



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O consensualismo nos contratos públicos: o excesso de formalismo como obstáculo na efetivação do interesse primário

Sarah Lopes de Araújo Freitas

Rio de Janeiro
2015

SARAH LOPES DE ARAÚJO FREITAS

O consensualismo nos contratos públicos: o excesso de formalismo como obstáculo na efetivação do interesse primário

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:

Artur Gomes

Guilherme Sandoval

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2015

O consensualismo nos contratos públicos: o excesso de formalismo como obstáculo na efetivação do interesse primário

Sarah Lopes de Araújo Freitas

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Pós- graduanda no Curso de Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: o presente trabalho destina-se a revelar a importância da aplicação de mecanismos de ponderação nos contratos envolvendo o Poder Público e os particulares. Para tanto, será feito um apanhado das regras que norteiam que as contratações públicas, juntamente com os benefícios acarretados pela inserção de novos mecanismos de composição de conflitos e negociação entre a Administração Pública e a sociedade. Outrossim, será defendida a incorporação de técnicas privadas de resolução de litígios e norteadoras dos contratos entre particulares, a servirem de base para a adoção da doutrina do consensualismo administrativo.

Palavras-Chave: Direito Administrativo Moderno. Consensualismo e Autoritarismo Estatal nos Contratos Públicos. Privatização das técnicas de resolução de conflitos. Interesse Primário.

Sumário: Introdução. 1. Base Princípiológica do Direito Administrativo. 2. Consensualismo na Administração Pública. 3. Consensualismo no Contrato Administrativo. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O presente estudo possui conteúdo visionário, ou seja, revendo o passado para propor avanços viáveis para o futuro da Administração Pública. Assim é que o trabalho sugere enfoque na temática do direito negocial como método de contratação pública, aproximando esferas e diminuindo falhas legislativas, que, ao longo do tempo, tornaram-se letras mortas. Observa-se, a necessidade de nova emenda à Constituição como ponta pé para reformas legislativas, que irão consagrar o direito administrativo brasileiro como mais um braço da democracia.

O que se pugnará é pela aproximação entre os polos na contratação, bem como a adoção de técnicas privadas nas soluções de litígios, que levem a Administração Pública a enveredar até seus últimos esforços para prestação dos serviços públicos. É mister seja considerada a proposta de uma emenda constitucional ao caput do art. 37, CRFB/88, com vistas a acrescentar a esse um novo princípio: consensualismo.

Defenda-se, por oportuno, que tal não confronta com o princípio da legalidade, visto que esse se extrai de fonte primária do Direito, qual seja, a lei, cuja criação tem processo

autônomo e cuja aplicação é casuística. Igualmente importante, é que a transformação da teoria do consensualismo em princípio não faz referência a uma liberalidade nas contratações públicas, como seria um caso de autorização ou permissão de serviço público, mas à utilização de parâmetros traçados pelo legislador que deem margem a maior publicidade e celeridade nas contratações públicas.

A ideia é reforçada com a introdução do §3º ao artigo 37 da Constituição pela Emenda Constitucional 19/98 que prevê lei que discipline as formas de participação do usuário na administração direta e indireta. Inerente também ao conceito de Estado Democrático é a ideia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública, no processo político, econômico, social e cultural; essa ideia está incorporada na Constituição não só pela introdução da fórmula do Estado Democrático de Direito- permitindo falar em democracia participativa.

A interdisciplinaridade como forma de efetivação do interesse público, sem perder de vista as prerrogativas inerentes ao direito administrativo, demonstraria evolução jurídica. A resolução de conflitos por mecanismos privados, além da participação do cidadão, via audiências públicas, antes da Administração tomar sua decisão reduziria as impugnações aos contratos firmados, visto que oficializados com o timbre da sociedade.

