo brasileiro³⁸. Todavia, não se pode imputar essa linha exclusivamente à influência francesa, mormente quando alguns dos mais destacados doutrinadores pátrios dedicaram seus estudos a enaltecer o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado enquanto pilar científico do direito administrativo³⁹.

Em contraposição a essa posição, dominante até o final do século XX, cresce no Brasil um entendimento entre os administrativistas mais jovens acerca do caráter vazio do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado⁴⁰. Isso porque, em uma sociedade heterogênea, pouco vale afirmar que o interesse público deve ser preferido pelo gestor público, quando o real problema é identificá-lo antes da emissão da decisão, no momento da apreciação da colisão dos interesses postos em jogo.

Como forma de qualificar a identificação dos interesses no exercício da gestão pública, exsurge o fenômeno da administração pública consensual.

37 Na lição de Jean-Bernard Auby, o direito administrativo francês submete-se a lógica de três fenômenos desde a década de 1970: o movimento de globalização do mundo, o movimento de desestatização da sociedade e o movimento de descentralização do poder (*La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administrative. Actualité juridique: édition droit administratif*, Paris, v. 57, n. 11, p. 913, 2001).

38 Na obra seminal do direito administrativo brasileiro, o *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, de 1862, é fácil identificar a deferência do Visconde do Uruguai aos autores franceses, em especial ao Barão de Gérando, de modo definir o direito administrativo como um direito que versa sobre os interesses da ordem pública, apartado do direito comum das pessoas privadas, isto é, do direito civil (URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. In: CARVALHO, José Murilo de (Org.). *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 104).

39 Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, a princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é o “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.” (*Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 69).

40 Criticando esse louvor doutrinário à supremacia do interesse público sobre o privado, entre outros: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 45-48; ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, n. 7, out. 2001. www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf.

Em lugar da atuação tipicamente soberana, lastreada em um juízo solitário e que impõe as decisões unilateralmente, dá-se preferência à busca por uma solução negociada ou contratual. Com esta nova premissa, figuras de direito privado – em especial, o contrato – aparecem como alternativas que põem os administrados numa posição ativa no debate sobre a prevalência dos interesses nos casos concretos, e não mais como sujeitos meramente passivos dos atos de autoridade emanados pelo poder público⁴¹.

3.2 A via bilateral

Na tradição alemã, a noção de contrato público sofreu resistências devido ao forte peso doutrinário de Otto Mayer, jurista que considerava inviável a formalização de contratos entre o Estado e os particulares, dado que, por pressupor a igualdade entre os contratantes, o instrumento seria inadequado⁴². Para Mayer, o direito administrativo seria uma organização de *puissance publique*, reconhecendo no estudo dos administrativistas franceses sua grande inspiração⁴³.

Na mesma linha, Fritz Fleiner era outro porta-voz do entendimento de que, a partir do momento em que o poder público se posicionasse diante dos administrados de modo soberano, o direito comum e as formas bilaterais seriam inaplicáveis, pois as partes não estariam em um mesmo nível. Para essa parcela da doutrina alemã, os chamado contrato de direito público seria, na verdade, uma ordem unilateral cuja legitimidade estaria subordinada ao consentimento do interessado⁴⁴.

Contudo, a despeito da oposição de grandes administrativistas, a figura dos contratos públicos se desenvolveu naturalmente na Alemanha, mas com um contorno substancialmente diverso do contrato administrativo francês. Em síntese, não foram conferidos poderes extraordinários ao ente estatal no contrato de direito público germânico, mas pelo contrário,

41 ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 44.

42 Sobre a evolução do tratamento dado ao contrato administrativo na Alemanha: MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006. pp. 408-427; ESTORNINHO, Maia João. *Direito europeu dos contratos públicos: um olhar português*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 167-188; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. *Teoria do contrato administrativo*. São Paulo: USP, 2010. p. 132-136; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 166-171.

43 RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004. p. 216-218.

44 ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992. p. 176.

fincou-se a sua distinção em relação aos contratos privados na circunstância dele pactuar relações de direito público como uma alternativa bilateral ao tradicional ato administrativo⁴⁵.

Essa utilização do contrato como alternativa bilateral ao ato administrativo unilateral é essencial à temática da administração pública consensual na experiência alemã (*obligkeitlichen*⁴⁶). É que, ante a não consolidação do instituto com um viés autoritário e impositivo, a sua desvinculação com o caráter exorbitante abriu espaço à utilização do contrato como um instrumento disponível à concretização do consenso entre Estado e particulares nas decisões públicas.

