



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Interesse público e gestão pública consensual

Mirela Halfim Semeles

Rio de Janeiro
2014

MIRELA HALFIM SEMELES

Interesse público e gestão pública consensual

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

INTERESSE PÚBLICO E GESTÃO PÚBLICA CONSENSUAL

Mirela Halfim Semeles

Graduada em História pela PUC-RJ. Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduada em Direito do Estado pelo CEPED-UERJ. Pós-graduanda em Direito pela EMERJ. Advogada.

Resumo: A perspectiva histórica e a releitura do conceito de interesse público desmistificam a ideia da existência da sua supremacia *prima facie* sobre os interesses privados. A administração pública dialógica surge no intuito de perfazer uma gestão eficiente e que de fato atenda aos anseios sociais. Nesse contexto, os instrumentos consensuais, que sempre foram encarados como meios alternativos, passam a integrar cada vez mais as relações entre o poder público e a coletividade. A essência desse trabalho é compatibilizar a consensualidade com o princípio da indisponibilidade do interesse público, demonstrando que a melhor forma de definir o seu significado é a de aproximar o estado e a sociedade.

Palavras-chave: Interesse público. Consensualidade. Gestão pública.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de interesse público. 1.1. Evolução da ideia de supremacia. 1.2. Do princípio da prevalência ao princípio do interesse público. 2. Conceito de consensualidade. 3. Consensualidade e indisponibilidade do interesse público. 4. Instrumentos consensuais e identificação do interesse público. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Uma das grandes dificuldades do administrador público é definir o significado do conceito de interesse público. A doutrina moderna tende a desmistificar o dogma da existência da supremacia do

interesse público *prima facie*, concebida em uma época na qual cabia exclusivamente ao estado a sua definição. Este vem assumindo, gradativamente, um novo papel gerencial, na busca de uma gestão pública consensual e que de fato atenda às expectativas sociais.

O primeiro capítulo deste estudo se propõe a analisar o conceito de interesse público, indeterminado por natureza, sob uma perspectiva histórica, mostrando a evolução pela qual o termo vem passando. Um dos objetivos é o de demonstrar que se trata de conceito dinâmico, variável de acordo com os anseios sociais, impróprio considerá-lo como algo absoluto, estático e supremo. De uma visão que privilegia a supremacia incontestável do interesse público sobre o interesse particular, passa-se à busca, por meio da consensualidade, de aproximação cada vez maior com as aspirações da sociedade.

A segunda parte deste trabalho analisa o conceito e seus principais elementos. Os instrumentos de consensualidade sempre foram encarados como meios alternativos para a solução de conflitos, pouco utilizados pela administração na gestão pública. Nas últimas décadas, inúmeras leis estruturaram as audiências públicas, a consulta pública, a transação, a conciliação, a arbitragem, entre outros mecanismos de consensualidade, difundindo-os no intuito de se adotar novo método de gerir a coisa pública, ou seja, a chamada administração pública consensual. Espera-se que a existência desses instrumentos positivados induza que, progressivamente, deixem de constituir alternativa, passando à práxis do cotidiano da gestão pública.

No terceiro capítulo, demonstra-se que não há incompatibilidade entre a consensualidade e o princípio da indisponibilidade do interesse público, embora segmentos doutrinários ainda resistam à sua aplicação.

A parte final elenca os instrumentos de consensualidade que facilitam a identificação do interesse público por parte do administrador, em um contexto de gestão pública consensual. Destacam-se alguns exemplos práticos que assim o ilustram, na medida em que lhe incentivam a aplicação pela administração pública em sua relação com os administrados.

O presente estudo seguirá metodologia bibliográfica parcialmente exploratória e histórica, com o fim de reler o conceito de interesse público a partir da consensualidade, operacionalizada por inúmeros instrumentos positivados em normas jurídicas. A essência do trabalho é a de relacionar os mecanismos consensuais já consagrados em leis e na doutrina com o princípio da indisponibilidade do interesse público, demonstrando que a melhor forma de definir o seu significado é aproximando estado e sociedade, na configuração de um direito público pós-moderno.

1. CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

O direito administrativo nasceu e se desenvolveu com base em duas ideias opostas. De um lado, a proteção dos direitos individuais diante do estado, o que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do estado de direito. De outro, a necessidade de satisfação de interesses públicos que conduz à outorga de prerrogativas à administração pública, inclusive para limitar os direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo. O princípio do interesse público emerge desse contexto, que inclui tanto o momento de elaboração da lei, como o de sua execução em concreto pela autoridade administrativa. Significa dizer que inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação¹.

Interesse público traduz um conceito jurídico indeterminado, daí ser possível listar variados significados para a expressão: um conceito estritamente político, tal como uma diretiva político-administrativa a ser implementada; um poder discricionário, atribuindo margem de livre atuação e de apreciação ao administrador; ou, ao contrário, um poder estritamente vinculante da atuação administrativa. Essas posições, que não excluem outras, vêm sendo sustentadas por diversos autores e pelos tribunais superiores, por toda parte².