1.BASE PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O regime jurídico do Direito Administrativo estabelece para a Administração um conjunto de prerrogativas especiais sobre os particulares, com vistas a proporcionar o atendimento do interesse público, simultaneamente a um leque de sujeições, a fim de que o exercício destas prerrogativas não seja arbitrário ante a segurança jurídica. Tanto essas prerrogativas quanto as sujeições são expressa sob a forma de “princípios da Administração Pública”.¹

Foi partindo da premissa supra que o legislador constituinte confeccionou a redação do art. 37, caput, CRFB/88, mesclando princípios de ordem subjetiva e objetiva, que norteariam a atuação da Administração Pública em todas as esferas (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Tais consideram-se os princípios gerais do Direito Administrativo, a dizer, aplicados indistintamente a todos os ramos desta espécie de direito público. Diferente, noutro giro, são os ditos princípios setoriais, os quais pontuados em

¹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.54.

legislações específicas, dependendo do instituto do ramo do direito administrativo que visam tutelar.

Adotando-se a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho² tem-se que princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Ilustram cânones pré-normativos, norteados a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas.

Neste sentido, há de se observar que nem todos os princípios constitucionais do Direito Administrativo estão explícitos no art. 37, caput, CRFB/88, como o constante no art. 70 da mesma Carta Magna, sobre a economicidade. Vê-se, pois, que há princípios administrativos explícitos e implícitos, constitucionais e infraconstitucionais, o que demonstra a intenção dos legisladores em cercar a atuação por parte do administrador público.

Tome-se, como exemplo, a cristalização feita pela Emenda Constitucional 19/98, responsável por inserir o princípio da eficiência, no caput do art. 37, como último corolário principiológico do artigo que inaugura o capítulo VII, Seção I, da Carta Magna. Mister apontar que o acréscimo no artigo retro se deu em um cenário pontual, leia-se, final da década de 90, no qual vigorava séria instabilidade econômico-financeira em meio a escândalos e suspeitas de favorecimento e de superfaturamento por parte de algumas empresas em obras do governo federal na era pós Collor.

Esse contexto impulsionou a que os parlamentares tomassem uma posição de imprimir segurança jurídica tanto na modificação do texto constitucional, quanto na criação das legislações administrativas da época, como o Estatuto das Licitações, Lei. nº 8666/93. Desse modo, a rigidez legislativa e a positivação do princípio da eficiência fariam, ao pensamento dos legisladores à época, com que os agentes públicos pautassem suas decisões dentro da lei, e baseado na obtenção de resultados eficazes.

Contudo, pelo avanço da doutrina sobre o tema, é verificado que o elenco dos cinco vértices constantes no art. 37 não mais é suficiente nortear qualquer atuação da Administração, visto que a própria jurisprudência quando da solução de casos concretos se socorre a princípios não positivados em lei.

Outrossim, a experiência foi mostrando que quanto mais rigorosa a lei e a proibição de determinados procedimentos fora da realidade, o mercado vai sempre encontrar subterfúgios e meios ilícitos para contornar a situação. O art. 37, caput, da Constituição acabou por refletir normas em branco, cuja criação foi mais doutrinária, do que aplicada na prática pelos

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013, p.18.

administradores e contratantes privados. Inobstante a extensão de princípios criados por lei, doutrina ou jurisprudência, fato é, como se verá mais adiante, que ao longo do tempo foram diversas percepções, por meio das quais viu-se que a Administração Pública pecou em atender aos seus princípios norteadores, como o da eficiência, vez que falha na falta de transparência, na morosidade das contratações públicas e, principalmente, na ausência de negociação com os particulares.

Em que pese as críticas acima tecidas aos princípios gerais da Administração Pública, eles não podem ser ignorados pela introdução do presente trabalho, vez que será a partir destes que se construirá a tese de inserção do consensualismo como sexto postulado ao lado dos demais do art. 37.

Assim sendo, é possível partir do ponto em que se entende que o Direito Administrativo, como espécie do ramo direito público, constrói suas bases a partir de dois princípios chaves: legalidade e supremacia do interesse público. Serão estes as raízes para os demais, bem como em suas relações com o particular.

A Lei 9.784/99 foi mestra em destrinchar o rol do art. 37 para incluir no seu art. 2º, caput, e parágrafo único os princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público.³ Pelo contido nesta lei conclui-se que, ainda que editada para servir em âmbito federal, seu conteúdo abrange normas gerais da atividade administrativa não só da União, mas também dos Estados e Municípios.