Neste sentido, a lei do processo administrativo alemão de 25 de maio de 1976 (VwVfG) regulamentou a questão para prever, em seu § 54, que “a relação jurídica de direito público poderá ser constituída, alterada ou anulada por acordo (contrato de direito público) quando não houver disposição legal em contrário. Em particular, a autoridade poderá, ao invés de emitir ato administrativo, celebrar um contrato de direito público com a pessoa a quem se direcionaria o ato administrativo”.

Criou-se, naquele momento, uma tendência para os demais ordenamentos jurídicos de origem romano-germânica, a ponto de, por exemplo, António Menezes Cordeiro afirmar que o referido dispositivo marca a transposição da ciência jurídico-administrativa portuguesa para o estilo alemão⁴⁷.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o legislador germânico deu ao contrato administrativo o mesmo valor do ato administrativo. Segundo Hartmut Maurer, a única diferença entre ambos está no fato de que o “ato administrativo é promulgado *unilateralmente* pela autoridade”, enquanto o contrato administrativo é firmado “*consensualmente* por autoridade e cidadão”⁴⁸.

O referido dispositivo veio a calhar com o perfil da administração pública consensual, na medida em que, atenuando o dogma da unilateralidade no exercício da atividade administrativa, traduziu uma preferência por

45 CORDEIRO, António Menezes. *Contratos Públicos*: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro. Coimbra: Almedina, 2007. p. 32.

46 ESTORNINHO, op. cit., p. 44.

47 Ibidem, p. 39.

48 MAURER, op. cit., p. 419.

soluções baseadas no consenso. Na esteira dessas premissas, Maurer anota que o contrato possibilita uma administração flexível correspondendo, “em especial, às idéias de uma administração moderna, democrático-estatal-jurídica, que vê o cidadão não só como mero súdito, mas como sujeito de direito independente e parte da administração”⁴⁹.

Inspirada no estudo germânico, a doutrina portuguesa desenvolveu o princípio geral de utilização do contrato como forma de atuação administrativa, ou princípio geral de autonomia pública contratual, como decorrência do perfil democrático da Constituição portuguesa⁵⁰. Segundo esse princípio, ainda que a lei não indique o contrato como instrumento de atuação administrativa ordinária, a administração dele poderá lançar mão, ao invés de utilizar-se da via unilateral⁵¹. Anos depois, a legislação portuguesa do processo administrativo foi alterada para incorporar dispositivos semelhantes ao encontrado no direito alemão⁵², ocorrendo o mesmo na Itália⁵³ e na Espanha⁵⁴.

Importante esclarecer que, quando se fala em contrato, não se está necessariamente a fazer referência unicamente à figura contratual clássica. Diz-se contrato enquanto imagem representativa da tendência pela qual se fala que “a lei é cada vez mais contratada”⁵⁵, isto é, fala-se em contrato como resultado de entendimentos ou compromissos entre as partes políticas interessadas. Tem-se nele, portanto, o símbolo de um movimento de progressiva contratualização de relações que tradicionalmente estão submetidas a uma disciplina autoritária do poder público.

Em resumo, o contrato é um instrumento e a personificação de uma mudança de paradigma na forma de gerir os negócios públicos. Com base neste raciocínio, sua utilização ilustra não mais apenas o recurso jurídico para a contratação de bens e serviços pela administração. É, agora, a expressão de uma ação administrativa voltada à captura do consenso

49 MAURER, op. cit., p. 425.

50 Cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 639 e ss.

51 CALVÃO, Felipa Urbano. Contratos sobre o exercício de poderes públicos. In: FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA. *Estudos de contratação pública*. n. I, Coimbra: Coimbra, 2008. p. 331.

52 Art. 185º do Código de Procedimento Administrativo (Decreto-lei nº. 442/91), com a redação alterada pelo Decreto-lei nº. 6/96; e art. 278º do Código de Contratos Públicos (lei nº. 18/2008).

53 Art. 11º, 1, da lei nº. 241/1990, alterada pelo art. 7º da lei nº. 15/2005.

54 Art. 88º, 1, da lei nº. 30/1992.

55 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 338.

junto aos administrados, quando estes estão inseridos em um cenário de pluralidade de interesses muitas vezes em choque⁵⁶.

A respeito dessa convergência dos direitos administrativos nacionais, a legislação federal brasileira ainda não possui uma previsão geral tão expressa quanto o §54 da VwVfG no tocante ao caráter substitutivo do contrato. Isso não impede, entretanto, a identificação de algumas normas de caráter especial que seguem a linha do dispositivo alemão, além de outras tantas que estabelecem procedimentos e moldam institutos com vistas a permitir uma maior participação democrática no cotidiano da administração pública.

