

A gestão pública e as técnicas de administração consensual: notas sobre a sua implantação no estado brasileiro*

Mirela Halfim Semeles

Palavras-chave: Administração Pública Consensual. Gestão pública. Técnicas de administração. Estado Democrático de Direito.

Sumário: **1** Contextualização do tema – **2** O estado pós-moderno e suas tarefas – **3** A busca de novos paradigmas para o exercício da função administrativa – **4** Consenso e legalidade no estado democrático de direito – **5** Formas de expressão e instrumentos de ação consensuais – **6** Considerações finais – Referências

1 Contextualização do tema

Está em curso no direito público brasileiro o processo, a um só tempo jurídico, político e cultural, que leva de uma Administração Pública imperativa, verticalizada, burocrática e repleta de prerrogativas, para uma nova forma de se gerir a coisa pública, com base no consenso, na colaboração, na eficiência e no diálogo entre o poder público e os destinatários de sua ação.

Implanta-se, gradualmente, a chamada *Administração Pública Consensual*, encarada, por grande parte da doutrina, como um método de gestão comprometido com resultados e a afirmação de uma *sociedade participativa*.¹ Ver-se-á, neste estudo, a conciliação possível entre consenso e eficiência, no âmbito da Administração Pública, no estado democrático de direito.

Ao analisar a sua evolução histórica, percebe-se que a Administração passou por diversas fases, que vão de um contexto juspolítico no qual se preservam os tradicionais princípios de autoridade, supremacia e imperatividade, ao surgimento de uma *administração dialógica*,² como alternativa mais condizente com a sociedade moderna, pluralista e complexa, fruto de mudanças em razão de episódios históricos de notória importância.

Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, com a releitura acerca da função do constitucionalismo moderno, surgida com a superação da ideia de um estado puramente de direito, e na sua passagem para o modelo de estado democrático de direito, segue-se a busca de novos paradigmas balizadores do exercício da função administrativa.

O papel do estado se modifica, de titular de um poder de império ao estado mediador e garantidor.³ A função de garantia reflete a necessidade de se concretizar a efetivação de uma vasta gama de direitos fundamentais, em especial o *direito fundamental a uma boa administração*.⁴ Evidencia-se uma nova relação, menos hierarquizada, entre estado e sociedade, onde a participação e a consensualidade ganham força na arena jurídica.

No Brasil, principalmente após a *Reforma do Aparelho do Estado*,⁵ com viés descentralizador, os institutos consensuais se multiplicaram no ordenamento jurídico. A década de 90 foi marcada pela desestatização, reduzindo o número de atividades exercidas diretamente pelo estado, tornando-o menor, mais ágil e pretensamente mais eficiente. Abriu-se ao particular importante via de

realização de fins públicos pela contratualização, fosse pelo advento das terceirizações,⁶ fosse pela celebração de contratos de concessão, com base na Lei nº 8.987, de 1995, em regra precedidos de licitação.

Avulta a importância das agências frente ao aparelho central do estado: um grupo especial de autarquias, classificáveis em agências reguladoras⁷ e agências executivas. Às primeiras cabendo, em síntese, funções de controle e fiscalização adequados ao regime de desestatização; às segundas, o desempenho de atividades administrativas típicas do estado, por meio de contratos de gestão.

Além delas, cresce o número de entidades que integram o chamado terceiro setor. A terminologia considera a extensão e a natureza da atuação estatal em determinada atividade. Assim, em escala, o chamado primeiro setor é o estado agindo por competência própria e exclusiva; segundo setor é o campo de atuação das sociedades empresárias, com base nas leis de mercado; e o terceiro setor se caracteriza por admitir a realização de atividades de interesse público, pela iniciativa privada, sem fins lucrativos, recebendo, em contrapartida proteção e incentivo do estado, dentro de sua atividade de fomento.

Passam a operar pessoas jurídicas vinculadas ao estado, embora não integrantes da administração indireta. A expressão entidades paraestatais designa essas entidades que atuam em paralelo ao estado, mas que não se confundem com ele. São pessoas jurídicas privadas, que exercem função típica, porém não exclusiva do estado, como, a exemplo, as de formação profissional, de assistência social, dos serviços sociais autônomos, as entidades de apoio, as organizações sociais e, por fim, as organizações da sociedade civil de interesse público.