É do contexto supra que surgirá a tendência à transformação do consensualismo como subjetividade doutrinária para preceito normativo, a ser, *a posteriori*, inserido no caput do art. 37 CRFB/88. De fato, o número de princípios administrativos é incontável, porém não se pode olvidar que todos os infraconstitucionais buscam respaldo no positivado em Carta Magna, sendo meros desdobramentos dos já existentes, por exemplo, os princípios da boa fé e da proteção da confiança nada mais são do que crias do princípio da moralidade administrativa.

Em detrimento de uma análise aprofundada de cada princípio em espécie, opta-se pela pontuação daqueles que estão intimamente ligados à defesa do consensualismo como novo mecanismo de atuação administração. Em leitura majoritária da doutrina, que a Administração Pública é refém dos seus próprios poderes, pois eles não podem ficar latentes, ao contrario, ela detém mãos um dito “poder-dever” de atuar conforme esteja diante de situação pré-

³ BRASIL. Lei 9.784/99, de 29 de Janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso: 18/03/2015.

disposta em lei, que determina sua atividade. A inércia do agente administrativo, seja em função originária ou delegada, porém, sempre em função do poder público, é causa de omissão punível na seara disciplinar da hierarquia administrativa, vista negligência no exercício da função pública.

No entanto, é possível verificar, dentro da jurisprudência brasileira, a mitigação da imposição absoluta da indisponibilidade nas normas cogentes de direito público, corolário da supremacia da Administração Pública, no qual acima do legislador público está o interesse primário, cuja consecução deve sobrepor-se até mesmo à própria Administração. Veja-se o exemplo proferido em julgamento do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.⁴

Melhor detalhando, a ideia acima defendida, e com vistas a apagar qualquer dúvida sobre a questão, não se está, no presente trabalho, defendendo a ideia de uma derrogação completa das normas de direito público e raízes principiológicas do Direito Administrativo, porém a ilustração supra serve para refletir a ideia de uma flexibilização necessária na atuação do Direito Administrativo. Se da análise casuística fica demonstrada que pode ser deixado de lado o rigor da legislação específica para se efetivar o interesse primário por meio de um consensualismo, então, que prevaleça a segunda hipótese.

É pensando nisso que impende demonstrar a praticidade efetiva do consensualismo como método viável de solução de controvérsias. Veja-se, que o princípio da eficiência foi inserido no rol do caput do art. 37 da CRFB/88 no contexto do neoliberalismo, no fim da década de 90, o Brasil passava por um duro processo de engessamento legislativo, com vistas a conferir maior segurança à população que acabava de sair de uma das maiores crises financeiras da história brasileira. Por conta disso, o Congresso Nacional sentia-se compelido a imprimir maior segurança jurídica ao setor comercial e contratual público, ante a necessidade imperiosa de retomar os investimentos para reerguer o país.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 253885/MG. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+253885.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+253885.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a2no9of>. Acesso em: 10 nov.2014.

Assim, nasceu o quinto princípio administrativo: eficiência. No entanto, assim como foi dificultoso o contexto de seu surgimento, igualmente se mostra árduo a sua definição, pois ser eficiente pode tanto significar atuar dentro da lei, como também se utilizar dos meios necessários, até infra legais, para consecução da finalidade primária. Essa dubiedade pode ser explicitada no seguinte trecho:

[...] O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.⁵

Em razão do todo o raciocínio já esposado, é certo que, em que pese realizada uma análise crua da extensa gama de princípios administrativos existentes no ordenamento jurídico, é possível verificar que da teoria se distancia a prática, e, por suas definições demasiado abstratas, não raro se faz difícil sua aplicação.