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Princípio da supremacia do interesse público*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 217.

² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 133.

Em síntese, o interesse público porta o dinamismo inerente à variação dos anseios sociais. Não deve ser encarado como estático e supremo *prima facie*. Ainda que não exista uma noção unívoca e homogênea, é possível extrair uma *certeza negativa* - o que não é interesse público - e uma *certeza positiva* - o que certamente constitui o interesse público. Na zona de certeza negativa, não se pode confundir interesse público com interesse da administração pública³. Interesse público e interesse da administração nem sempre coincidem. O conteúdo do interesse público concerne aos beneficiários da atividade administrativa e, não, aos entes que a exercem. A administração pública não é titular do interesse público, mas sua guardiã. Daí a doutrina administrativista clássica defender a sua indisponibilidade. Em síntese, se a administração não é dele titular, não pode dele dispor⁴.

Divide-se o interesse público em primário e secundário. O primeiro envolve a satisfação dos direitos fundamentais por meio de atividades administrativas voltadas à coletividade, tais como a prestação de serviços públicos, o exercício da função de polícia, a intervenção na ordem econômica e a promoção de atividades de fomento. O interesse secundário é o interesse próprio do estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, vale dizer, ligado ao interesse do erário, envolvendo atividades administrativas instrumentais necessárias para o atendimento do interesse primário, tais como as relativas ao orçamento, aos agentes públicos e ao patrimônio público. Nesse sentido, os interesses secundários do estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos⁵.

O que se percebe, desde logo, é que o conceito de interesse público não é único, nem deve ser definido previamente e de modo abstrato. Na maioria das vezes, a sua definição só poderá ser dada no caso concreto. Mesmo diante da dificuldade de se formular um conceito preciso acerca do interesse público, parte-se da premissa de que não há que se confundir o interesse público com o interesse da administração

³Ibid., p.134.

⁴DI PIETRO, op. cit., p. 212.

⁵BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p.161, 2005.

pública, sendo certo que o primeiro existe antes do estado, criado, justamente, para satisfazer às necessidades coletivas.

1.1. EVOLUÇÃO DA IDEIA DE SUPREMACIA

Tradicionalmente, a supremacia do interesse público sobre o privado é apontada como pilar do direito administrativo. O interesse público serve como fundamento para a própria existência do direito administrativo, como ramo autônomo das ciências jurídicas. Nas palavras de Héctor Jorge Escola, “*com todo lo expuesto, hemos podido demostrar que el verdadero fundamento del derecho administrativo es el interesse público, que es éste el que da sentido e comprensión a todas sus instituciones, y el que justifica y explica la singularidad de sus principios y sus soluciones*”⁶.

Em sede doutrinária, sempre se defendeu a ideia de verticalidade na relação entre administração e administrados, caracterizada pelo desequilíbrio de tais relações, sempre a favor do estado. A existência de um interesse público supremo justificava a atuação administrativa, orientada para a promoção do bem comum e não para a proteção de interesses privados. Na hipótese de conflito entre o direito do indivíduo e o interesse da coletividade – este identificado pelo estado –, haveria de prevalecer o segundo, uma vez que o objetivo primacial da administração era a promoção do bem comum.

Na proposta do estado democrático de direito, o conceito de interesse público e de sua supremacia é revisto, em busca de formulação mais compatível com a proteção dos direitos fundamentais e com o postulado da proporcionalidade, ambos consagrados na Constituição de 1988.

Relativiza-se a dicotomia entre o público e o privado e democratiza-se a defesa do interesse público, legitimado por procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação de interesses que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. Não mais se admitem dois ordenamentos distintos,

⁶Héctor Jorge Escola apud OLIVEIRA, op.cit., p. 133.

correspondentes ao direito público e ao direito privado, mas uma única e sistêmica ordem jurídica, fundada na Constituição, cujos princípios e valores devem informar a resolução casuística dos conflitos surgidos. O instrumento desse raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade, que permitirá uma atuação do poder público não mais pautada na supremacia do interesse público sobre o privado⁷.

1.2. DO PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA AO PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO

Ao princípio da prevalência do interesse público sempre foi atribuída importância capital na definição do regime jurídico-administrativo, a justificar prerrogativas reconhecidas à administração pública na qualidade de tutora dos interesses da coletividade. A atuação administrativa, fundamentada na supremacia do interesse público *prima facie*, justificava a imperatividade dos atos administrativos, a presunção de sua legitimidade, as manifestações de autotutela administrativa, a presença de cláusulas exorbitantes nas contratações administrativas, privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública em juízo, a competência do Estado para desapropriar, tais alguns exemplos de sua aplicação.