Há o exemplo do que, didaticamente, se convencionou chamar de sistema "S": SESI (Serviço Social da Indústria), SESC (Serviço Social do Comércio), SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial), SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial) e SEBRAE (Serviço brasileiro de apoio às micro e pequenas empresas). Compreende o grupo de serviços sociais autônomos, todos instituídos por lei, com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, para desenvolver atividades de assistência ou ensino a certas categorias sociais.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define entidades de apoio como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos, porém em nome próprio, sob a forma de fundação, associação ou cooperativa, para a prestação, em caráter privado, de serviços sociais não exclusivos do estado, mantendo vínculo jurídico com a administração direta e indireta, em regra por meio de convênios.⁸

Outras pessoas jurídicas de direito privado prestam serviços públicos no regime de parceria com a Administração Pública, estabelecendo novos modelos de interlocução entre estado e sociedade, tais como as organizações sociais (OS) e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), integrantes do chamado terceiro setor.

As organizações sociais refletem um novo quadro de fomento público, que incentiva a criação de entes intermédios para desenvolver atividades sociais de interesse público nas áreas de ensino, pesquisa científica, cultura, saúde, desenvolvimento tecnológico e proteção do meio ambiente. Instituídas por iniciativa de particulares, tais entidades se associam ao poder público mediante contratos de gestão. A Lei nº 9.637, de 1998, dispõe sobre a qualificação dessas organizações

sociais, definindo-as como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que atendidos os requisitos que estabelece.

Assim como os contratos de gestão, os termos de parceria também se multiplicaram com a criação das organizações da sociedade civil de interesse público. A Lei nº 9.790, de 1999, define essas entidades como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com requisitos e finalidades previstos na lei.

Ainda com relação às formas de parcerias entre os setores público e privado, destaca-se o instituto da parceria público privada (PPP), implantada por meio da Lei nº 11.079, de 2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de tais parcerias, favorecendo o exercício compartilhado de determinadas atividades, nos moldes que especificou. O contexto no qual surgiu a PPP foi o de suprir a carência de alguns segmentos, basicamente de obras e serviços, que o estado por si não conseguia atender, por isto que passou a incentivar diretamente a atuação do particular. Por meio da PPP, ao particular é garantido o retorno do capital investido, ao lado do lucro, conferindo agilidade no atendimento das necessidades públicas a que se proponha.

Diante desse novo quadro organizacional da Administração Pública, com a sua fragmentação em inúmeros entes e órgãos administrativos, percebe-se que as práticas consensuais e dialógicas ganham cada vez mais repercussão no mundo jurídico. Enquanto princípio norteador, a consensualidade se apresenta sob diferentes aspectos, sendo adotada na tomada de decisão administrativa, na execução administrativa, ou, ainda, na prevenção e composição de conflitos.⁹

Assim, por exemplo, a aplicação do consenso nas tomadas de decisões públicas se apresenta através do plebiscito, do referendo, da coleta de opinião, do debate público, da consulta pública e da audiência pública. Na chamada execução administrativa, práticas consensuais se materializam nos inúmeros contratos de parceria e acordos administrativos entre os setores público e privado. Por fim, a consensualidade na composição de conflitos se apresenta por meio dos institutos jurídicos da arbitragem, da transação, da conciliação, da mediação, dos ajustes de condutas e similares.

Diversos são os instrumentos jurídicos da denominada Administração consensual, todos voltados para o fomento público e a construção de um estado de justiça.

O desafio é o de saber quais as balizas para essa nova proposta de Administração, inclusive no que tange aos seus limites, pois nem toda atividade administrativa pode ser desenvolvida por meios consensuais, assim como a adoção da consensualidade não pode significar a renúncia aos princípios constitucionais da legalidade e da impessoalidade.

Este estudo não se pretende conclusivo. Pelo contrário. O que se almeja é sinalizar esse novo caminho que o direito público vem percorrendo, no qual a via de realização do interesse público desenvolve perspectiva consensual e dialógica, a desconstruir, gradualmente, a ordem imperativa e monológica prevalente até então.

2 O estado pós-moderno e suas tarefas

O estado pós-moderno surge na segunda metade do século XX, em um contexto globalizado que

arrastava um conjunto de mudanças de cunho político, social, econômico e cultural. Dentre as causas históricas da globalização destacavam-se, entre outras, o progresso tecnológico, o fim da Guerra Fria, o enfraquecimento dos estados nacionais europeus em proveito da União Europeia, a intensificação do comércio mundial, com a predominância das empresas transnacionais.