4 A CONSENSUALIDADE NA TOMADA DE DECISÕES PELO PODER PÚBLICO

Como verificado, o fenômeno da administração pública consensual possui um enquadramento referencial no pluralismo político, de modo a permitir a “substituição, sempre que possível, da imperatividade pelo consenso nas relações Estado-sociedade e à criação de atrativos para que os entes da sociedade civil atuem em diversas formas”⁵⁷.

Em atenção a essas premissas, serão apontadas abaixo algumas técnicas pelas quais institutos tradicionais do direito administrativo brasileiro têm experimentado uma inflexão a favor do consensualismo.

4.1 A arena pública

A difusão de espaços e mecanismos que permitam canalizar as manifestações das forças sociais para uma estrutura de debates e deliberações é um dos principais pressupostos para a concretização de um verdadeiro governo por contratos. Nas palavras de Aguilar Villanueva, essa forma de conduzir o processo decisório a cargo da administração pública “resgataria o sentido clássico de governo, de bom governo”⁵⁸.

56 Existem ainda vozes dissonantes que levantam dúvidas quanto à possibilidade de utilização do contrato como alternativa ao ato administrativo, nomeadamente sob o argumento de que esta conduta poderia contradizer princípios fundamentais da atividade administrativa, como o princípio da irrenunciabilidade e inalienabilidade das competências administrativas (cf. LEDDA, Franco. *La partecipazione all'azione amministrativa*. In: LEDDA, Franco. *Gli istituti della democrazia amministrativa*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 66-67).

57 MOREIRA NETO, op. cit., p. 26.

58 VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. *La hechura de las políticas*. México: Porrúa, 1992. p. 8.

Inspirado na ciência política anglo-saxã, o italiano Sabino Cassese utiliza a expressão *arena pública* para designar o “espaço em que se desenvolvem a atividade pública e o intercâmbio entre Estado e sociedade”⁵⁹. Esses canais tornam-se muitas vezes uma etapa obrigatória do processo de tomada de decisões acerca de políticas públicas, as quais poderão estar vinculadas ao resultado final dos debates ali estabelecidos.

4.1.1 Audiências públicas

A audiência pública é o mecanismo de consensualidade mais corriqueiro e generalizado normativamente nos processos decisórios a cargo dos gestores públicos. Nos últimos anos, diversas leis brasileiras passaram a conter a previsão de que a audiência pública seria uma fase possível, ou até mesmo obrigatória, no *iter* de determinados processos que visam à formação de decisões ponderadas em face de interesses distintos.

Segundo Moreira Neto, a audiência pública, cujas origens remontam ao direito anglo-saxão (*public hearings*), é um “processo administrativo de participação aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da administração pública”⁶⁰. Na verdade, as audiências públicas não correspondem propriamente a um processo decisório, mas em uma fase deste, a qual pode ocorrer no seu curso (fase instrutória) ou em seu encerramento (fase decisória)⁶¹.

Do ponto de vista da análise econômica do direito, essa participação é mais do que justificável, uma vez que as decisões estatais naquelas esferas ocasionam, necessariamente, custos (afetações nos interesses) de terceiros, muitas vezes “invisíveis” ao gestor público e aos destinatários diretos das suas ações⁶². Assim, a participação popular serve para garantir a maximização da eficiência na ação pública, minimizando os custos totais associados (custos de transação), os quais podem, a princípio, estar ocultos.

No direito brasileiro, a institucionalização das audiências públicas no processo de formação das decisões administrativas tem como um dos seus precedentes mais remotos a edição da resolução nº 01, de 23.01.1986,

59 A arena pública: novos paradigmas para o Estado. In: CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Campinas: Saberes, 2010, p. 90.

60 MOREIRA NETO, op. cit., p. 256.

61 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 20, abr., 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=30036>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

62 OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 1994. p. 19.

do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). Naquele normativo, que estabelecia diretrizes para os licenciamentos ambientais, previu-se pela primeira vez a possibilidade de órgãos e entes estatais convocarem audiências públicas no intuito de conferir aos atores sociais interessados a oportunidade de conhecer o teor da análise dos estudos de impacto ambiental do projeto licenciando, permitindo-se-lhes a oposição de críticas e sugestões.

Nesse caso, vale notar que a audiência pública também proporciona à administração pública a capacidade de aferir a repercussão social do empreendimento proposto, conhecer alternativas não vislumbradas e reequilibrar a balança de interesses legítimos a serem afetados pela decisão administrativa.

Também 1986, nascia em Porto Alegre a ideia de orçamento participativo, uma arena pública em que associações comunitárias participam da definição do orçamento municipal, reivindicando prioridades e influenciando seus critérios de estabelecimento⁶³. A experiência gaúcha se expandiu nacionalmente e passou a ser adotada por outras municipalidades que criaram estruturas procedimentais próprias, mais ou menos sofisticadas e vinculantes em relação ao poder público.