Nas últimas décadas, paradigmas do direito administrativo entram em crise, a desafiar a emergência de um novo modelo teórico. Basicamente, três paradigmas clássicos se encontram em xeque: (a) a legalidade estrita como vinculação absoluta à positividade da lei; (b) a intangibilidade do mérito administrativo, consistente na incontrolabilidade das escolhas discricionárias da administração pública; (c) o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

A crítica à noção clássica de supremacia do interesse público pondera sobre a sua impropriedade em face da instauração do estado democrático de direito, vocacionado à proteção dos direitos e garantias individuais. Argui-se a inconsistência do princípio diante da prevalência de uma sistemática constitucional cidadã, comprometida com a proteção de direitos individuais que se harmonizam com a realização das

⁷ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 189.

necessidades e aspirações da coletividade como um todo. O direito administrativo não tem mais como ser explicado a partir de um postulado de supremacia, mas de proporcionalidade, que preconiza a cedência recíproca entre interesses em conflito ⁸.

Não se nega a existência de um conceito de interesse público, mas, sim, a de sua supremacia a *priori*. As antigas prerrogativas da Administração não se sustentam mais à luz de uma regra de prevalência apriorística dos interesses da coletividade sobre os individuais. Não se nega, tampouco, a existência de um conceito de interesse público como um conjunto de interesses gerais, cuja satisfação compete ao estado. A preservação, na maior medida possível, dos interesses individuais passa a constituir porção do próprio interesse público. Incumbirá ao administrador público percorrer etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade, em sentido estrito, para encontrar o ponto arquimediano de justa ponderação entre interesses individuais e metas coletivas ⁹.

Não se cuida de desqualificar o princípio do interesse público, mas de estabelecer critérios para a sua legítima identificação. Assim, o interesse público não mais se confunde com o interesse do estado, tampouco com a conveniência da administração ou a vontade do agente público. Devem ser admitidas visões plurais sobre o conceito, a serem validadas a cada caso, vinculadamente aos princípios veiculados e valores garantidos pela Constituição. Não há, portanto, um interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração.

2. CONCEITO DE CONSENSUALIDADE

Consenso quer dizer acordo, concordância de opinião, convergência de interesses, harmonia. Por administração pública consensual entende-se aquela que pauta a sua atuação pela busca de consenso e harmonia com a sociedade, como alternativa às imposições unilaterais que marcaram o direito

⁸ BINENBOJM, op.cit., p. 170.

⁹ Ibid, p. 195.

administrativo no século passado. A consensualidade engloba, ainda, a conjugação de esforços, a elaboração em comum na realização de tarefas públicas, sentido que mais se aproxima de concerto, a ser desenvolvido nas próximas páginas.¹⁰

A ideia de consenso na administração pública muda o caráter autoritário e impositivo da atuação administrativa para uma atuação cooperativa e negocial. A consensualidade ganha espaço mediante acordos na esfera administrativa, a tornar a gestão mais célere, menos burocrática e, acima de tudo, mais eficiente.

Decisões tomadas por consenso para a consecução de finalidades públicas, seja por meio de processos de consultas e audiências públicas, seja pela adoção de contratos e demais atos bilaterais, tendem a ser menos desrespeitadas do que as impostas unilateralmente pelo estado. A razão deste respeito maior está no fato de a decisão haver decorrido de acordo no qual o administrado se manifesta no processo de tomada de decisão, evitando o chamado “efeito surpresa” e facilitando o cumprimento da decisão.

Em estado democrático de direito, a consensualidade induz o princípio da concertação nas relações de poder entre a sociedade e o estado. Implica não só valorização da figura do administrado nas relações envolvendo a gestão pública, como também reconhece que a democracia representativa se tornou insuficiente para uma sociedade ansiosa por participar diretamente da condução dos seus interesses.

O consenso também está diretamente ligado ao princípio da participação política. Estimula a expansão da consciência social e atende ao anseio por influir nas decisões de poder nas quais a sociedade se vê envolvida. A prática jurídica tem demonstrado que “inúmeros são os instrumentos de participação administrativa com vistas a legitimar as tomadas de decisões, a propiciar mais freios contra abusos, a proporcionar a decisão mais sábia e prudente, a aprimorar a governabilidade e a desenvolver a responsabilidade nas pessoas, tornando as normas mais aceitáveis e facilmente cumpridas”¹¹.

¹⁰ BAPTISTA, op.cit, p. 273.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.27.

A administração consensual privilegia a cooperação entre as partes na identificação de interesses comuns, possibilita o surgimento de acordo entre o poder público e os cidadãos, surge como “técnica de coordenação de ações e de interesses, prestigiando, simultaneamente, a autonomia da vontade e a parceria, que potencia a ação do estado e da sociedade”¹².