Esse estado, marcado por um discurso que tinha por base a eficiência, assumiu um papel de regulador e gerente, em um contexto de privatizações que enxugaram a máquina estatal e descentralizaram a sua atuação. Reduziram-se as tarefas do estado centralizador, bem como a sua intervenção na economia. O particular foi convidado a atuar em parceria em áreas antes reservadas ao setor público.

Surge uma nova forma de administrar, com base no diálogo, na negociação, no acordo e na colaboração. Esse modelo alternativo de estruturas governamentais hierarquizadas, que Gustavo Justino de Oliveira denominou de *governança pública*, implica em governos mais eficazes em um marco de economia globalizada, não somente atuando com a máxima capacidade de gestão, mas também respeitando as normas e valores da sociedade democrática.¹⁰ Tais práticas, voltadas à transparência das ações estatais, têm por base o consenso e por premissa a estabilidade das instituições políticas e sociais, por meio do fortalecimento da relação entre o estado e a sociedade civil.

O estado pós-moderno apresenta, ainda, a mediação como uma de suas características principais. O estado mediador consiste no emprego, em larga escala, de métodos e técnicas consensuais e negociais pelo poder público. A função estatal de mediação busca o alargamento das bases de legitimação do exercício do poder estatal, mercê da inclusão dos cidadãos no processo de definição e densificação do interesse público.

A aplicação da antiga premissa absoluta de supremacia do interesse público sobre o interesse particular é questionada, assim como o monopólio do estado na sua identificação. O que muda, no estado pós-moderno, em relação ao interesse público, não é propriamente a mitigação da supremacia deste, mas, sim, que o interesse público não resulta da interpretação monopolista do estado, como se os interesses do estado esgotassem a ideia de interesse público. As prerrogativas estatais cedem espaço a novas sujeições constitucionais, a que o estado, assim como a sociedade, deve obediência.

O estado deixa de ser imperial e passa a mediador e garantidor. A função de garantia resulta do exercício de concretizar uma gama extensa de direitos fundamentais postos na Constituição. Estes, além de ser limites impostos à ação do estado, constituem o lastro para a sua atuação. É nesse sentido que se fala em *funcionalização da atividade administrativa*, voltada à concretização dos direitos fundamentais e à realização efetiva dos direitos das pessoas.¹¹

À Administração Pública impõe-se o dever de proceder a escolhas legítimas, que só o serão na medida em que materializem o direito fundamental de todos a uma boa administração. Como define Juarez Freitas,

trata-se do direito fundamental à Administração Pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação,

imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a Administração Pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.¹²

A garantia constitucional vem sendo reconhecida nas decisões das Cortes Judiciais. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Mandado de Segurança nº 10.792-DF, assim se pronunciou: "(...) a atividade administrativa, dessa forma, deve desenvolver-se no sentido de dar pleno atendimento ou satisfação às necessidades a que visa suprir, em momento oportuno e de forma adequada. Impõe-se aos agentes administrativos, em outras palavras, o cumprimento estrito do dever de boa administração."¹³

Exsurge o estado pós-moderno, gerencial, mediador e garantidor, assumindo novas funções e tarefas. Um estado que prima pela concretização dos direitos fundamentais, entre os quais o direito à boa administração.

3 A busca de novos paradigmas para o exercício da função administrativa

Com a Administração Pública consensual não se compadecem os tradicionais paradigmas da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, da legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, da discricionariedade administrativa, da intangibilidade do mérito administrativo. Todos, bem como a ideia de uma administração fundada em relações de subordinação e hierarquia com os administrados, tornam-se inadequados diante do novo quadro social instaurado. Assim, conforme Gustavo Binenbojm,

a Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa à Juridicidade; a definição do que é interesse público passa a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente consagrados; a discricionariedade administrativa deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador, abandonando-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de graus de vinculação de juridicidade; e, por fim, *surge um* conjunto de autoridades administrativas independentes, que não mais pertencem à tradicional linha hierárquica entre Estado e Sociedade.¹⁴

A busca de novos paradigmas para o exercício da função administrativa visa compatibilizar a gestão pública com o compromisso assumido pela Administração junto à sociedade. Almeja-se uma Administração Pública de resultado, eficiente e transparente. Nessa gestão de resultados é necessária a existência de alguns balizadores jurídicos, dentre os quais: a supremacia da Constituição, a efetividade dos princípios, a motivação necessária dos atos administrativos, o controle da discricionariedade, a processualização da atividade administrativa e a consensualidade.