No processo de democratização brasileira, esse instituto é certamente a principal inovação social a confrontar dois males históricos do processo político de distribuição de bens públicos: o baixo nível de organização da população e a tradição clientelista brasileira⁶⁴.

Dessa forma, considerando que direitos são serviços públicos que o governo deve distribuir em troca em receitas orçamentárias auferidas pela cobrança pecuniária imposta aos cidadãos⁶⁵, o orçamento participativo atua diretamente sobre o elemento primário do que realmente constitui o direito de participação: a possibilidade de influenciar no processo de especificação das finalidades públicas⁶⁶. Com a institucionalização de um canal aberto à participação popular, aliviam-se as pressões de interesses particulares que tradicionalmente incidem sobre o aparelho burocrático brasileiro⁶⁷.

63 AVRITZER, op. cit.

64 Ibidem.

65 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York e London: W. M. Norton, 1999. p. 151.

66 WALDRON, Jeremy. Participation: the right of rights. In: WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 235.

67 AVRITZER, op. cit.

A generalização do instituto em âmbito nacional ocorreu através da lei de responsabilidade fiscal (lei complementar n.º 101/2000), que deu ao referido instrumento de participação popular o caráter de fase obrigatória dos processos demonstrativos da execução orçamentária e do cumprimento das metas públicas⁶⁸. Na mesma linha, o Estatuto da Cidade (lei n.º 10.257/2001) concedeu às audiências públicas o *status* de instrumento garantidor da gestão democrática das cidades e de fase obrigatória no processo de elaboração dos orçamentos públicos e dos planos diretores.

Avançando no direcionamento da distribuição de bens por intermédio da peça orçamentária, a participação democrática por meio de audiências prolonga-se para o efetivo controle das despesas públicas em concreto e da legitimidade das decisões atinentes à regulação estatal das atividades econômicas. Disposições normativas acerca de ambas as situações vêm sendo incorporadas ao direito brasileiro nas últimas décadas.

No primeiro caso, por exemplo, convém mencionar a participação popular nas contratações públicas em geral, onde existe um espaço de arena pública com vistas a aferir a repercussão social dos empreendimentos. Nesse sentido, a lei nacional de licitações e contratos administrativos (lei n.º 8.666/93) estabeleceu que a audiência pública é o ato inicial dos processos licitatórios que ultrapassem o valor de R\$ 150 milhões, consubstanciando-se, portanto, em um requisito de validade do próprio certame, sem o qual resta viciado todo o procedimento concorrential⁶⁹.

Na segunda hipótese, sobrevieram disposições em leis específicas no sentido de que a audiência pública é um componente essencial aos processos que visam regular setores da atividade econômica, como nas leis que dispõem sobre o regime das concessões dos serviços de energia elétrica (lei n.º 9.427/96) e de telecomunicações (lei n.º 9.472/97).

Finalmente, cumpre destacar que, com o advento da lei do processo administrativo federal (lei n.º 9.784/99), tornou-se expressa a possibilidade das autoridades administrativas provocarem a instauração de audiências públicas com vistas a robustecer a motivação e legitimar decisões a serem tomadas nos processos administrativos. Desde então, universalizou-se

68 O art. 48, parágrafo único, I, da lei de responsabilidade fiscal dispõe que a transparência, enquanto pressuposto da responsabilidade na gestão fiscal, será assegurada mediante “incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos”.

69 Vale ainda mencionar as diversas previsões de controle e participação popular quanto aos estudos (arts 4º e 7º, §§ 8º e 9º, e 15, §6º), editais (41, §1º, 43, §1º) e procedimentos de contratação (45, §2º e 49).

o âmbito de possibilidades de convocação de audiências públicas, sendo oportunizado aos gestores públicos invocá-las sempre que entender conveniente.

4.1.2 Conselhos e comissões

Além das audiências públicas, outras manifestações importantes do fenômeno da administração pública consensual são os conselhos e comissões em que a sociedade civil é chamada a tomar parte nas decisões colegiadas. Bem desenvolvidos no direito europeu, esses órgãos visam aprimorar as decisões que impactam diversos interesses através da negociação e de um consenso em que são partes as diversas esferas do poder público e as forças sociais cujos interesses podem estar em jogo.

Doutrinariamente, costuma-se afirmar que o objeto de atuação dos conselhos e comissões deve versar sobre aspectos sociais e econômicos em sentido amplo. Dessa forma, “ainda que não se possam enumerar todos os temas possíveis, há sim alguns que se encontram à margem da concertação: os culturais, os internacionais, e os propriamente políticos”⁷⁰.