O ato administrativo, como principal manifestação da administração pública, divide seu espaço com o incremento da atividade contratual. Ainda que o contrato seja um instrumento de direito privado por excelência, a vasta gama de celebração de acordos, substituindo os tradicionais atos unilaterais, não significa a disponibilidade do interesse público. Ao revés, esses atos são, em regra, mais eficientes e menos sujeitos a transgressões, além de valorizarem igualmente a proteção do interesse público e a concretização dos direitos fundamentais.

A afirmação do constitucionalismo e do estado democrático de direito, bem como a busca de novos paradigmas balizadores da função administrativa, trazem a administração consensual como uma nova face da administração pública. Dentre esses novos paradigmas, destacam-se os acordos administrativos, a motivação dos atos administrativos, o controle da discricionariedade, a essencialidade do princípio constitucional da eficiência (art. 37 da CRFB).

No último quartel do século XX, novos institutos e práticas jurídicas se desenvolvem na esfera pública brasileira, fundamentais para o fortalecimento de uma administração pública gerencial, dialógica, descentralizada, menos burocrática.

A consensualidade ganha espaço a partir da relativização do princípio da legalidade no que toca ao administrador. Até então, era firme a concepção de que a administração pública somente poderia atuar nos estritos limites da lei em sentido formal, o que restringia a possibilidade da formalização de contratos atípicos e o uso de outros instrumentos com base no consenso. A chamada administração pública consensual é encarada, hoje, por grande parte da doutrina, como um método de gestão pública mais eficiente, com vistas a uma administração de resultados e à construção de uma sociedade participativa, na

¹² Ibid., p.26.

qual os cidadãos se tornam corresponsáveis pelas decisões políticas, em contraposição ao conceito clássico de sociedade representativa. Tanto que se consagra a ideia de que ao estado incumbe o dever de boa administração, em correspondência ao direito subjetivo de todo cidadão de exigí-lo.

3. CONSENSUALIDADE E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Celso Antônio Bandeira de Mello defende que a supremacia do interesse público é um dado imprescindível à atuação administrativa e verdadeiro axioma do direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, que deve prevalecer sobre o particular como condição, até mesmo, de sobrevivência e asseguramento deste último. Constituiria, portanto, pressuposto de uma ordem social estável, na qual todos e cada um se sintam garantidos e resguardados¹³.

Os conceitos de supremacia e de indisponibilidade do interesse público, assim aplicados, sempre conferiram uma posição de superioridade do estado nas relações em que atuasse, caracterizadas por verticalidade e hierarquia. O estado, revestido de autoridade e prerrogativas, se utilizava de meios unilaterais e impositivos para garantir a consecução do interesse público por ele próprio definido.

Com o estado democrático de direito e seus amparos constitucionais, a aplicação desses conceitos clássicos, bem como a complexa definição do que seria o interesse público, ocupa o centro do debate jurídico moderno. As ideias de supremacia e indisponibilidade, aptas a justificar a existência de prerrogativas a favor do estado, não mais condizem com os interesses sociais contemporâneos.

A nova ordem constitucional propõe caminhos consentâneos com os princípios a ela subjacentes. Em sistema cujo centro axiológico é a dignidade da pessoa humana, a premissa de um interesse público supremo, abstrato e indisponível, acima de todo e qualquer interesse particular, mostra-se insustentável.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

O dogma da supremacia de um interesse público *prima facie* não mais subsiste. A relativização do princípio esvazia de justificativa o favorecimento indiscriminado da atuação estatal. O interesse público permanece com diferentes contornos, todos conjugados com o menor sacrifício possível dos interesses privados envolvidos, na busca de soluções ponderadas que não deixem ao desamparo nem o interesse público, nem o privado.

Segue-se que a complementariedade de interesses substitui a oposição entre interesse público e privado. Ambos constituem bens igualmente protegidos no ordenamento jurídico pátrio e, na hipótese de conflito entre eles, a solução advirá da ponderação de valores. Não se trata de interesses inconciliáveis e excludentes, devendo ser encontrado o vértice, sempre que possível, na definição de um interesse público em consonância com os direitos sociais e individuais fundamentais.

A inexistência da dicotomia entre interesse público e privado aponta para novas práticas jurídicas. Se a expressão interesse público designa diversos interesses coletivos, sociais e individuais, não pode mais a administração determinar unilateralmente o seu significado. Este resultará de um processo dialético que garanta a expressão dos diversos interesses em jogo. Ou seja, se antes cabia ao estado o papel exclusivo de definir imperativamente o interesse público, nos dias atuais, diante da natureza das relações sociais estabelecidas, isso não se admite como conforme à ordem jurídica, no estado democrático de direito.

Por outro lado, os contratos e demais atos bilaterais entre o poder público e a coletividade haurem seu fundamento de validade na lei, assim como qualquer ato administrativo em sentido estrito. Há para toda forma de acordo a mesma noção de primazia legal conferida aos atos da administração pública em geral, o que delimita a utilização de mecanismos consensuais nas práticas jurídicas. O que demonstra que nem toda decisão pode ser tomada com base apenas no consenso.