De acordo com a *supremacia da Constituição*, a Carta Magna, como paradigma jurídico e político, ocupa o incontestável fundamento maior da ordem jurídica. Por força dessa supremacia, sustenta Luis Roberto Barroso, “*nenhuma lei ou ato normativo — na verdade, nenhum ato jurídico — poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição*”.¹⁵

A Constituição da República, norteadora do sistema, define em seu texto princípios e regras cogentes, além de políticas públicas a serem implementadas pelo poder público. Nas palavras de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti,

a supremacia da Constituição significa que nenhum dignitário estatal, no sistema jurídico por ele fundado, poderá colocar-se acima dos princípios e normas que a Constituição estabelece, tanto que a Corte Suprema, que a interpreta com a máxima e final autoridade, assim o faz na qualidade de sua guardiã (CR/88, art.102, *caput*), daí o caráter cogente das políticas públicas que o texto constitucional consagra e de cuja implementação incumbe os entes e poderes constituídos, sob pena de inadimplência de deveres constituídos inarredáveis, desafiando, se, quando e na medida da necessidade, a intervenção tutelar do Judiciário, com o fim de fazer prevalecer a Constituição.¹⁶

O direito administrativo haure da Constituição a sua base principiológica e normativa expressa, a teor dos artigos 37 e seguintes. O *caput* do artigo 37 explicita cinco princípios que funcionam como norma jurídica de aplicação imediata e o seu descumprimento justifica um poder sancionatório por parte do estado. Dito de outro modo, os princípios previstos na Constituição, tanto os explícitos quanto os implícitos, são considerados “normas jurídicas de eficácia imediata e providas de sanção, [...] e não, apenas, proposições gerais, impessoais e abstratas, a serem perseguidas em prazo indeterminado”.¹⁷ Assim, conclui-se pela *efetividade dos princípios*; afinal, descumprir um princípio significa o mesmo que descumprir uma norma e, portanto, deve gerar as mesmas consequências e responsabilidades jurídicas.

O paradigma seguinte é o da *motivação obrigatória* de todo ato administrativo, incluídos os providos de discricionariedade. Os atos do poder público devem enunciar as razões de fato e de direito que justificam a decisão. A motivação é necessária, inclusive, para permitir o controle do próprio ato. A ausência ou o falseamento dos motivos declarados justifica a anulação do ato e a responsabilização de quem lhe haja dado causa culposamente.

O *controle da discricionariedade* também se apresenta como baliza para uma gestão de resultados, em oposição à antiga gestão patrimonialista do estado. A ideia de discricionariedade administrativa permite ao administrador o poder de fazer escolhas técnicas, o que sempre conferiu à Administração certo grau de autonomia na gestão da coisa pública. Não pode prevalecer a discricionariedade administrativa onde houver política pública expressa na Constituição. Além disso, todos os atos dos agentes públicos devem estar sujeitos a controles externos, não sendo mais o gestor público o detentor de um poder decisório exclusivo, nem do monopólio interpretativo do que deva ser tido como de interesse público.

A definição do interesse público e das escolhas com ele compatíveis induzem a *processualização da atividade administrativa*. Esta deixa de ser um ramo exclusivo do direito público, passando a incluir instrumentos privados, tais como os contratos, na atuação estatal. Este aspecto híbrido de atuação administrativa, ao mesmo tempo em que garante o respeito aos preceitos constitucionais, incentiva e estimula a participação dos administrados nas decisões políticas, contribuindo para a construção de uma Administração Pública consensual. A base jurídica formal em que aquelas definição e escolha são feitas, à vista de estudos, relatórios, pareceres e levantamentos, é o processo administrativo, já objeto de lei disciplinadora específica no âmbito federal (Lei nº 9.784, de 1999).

Consensualidade, eficiência e resultado são ideias compatíveis e conciliáveis. A nova postura do estado, de bases coordenativas e cooperativas, reflete um compromisso entre estado e sociedade, destinado a alcançar maior eficiência nas políticas públicas e no cumprimento dos acordos firmados entre as partes.

A ordem jurídica brasileira vem se alinhando a esses novos paradigmas de gestão pública. À doutrina, bem como à jurisprudência, cumpre importante papel no debate e no emprego efetivo acerca desses paradigmas, de sorte a que nenhum órgão ou entidade administrativa tangencie o compromisso com a eficiência.