Nessa linha, um exemplo dessa arquitetura consensual está na Constituição Portuguesa, que previu a existência do Conselho Económico e Social, composto por “representantes do Governo, das organizações representativas dos trabalhadores, das actividades económicas e das famílias, das regiões autónomas e das autarquias locais”⁷¹, como um órgão central de “concertação no domínio das políticas económica e social”⁷².

Interessante observar que, no âmbito dos conselhos e comissões, a concertação de interesses também poderá ser realizada quando as partes políticas neles inseridas forem exclusivamente organizações estatais. Sem maiores dificuldades, é possível vislumbrar a existência de entidades públicas ou grupos de entes políticos cujos interesses possam eventualmente se chocar com aqueles defendidos por outras entidades congêneres.

Nesse cenário, o contrato exsurge como a categoria jurídica capaz de dar vida a um novo paradigma. Chamando atenção para esse instrumento, Jacques Chevallier utiliza o termo *contratualização*, destacando que esta “não

70 RODRÍGUEZ, Américo Plá. *Estabilidad en el empleo, solución de conflictos de trabajo y concertación social: (perspectiva iberoamericana)*. Murcia: Universidad, 1989. p. 152, tradução nossa.

71 Art. 92º, 2, da Constituição Portuguesa de 1976.

72 Art. 92º, 1, da Constituição Portuguesa de 1976.

permite apenas que se oficialize a associação de diversos atores privados à ação pública”, mas é “também o meio de promover novas relações no interior mesmo da esfera pública”⁷³. Nesse sentido, o autor distingue a contratualização vertical, quando a relação concertada é travada entre o Estado e a sociedade civil, e contratualização horizontal, quando firmada por “unidades administrativas do mesmo nível”⁷⁴.

A respeito da contratualização horizontal, Bruno Dente explica que no âmbito de uma governança multinível, os entes públicos tendem a se sobrepor e se cruzar, de modo que, por exemplo, “um município pode ser parte de uma pluralidade de consórcios de tamanhos muito diferentes e nem sempre com os mesmos parceiros”⁷⁵.

No caso brasileiro, é possível visualizar alguns mecanismos de contratualização mediante conselhos e comissões, seja entre Estado e sociedade⁷⁶, seja entre organizações estatais. Na espécie, destacam-se as figuras dos conselhos gestores de políticas públicas no âmbito dos municípios⁷⁷, no primeiro caso, enquanto os conselhos deliberativos de caráter nacional e os contratos de programa para a gestão associada de serviços públicos são as formas mais usuais de aplicação do segundo caso.

Por sua vez, é mais comum visualizar a concertação entre organismos estatais quando a arena pública debate políticas estruturadas do ponto de vista nacional ou regional, podendo contar ou não com a participação de representantes da sociedade civil.

É importante destacar que a Constituição Federal de 1988 deu aos municípios uma conformação que sobreleva a cidadania e o pluralismo político, tornando a esfera local o espaço por excelência para a participação popular na formulação das políticas públicas. Essa nota já pôde ser observada quando se falou da figura do orçamento participativo.

73 A governança e o direito. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33300>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

74 *Ibidem*.

75 DENTE, Bruno. *Convivere con la governasse multilivello istruzioni per l'uso*. Disponível em: <http://recs.it/it/contributidegliesperti2012>. Acesso em: 05 mar. 2015.

76 É o caso, por exemplo, dos conselhos deliberativos das agências federais de desenvolvimento das três regiões menos desenvolvidas do país, órgãos máximos para a tomada de decisões relacionadas às regiões Nordeste (Sudene), Norte (Sudam) e Centro-Oeste (Sudeco), cuja presidência compete ao presidente da república.

77 Certamente existem conselhos gestores de políticas públicas que contam com a participação popular noutras esferas de governo, mas, pela maioria numérica, os conselhos municipais são os que mais chamam a atenção.

À evidência, não se quer dizer que a sociedade civil só atue junto às políticas gestadas no município – a própria Constituição da República prevê expressamente a participação da população em todos os níveis de governo em alguns casos, v.g., art. 204, II –, mas apenas acentuar que é perante a municipalidade que a participação popular pode ser enxergada com maior destaque.

Nesse contexto, o art. 29, XII, da Constituição Federal dispõe que o município deverá contar com a cooperação das associações representativas no planejamento municipal. Para tanto, os conselhos gestores apareceram como instrumento adequado a tanto, sendo criados por lei, integrados mediante uma composição paritária entre governo e sociedade civil.