O desafio do direito administrativo hodierno é o de prever e regular adequadamente a realização da função administrativa através do consenso, porém apenas nos casos em que não ponha em risco a

objetividade administrativa. Tornar possível a concretude da consensualidade, retirando-a do plano meramente discursivo, significa também a resistência à tentação do excesso de consensualidade¹⁴.

A consensualidade, conquanto relevante nas relações atuais entre estado e sociedade, não pode substituir, indistintamente, a atuação unilateral da administração. Eleva-se o consenso a modo preferencial de atuação em ramos como direito urbanístico ou econômico. Mas em outros, como o direito tributário, há pouco ou quase nenhum espaço para o consenso, sob o risco de violação dos princípios constitucionais da legalidade e da isonomia¹⁵. Ou seja, há áreas em que o interesse público não poderá ser definido por meio do consenso e há outras nas quais terá preferência.

Questão relevante sobre a aplicação da consensualidade na esfera pública é, portanto, a sua vinculação à legalidade. O art. 37 da CRFB/88, ao elencar os princípios da administração pública, explicita a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Havendo previsão expressa da legalidade e ausência de previsão da consensualidade, a doutrina jurídica se questiona quanto ao grau de vinculação da administração à lei, nos casos em que, diante dos fatos, opte-se por uma solução de base consensual.

As práticas contratuais, ou consensuais, não denotam uma atividade de direito privado da administração. O consenso, assim como o ato e o contrato administrativos, é modo de exercício da função administrativa que ocupa, cada vez mais, a arena jurídica. O aumento da atividade contratual da administração pública e a busca por parcerias na sociedade, com vistas à realização de tarefas públicas, não se contrapõe à indisponibilidade do interesse público. Mesmo abdicando da unilateralidade e da imperatividade, a Administração, ao manejar mecanismos de cooperação, não se despe da função de tutora do interesse público, nem renuncia às prerrogativas legais que lhe são deferidas.

O interesse público não se encontra disponível no mercado jurídico. Mesmo na busca do consenso, administração e administrados não se encontram em pé de igualdade nas relações que estabelecem.

¹⁴ BAPTISTA, op.cit, p. 269.

¹⁵ Ibid, p.270.

Subsiste, por exemplo, a possibilidade do exercício da autotutela administrativa, circunscrevendo a disciplina do interesse privado às hipóteses em que este for coincidente com interesse público. O estatuto dos acordos e contratos administrativos não é paritária – nem poderia ser, à vista dos argumentos supracitados –, devendo buscar no direito público o instrumental mais apto à sua regulação¹⁶.

Uma das premissas deste estudo é demonstrar a conciliação possível entre consenso, interesse público e eficiência. Desde as últimas décadas do século XX, a administração se deu conta da necessidade de negociar com os administrados e de buscar parcerias no desempenho das tarefas públicas, diante da impossibilidade fática de suportar sozinha os encargos e responsabilidades pertinentes ao atendimento às necessidades sociais mínimas, sem exclusão.

O modelo de estado marcado pelo viés autoritário, unilateral e imperativo cede às formas consensuais de ação, consideradas mais adequadas a uma sociedade complexa, formada por múltiplos interesses legítimos, nem sempre confluentes.

A consensualidade se apresenta como um instrumento capaz de aumentar a eficiência, a transparência e a estabilidade da função administrativa estatal. Por meio de uma gestão de resultados, o estado legitima a sua atuação na identificação e promoção do interesse público.

O direito público, tomando em conta as alterações sociais, políticas e econômicas contemporâneas, dispõe-se a novas propostas na relação entre o estado e a sociedade, com o aumento da política de contratualização na esfera pública e nas parcerias com o setor privado. Por meio do consenso, o que se pretende criar é a base para uma administração pública dialógica, a afastar a antiga gestão pública impositiva e monológica.

A mudança para um modelo alternativo a estruturas governamentais isoladas e rigidamente hierarquizadas, que a doutrina cunhou como “governança pública”, pressupõe governos mais eficazes, em um marco de economia globalizada, atuando não somente com a máxima capacidade de gestão, mas

¹⁶ Ibid, p.276.

respeitando as normas e valores da sociedade democrática¹⁷. Tais práticas, voltadas à transparência das ações estatais, têm por base o consenso e se revelam como o modo de atingir a estabilidade das instituições políticas e sociais, com o fortalecimento da relação entre o estado e a sociedade civil.

A organização política e administrativa passa a ser compreendida por meio de ótica nova, não sendo possível enquadrá-la numa organização concentrada, incomunicável, com rígida divisão de competências. Pode-se afirmar que as práticas consensuais contribuem para construção de um estado gerencial, descentralizado, compartilhado, cooperativo e de gestão integrada. O estado pós-moderno apresenta a mediação e o consenso entre suas principais características, com o emprego, em larga escala, de técnicas consensuais e negociais pelo poder público, com o fim de conferir eficácia aos canais de interlocução com os indivíduos e grupos sociais, com os quais institui e mantém vínculos robustos e duradouros entre o estado e a sociedade civil.