4 Consenso e legalidade no estado democrático de direito

O consenso, definido como *princípio da concertação* nas relações de poder entre sociedade e estado, é engrenagem essencial ao estado democrático de direito. A chamada *concertação administrativa* designa uma forma de administrar com base no consenso. A Administração busca realizar acordos com os particulares destinatários da ação, abdicando, assim, da forma impositiva e unilateral com que o estado tradicionalmente fazia uso de seus poderes. Observa Alexandre Santos de Aragão que, "através da concertação, a Administração não deixa de atuar unilateralmente por completo, mas procura, antes de emitir o seu ato unilateral, obter o assentimento do maior número possível de sujeitos envolvidos".¹⁸ Na concertação, as decisões são apuradas mediante negociação, consubstanciada em debates entre os diversos grupos sociais e o poder público, a atrair a participação ativa dos cidadãos nas tomadas de decisões políticas.

O consenso é íntimo do princípio da participação administrativa. A participação por meio da consensualidade está relacionada à expansão da consciência social e 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."¹⁹

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao analisar a participação administrativa, apresenta três dos seus institutos: *coleta de opinião*, *debate público* e *audiência pública*. Os dois primeiros são processos de participação administrativa abertos a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa. A diferença entre a coleta de opinião e o debate público, afirma o autor, é que, na coleta de opinião, o administrado tem o direito de manifestar a sua

opção, enquanto, no debate público, tem o direito de confrontar as suas opiniões com as de outros administrados e com as do poder público.²⁰ De uma forma ou de outra, a coletividade participa ativamente e de forma expressiva nas decisões políticas nas quais o seu interesse esteja envolvido.

A audiência pública demanda maior rigor formal no seu procedimento, previsto em sua lei instituidora, que lhe define o processo e a eficácia. A intenção é garantir a transparência nos atos da Administração Pública com a efetiva participação popular.

A consulta pública é outro instrumento participativo da sociedade, destinado a dar transparência às decisões governamentais e às propostas de normas e ações em andamento, mediante o recebimento de sugestões e comentários.²¹ Gera o dever de a Administração Pública responder expressamente sobre o objeto da consulta.

No manejo desses instrumentos, a consensualidade 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.”²² O número de parcerias cresce, pois a Administração Pública cria, permanentemente, atrativos para que os agentes da sociedade civil tenham interesse em investir, expandindo cada vez mais a gama de acordos e contratações administrativas.

O ato administrativo, como veículo principal de atuação da Administração Pública, divide seu espaço com o incremento da atividade contratual. A *contratualização administrativa* retrata relações administrativas baseadas na negociação e no diálogo, tendo o contrato como instrumento de sua atuação. Preconiza-se a ideia de parceria entre a sociedade e o estado, na qual a categoria jurídica do contrato, instrumento de direito privado por excelência, adquire novo e relevante emprego em âmbito público.

A vasta gama de celebração de acordos, substituindo os tradicionais atos unilaterais, não significa a disponibilidade do interesse público pelo estado. 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.

Questão relevante sobre a consensualidade é a sua *vinculação* à legalidade. O artigo 37 da Constituição Federal, ao elencar os princípios regentes da Administração Pública, explicita a legalidade, bem como a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Havendo a previsão expressa da legalidade e a ausência de previsão da consensualidade no texto constitucional, a doutrina jurídica se questiona quanto ao grau de vinculação da Administração Pública à lei nos casos em que, diante dos fatos, opte por solução de base consensual.

Perfilha-se, aqui, a tese de ser a consensualidade o caminho sem volta para alcançar-se uma administração de resultado eficiente, tendo como ponto de partida que a legalidade estrita cede lugar à legitimidade das políticas públicas advindas da consensualidade. E as razões são muitas.

Os contratos e demais atos bilaterais entre o poder público e a coletividade, assim como qualquer ato administrativo *strictu sensu*, haurem seu fundamento de validade da lei. Vale, portanto, para toda forma de acordo entre os setores público e privado, a mesma noção de primazia legal que se confere aos atos da Administração Pública em geral. Mas não só.

Há limites à utilização de mecanismos consensuais nas práticas jurídicas, o que demonstra que

nem toda decisão pode ser tomada com base apenas no consenso. Há casos, com respaldo legal, em que caberá ao estado intervir de forma imperativa e cogente, não sendo permitida a consensualidade sob qualquer de suas formas. Alguns exemplos serão abordados adiante. Por ora, o que se pretende enfatizar é que a limitação da adoção de mecanismos consensuais relaciona-se diretamente à concepção de legalidade que se acolha.²³

Tradicionalmente, adotava-se a concepção de legalidade como a vinculação positiva da atuação administrativa à lei formal, expressa na síntese de que a administração poderia fazer *apenas* o que estivesse previsto na letra da lei. Diante da legalidade formal, a consensualidade na atividade administrativa seria inconcebível, pela ausência de previsão expressa, tampouco no texto da Constituição.