Ditos conselhos consubstanciam uma instância de passagem obrigatória no processo de apuramento das decisões políticas, tendendo a crescer em número porquanto algumas políticas públicas são estruturadas com um formato de um sistema nacional que envolve União, Estados e municípios (saúde, educação, assistência social, etc.). Nesta seara, o exercício local de determinadas competências administrativas⁷⁸, bem como o recebimento de recursos públicos pelos entes políticos menores⁷⁹, é muitas vezes condicionado ao pleno funcionamento de um conselho gestor local que trate da política pública em fomento pelo ente político maior.

Ainda no que tange à concertação envolvendo entes públicos, vale citar os contratos de programa previstos na lei consórcios públicos (lei nº. 11.107/05), os quais visam regular a conjugação de esforços de entidades públicas com vistas a prestar uma gestão associada de serviços públicos que lhes são demandas em comum. Nesse caso, destacam-se os consórcios intermunicipais firmados no âmbito das regiões metropolitanas e nas regiões integradas de desenvolvimento econômico (RIDEs), os quais normalmente possuem como instância deliberativa máxima os conselhos ou assembleias gerais.

78 Tome-se como exemplo a competência municipal para emitir licenças ambientais, a qual se encontra condicionada ao funcionamento de um conselho municipal do meio ambiente, nos termos do art. 20 da resolução nº. 237 do Conama: “Art. 20. Os entes federados, para exercerem suas competências licenciatórias, deverão ter implementados os Conselhos de Meio Ambiente, com caráter deliberativo e participação social e, ainda, possuir em seus quadros ou a sua disposição profissionais legalmente habilitados”.

79 GOMES, Eduardo Granha Magalhães. *Conselhos Gestores de Políticas Públicas: Democracia, Controle Social e Instituições*. 110p. Dissertação. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2003. p. 40.

4.2 A preferência por ajustes bilaterais frente à tradicional atuação unilateral

Na linha do pensamento alemão, em que os contratos são firmados em substituição aos atos administrativos tradicionais com vistas à constituição, à alteração ou a extinção de direitos, é possível encontrar disposições normativas que facultam semelhante atuação administrativa no direito brasileiro. Nesses casos, o ajuste bilateral pode surgir como negócio jurídico precedente ou substitutivo ao ato administrativo.

Como exemplo da primeira hipótese, tem-se, no setor regulatório, o chamado compromisso de interesse da coletividade, previsto no *caput* do art. 135 da lei geral de telecomunicações (lei n.º 9.472/97⁸⁰), que surgiu como um ajuste bilateral que pode preceder a expedição de autorização de serviço de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel. Na hipótese, a agência possui a faculdade de dar contornos de consensualidade ao objeto visado pelo particular, fundamentando-se em “razões de caráter coletivo”⁸¹, que estão limitadas à obediência dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade.

Por sua vez, a alternativa de utilização dos ajustes bilaterais em lugar da prática tradicional dos atos administrativos encontra no exercício do poder administrativo sancionatório o seu maior ponto de consolidação. Note-se que, embora não se observe no cotidiano da burocracia do Estado uma invocação nominal à figura da administração pública consensual, seus fundamentos são constantemente lembrados para respaldar a difusão dos chamados acordos substitutivos.

Nessa seara, a transação vem a ser o mecanismo de consensualidade mais relevante, oportunizando ao poder público e aos particulares, mediante concessões recíprocas, acordarem em “pôr a termo a controvérsia sobre determinada ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia”⁸². Lembrando a sua natureza contratual inequívoca, Orlando Gomes salienta que “embora a transação não se confunda com o distrato, que é o acordo puramente extintivo de obrigações contratuais

80 Art. 135: “A Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade”.

81 Art. 135, parágrafo único: “Os compromissos a que se refere o caput serão objeto de regulamentação, pela Agência, observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade”.

82 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 117.

tomadas na sua totalidade, visa a pôr termo a relações jurídicas. Nem por isso deixa de ser contrato”⁸³.

Como um dos instrumentos jurídicos capazes de dar forma às transações, o termo de ajustamento de conduta (TAC) é uma forma jurídica que ilustra bem a nova realidade da administração pública. Tendo como permissivo normativo geral o art. 5º, §6º, da lei nº. 7.347/85 (lei da ação civil pública), o TAC – que possui eficácia de título executivo extrajudicial – incorpora obrigações positivas e negativas para o administrado, deixando em suspenso um ato administrativo que poderia ser concretizado de plano. Assim, enquanto o particular estiver executando regularmente o objeto da transação, a administração pública fica impedida de adotar medidas unilaterais de império.