A função estatal de mediação alarga as bases de legitimação do exercício do poder, na medida em que inclui cidadãos no processo de definição e densificação do interesse público. A aplicação da antiga premissa da existência de um interesse público supremo *a priori* é questionada, assim como o monopólio do estado na sua identificação, que não resulta da interpretação monopolista do estado, podendo-se afirmar, em tempo, que as prerrogativas estatais cedem espaço para as novas sujeições constitucionais a que o estado, tanto quanto a sociedade, deve obediência.

4. INSTRUMENTOS CONSENSUAIS E IDENTIFICAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

A ordem jurídica brasileira se vem alinhando aos novos paradigmas de gestão pública. A Constituição de 1988 declara as bases da construção de um estado democrático de direito e nomeia

¹⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Governança pública e parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública*. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, ano 6, n. 23, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56088>>. Acesso em: 21/05/2014.

princípios que são normas jurídicas cogentes, a que devem obediência todos os órgãos do poder público e entidades da administração pública, direta e indireta. Na legislação infraconstitucional, inúmeras normas incorporam tais paradigmas e o compromisso com uma gestão de resultados passa a ser objetivo legitimamente aspirado.

Surtem diversos instrumentos consensuais com formas de expressão variadas. Entende-se por forma de expressão da administração consensual o modo pelo qual ela passa a atuar, com base em técnicas negociais, destacando os fenômenos da contratualização e da concertação administrativa, cujos principais institutos são os acordos administrativos, a conciliação, a transação, a arbitragem, os contratos de gestão e os termos de parcerias, entre tantos outros positivados em leis específicas.

A chamada concertação administrativa designa a técnica de administrar com base no consenso. A administração acorda ações com os particulares destinatários da ação, abdicando, assim, da postura exclusivamente impositiva e unilateral de atuar. Por meio da concertação, a administração não deixa de atuar unilateralmente por completo, mas busca, antes de emitir o seu juízo unilateral, obter o assentimento do maior número possível de sujeitos envolvidos¹⁸. As decisões são apuradas com a negociação e o debate, ou seja, com a participação ativa dos administrados.

A contratualização administrativa retrata relações administrativas baseadas na negociação e no diálogo, de que resulta a parceria estado-sociedade. A categoria jurídica do contrato, instrumento de direito privado por excelência, adquire novo e relevante emprego em âmbito público, evocando-se um estilo de gestão não mais fincado em princípios de autoridade e de unilateralidade, mas tendo por base decisões bilaterais e contratuais.

Dentre os instrumentos consensuais na execução administrativa, destaca-se o acordo, previsto em leis esparsas, tais como a da ação civil pública, que admite o termo de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.111.

da Lei nº 7.347/85); as leis de licitações e contratos (Lei nº 8.666, de 1993), nº 11.079/04 (parcerias público-privada), nº 11.107/05 (consórcios públicos), entre outras.

A Lei federal nº 9.637, de 1998 dispôs sobre a qualificação de entidades da administração como organizações sociais (OS) e os chamados contratos de gestão, veículos de parcerias entre essas entidades e o poder público para o fomento e a execução de atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação ambiental, à cultura e à saúde (art. 1º), típica manifestação da consensualidade na esfera pública.

A doutrina vem, impropriamente, chamando de contrato de gestão aquele previsto no § 8º, do art. 37, da CRFB. A Emenda Constitucional nº 19/98 introduziu o referido parágrafo, segundo o qual a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, cujo objetivo será o de fixar metas de desempenho para o órgão ou entidade pactuante. Trata-se, segundo a doutrina¹⁹, de modalidade de acordo interadministrativo, que não deve ser confundido com o instrumento de parceria entre as entidades denominadas OS e o poder estatal.

Na mesma linha, a Lei federal nº 9.790, de 1999, disciplinou o termo de parceria a ser firmado entre o poder público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes. Podem qualificar-se como OSCIP, as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos previstos na lei.

Tais objetivos se encontram no art. 3º da Lei nº 9.790/99, justificando a criação da entidade para promover a assistência social, a cultura, a defesa e a conservação do patrimônio histórico e do meio ambiente, a promoção gratuita da saúde e da educação, entre as demais finalidades previstas no dispositivo. O termo de parceria deverá discriminar direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias, observado, em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços no respectivo âmbito de atuação da OSCIP.

¹⁹ BAPTISTA, op.cit, p. 292.

A figura dos convênios, prevista no art. 116, da Lei nº 8.666/93, que regula as licitações e contratações na esfera pública, também faz parte do rol de formas pela qual a consensualidade se apresenta na execução administrativa. Dispõe sobre as formalidades que devem ser atendidas quando da celebração de convênios, acordos e ajustes pela administração pública.