Perspectiva atualizada sustenta que a legalidade não se prende exclusivamente à lei formal, mas atende a um conjunto de leis constitucionais, ordinárias, regulamentos, tratados, usos e costumes, jurisprudência e princípios gerais do direito. Segundo Binenbojm, "a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente, muito além da simples legalidade, com o sistema de princípios e regras delineado na Constituição, de maneira geral, e com os direitos fundamentais, em particular".²⁴

A relação entre consensualidade e legalidade se encerra no *bloco de legalidade*, ou seja, no ordenamento jurídico como um todo sistêmico. O conceito moderno de legalidade se aproxima da ideia de *juridicidade*, ou seja, os atos da Administração Pública se devem não só coadunar com as leis formais, mas também com os princípios e práticas que plasmam o ordenamento jurídico em geral. De acordo com essa visão do direito, a ausência de lei formal, a expressamente permitir a celebração de contratos entre o estado e a coletividade, não é fator impeditivo, haja vista a aplicação de outros princípios, como os da eficiência, do devido processo legal e da proporcionalidade.

A consensualidade já se encontra *positivada* em leis infraconstitucionais, através do uso de algumas de suas formas de expressão. Outras leis vedam expressamente toda e qualquer forma de acordo entre poder público e indivíduos. Além, é claro, de leis que nada mencionam sobre o tema. Destacam-se, aqui, duas normas que ilustram a relação entre consenso e legalidade: a Lei de Ação Civil Pública e a Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a denominada Lei da Ação Civil Pública, alberga, em seu artigo 5º, §6º, o *compromisso de ajustamento de conduta*. Trata-se de previsão legal expressa de uma *solução consensual*, como alternativa à propositura de uma ação judicial.²⁵ Assim, respeitada a legitimidade para agir conferida ao Ministério Público, é a ele permitido optar por um compromisso de ajustamento de conduta nas situações cabíveis, ou seja, se pode o titular da ação optar por solução mais célere e menos desgastante, não há motivo para aforar-se a ação civil pública.

A Lei federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, *veda expressamente a transação, acordo ou conciliação* nas ações de que trata o *caput* do seu artigo 17.²⁶ Neste caso, ao revés, a vedação de práticas consensuais é expressa e inafastável, a impedir as práticas consensuais.

Diante desses exemplos, vislumbra-se a relação entre consenso e legalidade nas práticas da Administração Pública. Há que se convir em que, quando houver previsão legal positivada, é mais fácil aceitar-se a decisão por consenso, sob qualquer de suas formas. Mas se deve ir além: somente nos casos em que haja previsão expressa em sentido contrário, o poder público estará impedido de celebrar acordos para o exercício da função administrativa, como no caso supramencionado da Lei de Improbidade Administrativa.

Propõe-se, então, que não se há de cogitar de vinculação absoluta entre consensualidade e legalidade. Havendo vedação legal para práticas consensuais, deve ser respeitada. No entanto, a ausência de lei formal não justifica a impossibilidade de se decidir por consenso, tendo em vista o hodierno conceito de *legalidade* — *legitimidade e juridicidade*. Não há como o legislador prever exaustivamente as hipóteses nas quais caberá a busca do consenso, devendo ser decidido casuisticamente por sua possibilidade.

Não se trata, nesse caso, de discricionariedade administrativa ancorada no formalismo abstrato ou na liberdade irrestrita do decisionismo irracional, mas na competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes de conveniência ou oportunidade, respeitados os requisitos da efetividade do direito fundamental à boa Administração Pública. Como sustenta Juarez Freitas, o direito público, notadamente o direito administrativo, "*precisa ser convertido no direito da motivação consistente e do controle principialista e fundamentado das decisões estatais*. Sublinha-se que a decisão administrativa precisa estar acompanhada de motivação consistente e coerente, sob pena de *vício nulificador* e o controle principialista demanda uma reestruturação das estratégias de governança, fazendo-as mais criativas, transparentes e concatenadas. Há, portanto, o *dever de escolher bem*."²⁷

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou a respeito da relação legalidade-consensualidade. No Recurso Extraordinário nº 253.885-0/MG, analisou duas questões basilares: a necessidade de previsão legal expressa autorizativa para a celebração de acordos administrativos e se a celebração de tais acordos afrontaria o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Cuidava-se de recurso interposto pelo Município de Santa Rita do Sapucaí contra acórdão do Tribunal de Justiça estadual, que manteve sentença homologatória de transação celebrada entre a municipalidade e seus servidores. Segundo a relatora, Ministra Ellen Gracie, o aresto deveria ser mantido porque a transação atendeu de forma mais rápida e efetiva ao interesse público, afastada qualquer ofensa aos princípios alinhados no artigo 37, da Constituição Federal.