A título de antecedente histórico, antes de se generalizar com o TAC previsto na lei da ação civil pública, cujo rol de interesses protegidos é bastante amplo⁸⁴, a possibilidade de se firmar ajustes substitutivos teve como precedente mais antigo no direito brasileiro o termo de compromisso celebrado no setor do mercado de valores mobiliários, consoante norma prevista no art. 11, §5º, da lei nº. 6.385/76.

Por fim, deve-se ressaltar que as transações podem ocorrer não apenas entre particulares e entidades públicas, mas também entre os próprios organismos estatais, seguindo a mesma lógica daquilo que se aludiu como contratualização horizontal.

Com certa frequência, os órgãos e entidades da administração pública acabam se atritando, uma vez que a identificação do interesse público não é homogênea e, por conseguinte, as missões institucionais dos múltiplos organismos espelham essa variedade de valores protegidos juridicamente. O resultado disso pode ser muitas vezes uma anacrônica disputa judicial travada por entidades públicas, inclusive na mesma esfera de poder.

Em razão desse tipo de problema, foi criada, no âmbito da Advocacia-Geral da União, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, tendo como um dos seus objetivos conciliar os interesses divergentes dos órgãos e entidades da administração pública federal, e

83 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007. p.543.

84 De acordo com o artigo 1º da lei nº. 7.347/1985 são passíveis de proteção: o meio ambiente; o consumidor; bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; qualquer interesse difuso ou coletivo; a ordem econômica; a ordem urbanística; a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; e o patrimônio público e social.

entre estes e a administração pública dos Estados e do Distrito Federal. Na espécie, além de atuar na promoção da concertação prévia entre os organismos estatais, o órgão mediador também possui a finalidade de encerrar processos judiciais ou extrajudiciais por meio da conciliação dos envolvidos, convertendo ou prevenindo a aplicação de penalidades mediante acordos substitutivos.

5 CONCLUSÃO

O direito administrativo na era da administração pública consensual é um ramo jurídico que segue a esteira da democracia participativa, obedecendo a uma tendência universal que privilegia o estabelecimento de amplas negociações em detrimento do agir impositivo. Como resultado, o aprimoramento da governabilidade, a garantia de atenção a todos os interesses em jogo e a melhor aceitabilidade de decisões debatidas são benefícios inatos à maneira de governar pautada no consenso.

Nesse ambiente, diante de todas as potencialidades inerentes ao seu emprego como recurso ínsito ao consensualismo, o contrato deixa de ser mais um instrumento de conformação da liberdade individual aos interesses da administração para personificar a essência da boa administração pública⁸⁵. Em outras palavras, o contrato não representa apenas uma categoria jurídica, mas um novo estilo de gestão pública, colocando-se, a partir dos valores que exprime, “como símbolo e suporte de um novo e mais avançado modelo de relação entre autoridade e liberdade”⁸⁶.

Por seu turno, as arenas públicas são essenciais ao processo de apuramento das políticas promovidas pelo Estado, garantindo a participação da sociedade e operacionalizando a busca do consenso como forma de validar o pluralismo político. Nesse espaço, sociedade civil e entidades públicas aferem a repercussão de projetos, debatem o direcionamento dos recursos públicos e deliberam acerca dos caminhos a serem trilhados para o atendimento das mais diversas finalidades públicas. Os interesses, portanto, contratualizam-se na arena pública.

Por outra via, o gestor público deve pautar sua atuação no agir cooperativo, preferindo obter soluções provenientes da concordância com os administrados, de modo a reservar o uso da autoridade apenas

85 ESTORNINHO, op. cit., p. 63.

86 ROPPO, op. cit., p. 346.

para as situações em que a negociação se mostre incabível e que o apelo à imperatividade seja indispensável⁸⁷.

Em suma, ao se oferecer à negociação e à participação democrática, a administração ganha no processo de densificação do interesse público e retoma o verdadeiro sentido de pacto social. Consequentemente, o direito administrativo haverá de refletir um arcabouço jurídico capaz de dar vazão à necessidade de coordenar, de negociar e de conciliar os múltiplos interesses congregados constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1992.

AUBY, Jean-Bernard. La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif. *Actualité juridique: édition droit administratif*. Paris, v. 57, n. 11, p. 912-926, 2001.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, n. 7, out., 2001. www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf.

AVRITZER, Leonardo. *Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil*. Disponível em: <www.ces.uc.pt/emancipa/research/pt/ft/participacao.html>. Acesso em: 05 mar. 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BORGES, Alice Gonzalez. Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *Revista do advogado*, São Paulo, n. 107, p. 16-23, 2009.

87 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Criação e função social da empresa estatal. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 3.