O consenso também vigora na solução de conflitos. A transação administrativa, assim como a conciliação, são formas negociais de composição de litígios, consubstanciando-se por meio de acordos administrativos, nos quais ambas as partes envolvidas encerram o conflito mediante concessões recíprocas. Na conciliação administrativa, a solução advém de terceiro alheio ao fato, cuja missão é promover o entendimento entre as partes.

A arbitragem é outra forma de compor conflitos que ingressou no âmbito administrativo, encerrando antiga discussão doutrinária acerca da possibilidade da sua aplicação na esfera pública. Sobrevieram diversos diplomas legais que permitem o emprego de mecanismos privados de solução de conflitos, inclusive a arbitragem (art. 23-A da Lei nº 8.987/95; artigos 20, 27, § único, e 43, X, da Lei nº 9.478/97, entre outros). Sem contar com recente jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que admite a arbitragem em sede pública²⁰.

Apesar dos variados meios consensuais de composição de conflitos e de execução administrativa, repise-se que não se trata de uma negociação do interesse público em si, mas da busca, por meios consensuais, de atingi-lo com maior eficiência. Essa mudança insere-se num conceito mais amplo de realização de políticas públicas e de justiça.

Com isso, é possível configurar um *módulo consensual da administração pública*²¹. O conceito abrange o conjunto de ajustes negociais e pré-negociais, formais e informais, vinculantes ou não, tais como

²⁰ Brasil. TCU. Acórdão nº 2094/2009, julgado pelo Plenário. Relator José Jorge. Julgado em 09/09/09. Publicado no DOU em 11/09/09. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em 29/5/2014.

²¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino e SCHWANKA, Cristiane. *A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/anais_salvador.html>. Acesso em: 29/07/2014, p.141.

os protocolos de intenção, protocolos administrativos, os acordos administrativos, os contratos administrativos, os convênios, os consórcios, os contratos de gestão, as parcerias público-privadas, entre outros instrumentos consensuais cada vez mais empregados pela administração pública.

A consensualidade toma conta da prática administrativa, sendo adotada em diferentes esferas e com contornos distintos. Novos institutos consensuais passam a ser aplicados, refletindo a nova relação entre estado e sociedade.

Seja por meio do plebiscito, do referendo, da coleta de opinião, do debate público, da audiência pública, da consulta, ou, ainda, materializando-se nos inúmeros contratos de parceria e acordos administrativos, as práticas consensuais crescem em proporções geométricas e ocupam relevância na arena jurídica. Sem contar com as modalidades, já destacadas, em que a consensualidade se manifesta na composição de conflitos, por meio dos institutos da arbitragem, da transação, da conciliação, da mediação, dos ajustes de conduta e similares.

Essas práticas valorizam o diálogo, na premissa de que entre o poder público e o privado deve haver objetivos convergentes em prol do bem comum. Essa aproximação almeja, através de escolhas legítimas, atender com maior presteza aos anseios sociais. Como faz ver Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “escolha legitimatória, no estado democrático de direito, já não se cinge apenas à escolha dos governantes, mas amplia-se ao como queremos ser governados”.²²

A administração pública deixa de ser simples administração de estado e passa a abranger outras formas jurídico-orgânicas institucionais públicas e privadas, além de aumentar o espaço de novas formas de parceria público-privadas, seja pelo resgate da técnica concessória, seja com a nova leitura do contrato administrativo, agora denominado contrato público que, por sua vez, passa a ser o instrumento de atuação da administração pública em escala tendente a superar o ato administrativo²³.

²² MOREIRA NETO, op. cit., p.140.

²³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; RESTELATTO DOTTI, Marinês. *Gestão e Probidade na parceria entre o Estado, OS e OSCIP*: apontamentos sob a perspectiva dos princípios e normas regentes nas licitações e contratações administrativas. São Paulo: NDJ, 2009, p.90.

A organização político-administrativa se transforma e, com ela, muda também o papel do próprio estado. O estado social prestador passa, em um contexto de descentralização administrativa, a assumir a função de estado mediador, gerenciador, fomentador e garantidor da concretização efetiva dos direitos fundamentais e da promoção de políticas públicas. Nessa transição, a consensualidade surge como fio condutor para a construção de uma administração de resultado, transparente e eficiente tornando-se cada vez mais um princípio instrumental fundamental para o atendimento do interesse público.

CONCLUSÃO

O estado brasileiro, nos últimos anos, tem caminhado no sentido de adaptar-se à chamada pós-modernidade, que pretende o gerenciamento eficiente de suas atividades, à construção de uma sociedade participativa e exigente de seus direitos. A pluralidade e dinamismo social exigem respostas rápidas e de resultado, que não mais se compatibilizam com gestão pública centralizada e concentradora.

O estado, como estrutura organizacional qualificada, não se mostra apto a atender aos anseios da coletividade de forma isolada, daí a necessidade de agir em parcerias com o setor privado, em prol do atendimento eficaz do interesse público. Nasce a administração pública consensual, que valoriza princípios e novos paradigmas balizadores do exercício da função administrativa do estado.