2. CONSENSUALISMO NOS CONTRATOS

O consensualismo, cuja ótica se passará a aprofundar neste tópico, possui raízes da mente de juristas renomados e talvez até progressistas frente à realidade jurídica-brasileira que necessita de segurança jurídica. Imperioso se faz, antes de elaborar o conceito de consensualismo, que seja definido outro instituto a ele conectado, qual seja: discricionariedade. A discricionariedade refere-se à uma facultativa, ao afastamento das balizas legais para colocar nas mãos do administrador público a gerência de determinado ato, de acordo com seus elementos e a meta a ser atingida. É, em suma, quando a lei deixa à Administração a possibilidade de, no caso, concreto, escolher entre duas ou mais alternativas, todas válidas perante o direito. E essa escolha se faz segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, razoabilidade, interesse público, sintetizados no que se convencionou chamar de mérito do ato administrativo.⁶

Com efeito, observa-se que a regra, a teor do disposto na rigidez do direito administrativo, é de que vigora neste ramo uma doutrina vinculada positiva, segundo a qual,

⁵ *ibid.* p.,84.

⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 13/04/2015.

somente será lícito e legítimo aquilo autorizado por lei, ao passo que ao particular é regido por uma doutrina vinculada negativa, pela qual poderá fazer tudo que a lei não vede (art. 5º, II, CRFB/88).

Ato contínuo, é de se observar que intimamente ligada à discricionariedade, está o elemento da democracia, pilar defendido pela Carta Magna de 1988, em seu preambulo e art. 1º, além de implicitamente ao longo de todo o texto constitucional. Fala-se, nas palavras de Manuel Castells⁷, em democracia substancial, aquela para além das formalidades do processo legislativo, mas engajada na eficiência do ato que irá repercutir na questão social. É a participação do povo, dos cidadãos, da coletividade máxima que irá sofrer com os efeitos colaterais dos contratos firmados pela Administração Pública.

É nesse espírito que o emérito docente Diogo de Figueiredo Moreira Neto arremata:

Assim, não mais bastando o consenso na escolha de pessoas pelo voto formal, trata-se de buscar um consenso mais amplo sobre a escolha de políticas públicas através de outras formas institucionais que possam disciplinar com fidelidade e segurança o processo de formação da vontade participativa, ou seja, a crescente importância da processualidade adequada como instrumento democrático.⁸

Dentro desse panorama, surge o cerne da ideia, neste artigo, defendida sobre o consenso como modalidade de justiça social nos atos emanados pelo poder público. Dentre os opositores desse pensamento fresco estão aqueles que julgam perigoso imprimir um equilíbrio na dinâmica das relações da administração com os particulares, porquanto não se teria limites do que seria permitido e do que constituiria exagero. A segurança jurídica, tão essencial num Estado Democrático de Direito, estaria na berlinda de ser sobrestada em prol de um alegado bem maior, que autorizaria a ultrapassagem de rigores legais em benefício de maiores lucros, políticas públicas e, até avanços tecnológicos.

Realmente, não há que se deixar olvidar que tais argumentos são densos, e, de veras, preocupantes. O consensualismo, como qualquer outra tese, é arriscado, pois além de se estar lidando com erário, envolvem-se aspectos sociais e boa fé entre os negociantes, fatores que nem sempre estão ao alcance de controle pelo legislador. E mais, os atributos da veracidade e legitimidade intrínsecos aos contratos administrativos *per si* estariam sob risco, eis mitigado o

⁷ MANUEL CASTELLS. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura, trilogia, tradução em português pela Editora Paz e Terra*, S. Paulo, 1999, p.130.

⁸ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 13 de Abril de 2015.

teor unilateral, para dar vazão ao consensualismo, cuja implementação aproximaria mais o público do privado

Entretanto, a despeito das correntes contrárias, há que se atentar para o contexto hodierno, bem diferente daquele final da década de 90, em que o país tentava consolidar-se como economia de mercado, após crime econômico-financeira nacional, inclusive, após o recentíssimo surgimento da Constituição moderna, novo marco de uma era pós ditadura. O Brasil, como reconhecido atrativo comercial e financeiro, necessita para sua sobrevivência, que sejam aparadas áreas, nas quais o investimento privado é complementar, senão necessário. Embora em processo de catalisação desde o início dos anos 2000, a República Federativa do Brasil não se pode autoproclamar suficiente de nenhum ponto de vista, de modo que a adesão a contratos administrativos para incremento em todos os seus setores é requisitos indispensável na sua consolidação no mercado mundial.