A Corte Suprema entendeu que a previsão autorizativa expressa será *imprescindível apenas* nos casos em que a transação importar em renúncia a direitos, alienação de bens ou assunção de obrigações extraordinárias pela Administração. Quanto à questionada indisponibilidade do interesse público, nas palavras da relatora, "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 ultimação deste interesse".²⁸

Deve-se, portanto, acolher a consensualidade como princípio norteador e atentar para as suas diversas formas de expressão no ordenamento pátrio. E sua aplicação deverá ser pautada não apenas pelo conceito de legalidade estrita, mas inserida no conceito amplo de juridicidade.

5 Formas de expressão e instrumentos de ação consensuais

A consensualidade se apresenta sob diferentes formas de expressão, sendo adotada na tomada de decisão administrativa, na execução administrativa, ou, ainda, na prevenção e composição de conflitos.

Dentre os instrumentos consensuais na execução administrativa, o *acordo* constitui o principal deles, encontrando respaldo em leis esparsas. A primeira delas, já mencionada, é a Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/85), cujo artigo 5º, §6º, admite o *termo de ajustamento de conduta*. Outro exemplo extrai-se do Decreto-Lei nº 3.365/41 (Lei Geral das Desapropriações), cujo artigo 10 autoriza que a desapropriação se efetive *mediante acordo* ou judicialmente.²⁹ Há, ainda, as Leis de nº 8.666/93, que dispõe sobre licitações e contratos, nº 8.987/95, que trata das concessões e permissões de serviços públicos, de nº 11.079/04, que institui normas para contratos de parceria público-privada, de nº 11.107/05, que dispõe sobre a contratação de consórcios públicos. Todas trazem o *acordo* no âmbito da execução dos contratos administrativos.

O consenso também vigora na solução de conflitos. A *transação administrativa* e a *conciliação* são formas negociais de composição de litígios. Ambas consubstanciam-se por meio de acordos administrativos. A primeira representa uma negociação na qual as partes envolvidas encerram o conflito mediante concessões recíprocas.

Há quem entenda³⁰ que a transação entre o poder público e indivíduos viola princípios constitucionais, como os da legalidade, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Em sentido contrário, Adilson Dallari defende a transação administrativa, ponderando que “transigir significa atingir o interesse público de maneira mais expedita, não havendo incompatibilidade alguma entre interesse público e acordo com particulares, uma vez que o interesse público não trata de mero interesse do erário, mas do interesse de toda a coletividade de cidadãos”.³¹

Na *conciliação* administrativa, ainda que fundada na manifestação de vontade das partes, a solução do conflito advém de terceiro, cuja missão é a de promover o entendimento entre os desavindos através da construção de um acordo.

Um exemplo da conciliação administrativa já em prática advém da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal, órgão da Advocacia-Geral da União, criado com o objetivo de compor os interesses divergentes de órgãos e entidades da Administração Federal, e entre estes e a Administração Pública dos Estados e do Distrito Federal, evitando a judicialização de demandas. Propõe-se, ainda, a encerrar processos já aforados, de modo a harmonizar os interesses dos órgãos envolvidos por meio de conciliação. A missão institucional da Câmara é, portanto, solucionar, em âmbito nacional, por conciliação ou arbitragem, mediante a cooperação e o diálogo, controvérsias entre órgãos e entidades internos da Administração Pública Federal, e entre esses e a Administração dos Estados e Distrital, visando ao atendimento do interesse público com a devida observância dos princípios da Administração Pública.³²

Há outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como a *arbitragem*, a *mediação*, os *ajustes de conduta* e similares. O ordenamento jurídico prevê a arbitragem para compor conflitos

em matéria civil, especialmente no campo do direito empresarial, e para dirimir disputas internacionais. Percebe-se que, aos poucos, a sua aplicação se estende à esfera pública.