CALVÃO, Felipa Urbano. Contratos sobre o exercício de poderes públicos. In: FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA. *Estudos de contratação pública*. n. 1, Coimbra: Coimbra, 2008. p. 327-370.

CASSESE, Sabino. Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 2, p. 389-394, 2000.

_____. Tendenze e problemi del diritto amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4, p. 901-912, 2004.

_____. A arena pública: novos paradigmas para o Estado. In: CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. Campinas: Saberes, 2010.

CHEVALLIER, Jacques. Les fondements idéologiques du droit administratif français. In: *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*. v. 2. Paris: PUF, p. 7, 1979. Disponível em: <www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/10/chevallier.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2014.

_____. La gouvernance, un nouveau paradigme étatique? *Revue française d'administration publique*, Paris, n. 105-106, p. 203-217, 2003. Disponível em: <<http://10.3917/rfap.105.0203>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

_____. A governança e o direito. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33300>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

CORDEIRO, António Menezes. *Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*. Coimbra: Almedina, 2007.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

_____. Fundações e associações públicas de direito privado. In: COSTA, José de Faria (org.). *Boletim da Faculdade de Direito: Os caminhos da privatização da Administração Pública*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 301-303.

COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]*, Porto Alegre, v. 27, p. 181-208, 2003.

CUMYN, Michelle, La contractualisation de l'action publique: contrat juridique ou contrat social? *Les Cahiers de droit, Faculté de droit de l'Université Laval, Québec*, v. 47, n. 4, p. 677-701, 2006. Disponível em: <<http://id.erudit.org/iderudit/043908ar>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

DENTE, Bruno. *Convivere com la governasse multilivello istruzioni per l'uso*. Disponível em: <http://recs.it/it/contributidegliesperti2012>. Acesso em: 05 mar. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 16, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39779>>. Acesso em: 17 ago. 2013.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

_____. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Direito europeu dos contratos públicos: um olhar português*. Coimbra: Almedina, 2006.

FERNÁNDES, António Teixeira. Poder local e democracia. *Revista da Faculdade de Letras: Sociologia*, Porto, v. 2, p. 29-59, 1992.

GAUDIN Jean-Pierre. La contractualisation des rapports entre l'État et les collectivités territoriales. In: *Annuaire des collectivités locales: réforme de la décentralisation, réforme de l'État*. t. 24. Paris: Litec, 2004. p. 215-234. Disponível em: <<http://10.3406/coloc.2004.1540>>. Acesso em: 09 mar. 2015.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos tribunais*, São Paulo, n. 747, p. 35-55, jan., 1998.

GOMES, Eduardo Granha Magalhães. *Conselhos Gestores de Políticas Públicas: Democracia, Controle Social e Instituições*. 110p. Dissertação. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2003.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HAURIOU, Maurice. *Principes de droit public*. 2. ed. Paris: Sirey, 1916.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York e London: W. M. Norton, 1999.

LEDDA, Franco. La partecipazione all'azione amministrativa. In: LEDDA, Franco. *Gli istituti della democrazia amministrativa*. Milano: Giuffrè, 1996.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do advogado*, São Paulo, n. 107, p. 74-82, 2009.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. São Paulo: Manole, 2006.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO, Antônio Moreira Barbosa de. A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público. In: FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA. *Estudos de contratação pública*, v. I, Coimbra: Coimbra, 2008. p. 4-21.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. *Teoria do contrato administrativo*. São Paulo: USP, 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 2. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OGUS, Anthony I. *Regulation: Legal Form and Economic Theory*. Oxford: Hart Publishing, 1994.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, n. 20, abr., 2005 Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=30036>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

- RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.
- RODRÍGUEZ, Américo Plá. *Estabilidad en el empleo, solución de conflictos de trabajo y concertación social: (perspectiva iberoamericana)*. Murcia: Universidad, 1989.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *La participación del ciudadano en la administración pública*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.
- SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: *Políticas públicas*. Brasília: ENAP, 2006.
- SCHWANKA, Cristiane; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 32, Abr., 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=53672>>. Acesso em: 11 mar. 2015.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Criação e função social da empresa estatal. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). *Direito Administrativo Empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- URUGUAI, Visconde do. Ensaio sobre o Direito Administrativo. In: CARVALHO, José Murilo de (Org.). *Visconde do Uruguai*. São Paulo: 34, 2002. p. 67-504.
- VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. *La hechura de las políticas*. México: Porrúa, 1992.
- WALDRON, Jeremy. Participation: the right of rights. In: WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- YERGIN, Daniel; STANISLAW, Joseph. *The Commanding heights: the battle for the world economy*. New York: Touchstone, 2002.