Nas décadas seguintes à Segunda Grande Guerra (1939-1945), as categorias básicas do direito administrativo, em sua fórmula original, dentre elas a discricionariedade administrativa, as prerrogativas jurídicas da administração pública, a relação de submissão ao estado dos administrados, além da legalidade administrativa entendida como a vinculação estrita à lei, todas passam por uma releitura, com o fim de se ajustarem às mutações do seu tempo.

Tradicionais princípios administrativos, a exemplo da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da legalidade, são revisitados, com vistas à sua adaptação a esse modelo de gestão

pública, que, aos poucos, toma conta de boa parte do Ocidente, especialmente no último quartel do século XX. Com a instauração do estado democrático de direito e a superação do estado liberal, à legalidade em sentido estrito sucede a noção de juridicidade, apta a legitimar a atuação do administrador público.

A dicotomia entre o interesse público e o privado não mais se mostra suficiente para resumir a questão dos fins da administração pública, sendo mais adequado tratar a relação como de complementariedade. A crescente contratualização na gestão pública faz com que, pouco a pouco, o tradicional ato administrativo, unilateral e impositivo, ceda lugar a inúmeros acordos e parcerias entre entes públicos e entidades privadas, sem ofensa à indisponibilidade do interesse público.

O incremento dos meios de participação administrativa foi impulsionado pela conjugação de fatores, como a crise da democracia representativa, o déficit de legitimidade democrática e o novo papel do estado gerencial. Os indivíduos, cada vez mais conscientes, têm a necessidade de sustentar seus próprios interesses, pressionando o estado a respeitá-los, com o aperfeiçoamento de procedimentos administrativos decisórios.

O presente estudo pretendeu sumarizar o processo que leva de uma administração pública imperativa, verticalizada, burocrática e repleta de prerrogativas, para um novo método de gerir a coisa pública, com base no consenso, na colaboração, na eficiência e, principalmente, no diálogo entre o poder público e os destinatários de sua ação. A chamada administração consensual e a crescente contratualização administrativa retratam a substituição das relações baseadas na hierarquização, na unilateralidade, na subordinação dos administrados e na imperatividade, por relações fundadas no consenso, na coordenação, na negociação e na troca²⁴.

Não se avançou em análise profunda e sistemática de cada um dos instrumentos consensuais destacados. Pretendeu-se apenas demonstrar, através dos inúmeros matizes pelos quais a consensualidade se apresenta, tendência de a decisão administrativa resultar do consenso. Seja mediante contratos, acordos,

²⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Governança pública e parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública*. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, ano 6, n. 23, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56088>>. Acesso em: 21/05/2014.

termos de parceria, debates públicos, audiências públicas, plebiscitos, coletas de opinião, ou por qualquer outro meio que requeira a participação política da cidadania, as práticas consensuais se tornam peça fundamental na gestão pública contemporânea.

A introdução dos institutos consensuais indica a uma tendência juspolítica pela qual o direito público, em especial o direito administrativo, vem passando. As técnicas consensuais vêm sendo empregadas, muitas vezes, pelo administrador, como soluções preferenciais e não mera alternativa de atuação. No entanto, espaços de atuação pública se encontram ainda em aberto diante da novidade, clamando por enquadramento jurídico que estabeleça limites legítimos à sua expansão e coesão na sua aplicabilidade. Ao final, o que se pode concluir é que a consensualidade se estrutura como princípio norteador para o atendimento do interesse público, na busca de uma gestão pública eficiente e de resultados.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 31, p.161, 2005.

DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular. *Interesse Público*, ano 4, n. 13. Porto Alegre: Notadez, 2002, p.11-24.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Princípio da supremacia do interesse público*. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração consensual: audiência pública e sua finalidade. *Interesse Público*, ano 5, n.18. Porto Alegre: Notadez, 2003, p. 21-33.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRAGEM, Bruno. *A nova Administração Pública e o direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.48-64.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.129 -156.

_____. *Mutações de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MUSETTI GROTTI, Dinorá Adelaide. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 10, n.39. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Governança pública e parcerias do Estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública*. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, ano 6, n. 23, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56088>>. Acesso em: 21/05/2014.

_____; SCHWANKA, Cristiane. *A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/anais_salvador.html>. Acesso em: 29/07/2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; RESTELATTO DOTTI, Marinês. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

_____; _____. *Gestão e Proibição na parceria entre o Estado, OS e OSCIP*: apontamentos sob a perspectiva dos princípios e normas regentes nas licitações e contratações administrativas. São Paulo: NDJ, 2009.

_____; _____. *Convênios e outros instrumentos de “administração consensual” na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

QUEIROZ, Rafael Augusto Sofiati. Discricionariedade e interesse público. *In: Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.