Conclui-se a presente parte dizendo que, é inegável que a renovada preocupação com o consenso, como forma alternativa de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).⁹

3. CONSENSUALISMO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Inicia-se o presente item com importante reflexão do jurista e escritor Floriano de Azevedo Marques Neto, o qual apresenta a visão centralizada das contratações públicas:

[...]A teoria do contrato administrativo no Brasil não refutou a tese de que a Administração poderia igualar-se ao privado na relação obrigacional. Ao contrário, tomou por pressuposto que a participação da Administração numa relação contratual não lhe retiraria a posição sobranceira, superior, assimétrica. Sendo a Administração, por definição, tutora do interesse público, não poderia ela igualar-se ao privado. Disso decorreria: a) a ausência

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 de Junho de 2015.

de igualdade entre as partes; e b) as prerrogativas de intervenção unilateral nas condições pactuadas (subjacentes às cláusulas exorbitantes).¹⁰

Partindo-se da premissa que o poder público está concentrado nas mãos da Administração, por disposição constitucional, e somente ela, dele pode dispor, haja vista que próprio do Estado, tal fato não exclui a habilidade da sociedade em organizar-se, individual ou coletivamente, para adentrar nos negócios que envolvem o interesse dos particulares. O principal motor dessa mobilização é a crítica quanto ao autoritarismo da Administração Pública, que exige em se colocar, constantemente, em posição de superioridade, tanto normativa, quanto atuante. Exemplo claro disso são as prerrogativas de modificação e rescisão unilateral dos contratos administrativos firmados sob o crivo da Lei 8.666/93.

Em um constitucionalismo moderno, pós ditadura e assinatura de diversos tratados e convenções internacionais, com vistas à maximização dos direitos humanos, assim como a visão do indivíduo como sujeito de deveres e detentor de garantias frente ao Estado, preza-se, na atual Constituição, pelos direitos individuais. Com efeito, tem-se que o número constante de tarefas do Estado e a mudança da própria mentalidade do constituinte brasileiro são fatores motivacionais do abrandamento da superioridade e chegada do consensualismo.

A ideia supra é corroborada pela inserção do §3º no art. 37 do Texto Maior, através da EC 19/98, que prevê a participação do usuário na administração direta e indireta. Junto a isso veio a ideia da chamada “administração privada dos interesses públicos” e “processualização do direito administrativo”, das quais descende o fenômeno do “tudo contratual”, fenômeno este do pós modernismo, que reflexe a intensa procura pelos contratos, porém com incidência de manifestações e mecanismos próprios do direito privado.

Perceba-se que daí o salto evolutivo do contratualismo na Administração Pública foi imenso, como por meio dos contratos administrativos de parceria e os acordos administrativos de coordenação, a título de ilustrações de execução associada do interesse público. Em termos legislativos, a Lei 8.987/95, concessões e permissões, acresceu, com a Lei 11.196/05, em novos critérios de julgamento, inversão das fases na escolha da melhor proposta (art. 18-A)¹¹, em caráter facultativo do presidente da banca, e, mais importante, a previsão de arbitragem na resolução de eventuais litígios (art.23-A)¹². Já a Lei 11.079/04, instituidora da Parceria

¹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratos com o Poder Público. *Revista do Advogado*. Associação dos Advogados de São Paulo, 2009, nº107, p. 4.

¹¹ Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que (...). Brasil. Lei 8.987/95, de 13 de Fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm. Acesso em: 13 de Abril de 2015.

¹² Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua

Público-Privada, cujo denominado grita por si só a simbiose entre os ramos do direito, previu o saneamento de falhas, correção de insuficiências/irregularidades durante o julgamento, inversão de fases facultativamente, e adoção de mecanismos privados de solução de conflitos.

Não é errado afirmar que as espécies contratuais de parceria tendem a se multiplicar no Direito Administrativo brasileiro e isso em razão da extrema diversidade de situações encontradas na área econômica, bem como já acima dito, da consolidação do país no mercado mundial, como atrativo mercantil. Mais recentemente, houve a promulgação da Lei 12.462/11, regulamentada pelo Decreto 7.581/11, a qual estabeleceu o Regime Diferenciado de Contratações, no qual desponta, como principal mostra do surgimento do consensualismo, a possibilidade de negociação, após concluído o julgamento definitivo da melhor proposta, da Administração para com o vencedor.¹³

Como se pode notar, caminha-se para o novo estágio de arranjos contratuais criativos e inovadores, o que demanda por novas formas de relacionamento contratual, como é o caso do Regime Diferenciado de Contratações, cuja criação, *a priori*, foi para competições esportivas e de caráter temporários, porém já estendeu sua utilização para ações integradas ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), obras e engenharia do ensino público e no Sistema Único de Saúde. Certo deve estar que essas tendências estão longe de demonstrar a superação da doutrina do contrato administrativo tradicional. Elas, porém, ilustram o fato de que, no âmbito da Administração Pública em geral e dos contratos administrativos em particular, é possível vislumbrar um deslocamento do eixo da autoridade para a consensualidade.¹⁴

Posta assim a questão, é de se verificar que o crescimento do número de contratações firmadas pelo Poder Público, bem como na sua interferência, em parceria ou não, nos negócios jurídicos que envolvem o crivo da Administração ou mesmo sua cooperação (ex: contrato de gestão) acarretam o aumento dos processos judiciais envolvendo as partes ou terceiros. Diante disso, inobstante a instauração do devido processo administrativo, raramente

portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasil. Lei 8.987/95, de 13 de Fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 12 de Maio de 2015.

¹³Art. 26. Definido o resultado do julgamento, a administração pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado. Parágrafo único. A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado por sua proposta permanecer acima do orçamento estimado. Brasil. Lei 12.462/2011, de 4 de Agosto de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm. Acesso em: 13 de Abril de 2015.

¹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratos com o Poder Público. *Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo*, 2009, nº107, p. 8

a controvérsia toma fim na decisão irrecurável da Administração, o que direciona o problema para os braços do Judiciário, por direito subjetivo de acesso a ele.¹⁵

Segundo a visão tradicional-dominante seria inviável utilizar-se de técnicas extrajudiciais na solução de conflitos, pois o objeto central da lide seria o interesse público, indisponível por si só. Permitir que se acordassem ou transacionassem questões envolvendo o interesse primário da coletividade seria o mesmo que esvaziar o motivo da obediência dos particulares às leis e aos governantes, pois o liame que os diferencia é justamente a exteriorização de uma vontade maior que a dos cidadãos, no seu individual.

Nesse sentido, ratifica-se, por inteiro, o pensamento de que diferentemente do que se possa parecer, não se está defendendo uma aniquilação da Administração Pública, tampouco do Direito Administrativo, como espécie do direito público, dotado de prerrogativas e garantias inerentes ao exercício estatal. Muito menos, a extinção das prerrogativas processuais que a Fazenda Pública, quando em juízo, faz jus. Por certo e que fique cristalizado é que se levanta a bandeira de jamais propor a negociação do interesse público, mas tão somente a forma como a qual aquele é trabalhado, de modo a atingir por completo o princípio da eficiência.

É que coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo. Esse interesse último, em dirimir conflito, e retomar a normalidade das relações sujeitas à disciplina administrativa, é indubitavelmente de maior importância, tanto na esfera social como na econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que, em princípio, deveriam ser unilateralmente aplicados pelo Poder Público.¹⁶

Assim sendo, prescreve-se o emprego dos instrumentos de composição extrajudicial de conflitos, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e os ajustamentos de conduta. Isso tudo, claro, sem perder de vista o direito público subjetivo ao devido processo administrativo e legal, quando o caso assim o requerer.

Por derradeiro, nota-se com o amparo do consensualismo, o que autores alienígenas, como Maria João Estorninho¹⁷, convencionaram chamar de “Fuga para o Direito Privado”,

¹⁵ Art.5º: XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 13 de Abril de 2015.

¹⁶ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 13 de Abril de 2015.

¹⁷ ESTORNINHO, Maria João. *Fuga para o Direito Privado*. Lisboa: Almedina, 2009, p.100.

pela qual estar-se-ia empenhado em introduzir na Administração Pública, os valores da competitividade e liberdade de escolha na contratação com pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Diga-se à exaustão que não será, nunca, possível essa fuga completa para o direito privado, eis que imperiosa a hierarquia, ainda que num regime democrático. A República brasileira é regida pela democracia, por escolha do próprio povo, o que induz a presença de governantes e governados, logo, a autoridade do Estado para com aqueles que rege. A absoluta isonomia importaria numa indesejada transição ao regime de anarquia, o que significaria imediato retrocesso aos valores há muito conquistados. Logo, ainda que recorridas às normas de direito privado para diversificação dos pleitos públicos, as normas originariamente públicas possuem mais consistência, derogando parcialmente aquelas.

Portanto, um Estado que já alavancou grandes passos na conquistas de direitos e garantias individuais, demonstra possuir um constituinte derivado flexível, condizente com a mutação socioeconômica do país, não pode se fechar à interação aberta com a sociedade, que é, para quem trabalha ao final. O estreitamento de relações, por intermédio do consensualismo, apenas favoreceria maior transparência e maximização dos pontos colimados nos contratos, pois o gigantismo estatal somente se elevaria quando cabalmente necessário.

Em suma: a coerção estatal, nos contratualismo, deve assemelhar-se à soberania, latente. Somente se atingirá a realização plena das políticas públicas se público e privado caminharem lado a lado, porém sempre com a visão no freio.

CONCLUSÃO

Em conclusão, infere-se que toda a análise tecida sobre o sistema administrativo estatal ser intensamente permeado pela burocracia e formalidade excessivas. De fato, os paradigmas estão mudando e novas legislações estão surgindo para se amoldarem às tendências atuais. Realmente, à época em que editada a maioria das espécies legislativas fora com objetivo maior de imprimir segurança a um ramo do direito público que emergia na Constituição, sendo a máxima efetivação do interesse público ficaria em segundo plano.

Com vistas a não reprisar o já ocorrido, importa reconhecer que a máquina estatal serviente de outrora está em desuso e tornando-se, cada vez, ineficiente às demandas socioeconômicas que brotam. Antes que a insatisfação popular e política chegue a tal cúmulo que sejam as leis banalizadas por não incapacidade de adequação formal às situações concretas.

O modelo defendido no presente artigo e pela doutrina retrocitada promove um novo arranjo entre o Poder Público e a sociedade no tocante aos contratos firmados entre ambos, de modo a potencializar investimento, intensificar o mercado, fortalecer os empreendimentos, e movimentar a máquina financeira dos dois lados. Em adendo a isso, colima-se um arranjo institucional de maior interação entre as partes, maior poder de voz e voto do particular submisso ante a soberania permanente, porém latente, estatal. Reforça-se a proposta de uma Administração Pública mais pensante e menos seguidora do texto legal, mais atuante em prol da outra parte, sem olvidar-se do interesse maior.

Nesse novo paradigma, o qual cresce e avança, requer-se que a regra primária não seja o bem de um, mas o bem comum.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. Lei 9.784/99, de 29 de Janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso: 18 de março de 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 13 de Abril de 2015.

_____. Lei 12.462/2011, de 4 de Agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em: 13 de Abril de 2015.

_____. Lei 8.987/95, de 13 de Fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 12 de Maio de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+253885.NUME.%29+OU+%28RE.ACM.S.+ADJ2+253885.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a2no9of>>. Acesso em: 10 nov.2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

ESTORNINHO, Maria João. *Fuga para o Direito Privado*. Lisboa: Almedina, 2009.

MANUEL CASTELLS. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*, trilogia, tradução em português pela Editora Paz e Terra, S. Paulo, 1999.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratos com o Poder Público. *Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo*, 2009, nº107.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 13 de Abril de 2015.

_____. *Mutações do Direito Administrativo: Novas Considerações (avaliação e controle das transformações)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 de Junho de 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionarietà Técnica e Discricionarietà Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 13/04/2015.