Veja-se a discussão em torno da aplicação da arbitragem aos contratos administrativos. Os discordantes sustentam que a Administração Pública não estaria autorizada a renunciar ao direito de ação para dirimir controvérsias judicialmente, e que tal atitude implicaria violação aos princípios da legalidade, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Todavia, a arbitragem já se faz presente como forma de composição de conflitos em âmbito administrativo, inclusive com respaldo legal, ao que anota Dinorá Grotti:

Importa ainda ter-se presente que se, em certos casos, o princípio da indisponibilidade do interesse público afasta o compromisso arbitral, *há um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem é recomendável como alternativa ao litígio judicial, por expressa admissão legal*. Nesse sentido já caminha parte da doutrina brasileira, ao reconhecer a aplicabilidade do juízo arbitral em matéria administrativa.³³

Assim, a Lei nº 8.987/95, que regula o regime de concessão e permissão de serviços públicos, permite, em seu artigo 23-A, o emprego de mecanismos privados de solução de conflitos, inclusive a *arbitragem*, em caso de divergências contratuais.³⁴ Traz, ainda, em seu artigo 23, inciso XV, o *modo amigável* de solução das divergências contratuais como sendo cláusula essencial do contrato de concessão.

A Lei nº 9.478/97, conhecida como a Lei da ANP, admite a *arbitragem* e a *conciliação* em âmbito administrativo, nos artigos 20, 27, parágrafo único, e 43, inciso X.³⁵ Este último dispositivo determina que serão cláusulas essenciais do contrato de concessão as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, *inclusive a conciliação e a arbitragem*.³⁶

Decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) já admitem a arbitragem em sede pública. Tradicionalmente, o TCU opunha-se à aplicação do instituto nos contratos administrativos, conforme a seguinte ementa:

Representação. Pedido de reexame. Inclusão de cláusulas ilegais em contrato administrativo. Negado provimento. *É ilegal a previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos*, bem como a estipulação de cláusula de confidencialidade, por afronta ao princípio da publicidade.³⁷

A Corte de Controle Externo da União modificou o seu posicionamento recentemente, no Acórdão nº 2.094/2009:

Tratavam os autos de Relatório de Levantamento de Auditoria realizado no âmbito do Fiscobras 2009, relativo às obras de construção de Unidades Estacionárias de Produção no exterior. O objeto do trabalho foi avaliar em que medida os recursos estavam sendo aplicados de acordo com a legislação pertinente. *Alegavam a presença de cláusulas contratuais em desacordo com os preceitos da Lei 8.666/93. A situação encontrada era que nos contratos em tela, havia cláusula compromissória de resolução de conflitos por meio da utilização do instituto da arbitragem.*

(...) Deve-se ter em mente que, em face dos princípios que regem o direito administrativo e da falta de disposição legal permissiva, *é vedada a aplicação de juízo arbitral em contratos sob o regime jurídico-administrativo, conforme jurisprudência consolidada do TCU.*

(...) Em razão da natureza jurídica dos contratos celebrados por sociedades de economia mista, as contratações podem versar sobre direitos disponíveis ou indisponíveis. Entende-se que serão disponíveis somente aqueles relativos à área-fim da Petrobras ou suas subsidiárias, de cunho estritamente comercial, as quais a Constituição coloca em posição de igualdade com o regime jurídico das empresas privadas, nos termos do art. 173.

(...) Não se pode olvidar que, *em contratações internacionais que sociedades de economia mista, por meio de suas subsidiárias estrangeiras, celebrem contratos com empresas também estrangeiras, a possibilidade de aplicação do juízo arbitral revela-se necessária por garantir imparcialidade e neutralidade no direito internacional, tratando com isonomia ambos os lados.* Nesse sentido, a aplicação da legislação brasileira deve ser mitigada pelo princípio da *razoabilidade e da economicidade*, mormente nesse caso, dado seu caráter privado, econômico e competitivo num mundo globalizado. Entretanto, não se pode atribuir todo e qualquer litígio no âmbito do contrato exclusivamente ao juízo arbitral.

(...) A construção de plataformas encontra-se inserida no contexto de área-meio da Petrobras, pois o negócio da Estatal não é a construção naval em si. No entanto, *revela-se razoável permitir a utilização de juízo arbitral na resolução de questões ou disputas técnicas tendo em vista tratar-se de assunto especializado.*

(...) Apesar de ser considerada irregularidade grave, no caso concreto, a situação encontrada não irá ensejar audiência dos responsáveis, devendo ser consignada como espécie de outras irregularidades, visto que, *pelo princípio da segurança jurídica, os contratos encontram-se firmados e em plena execução, bem como pelo fato de não ter ocorrido ainda na prática hipótese em que tenha sido demandado o juízo arbitral.*

(...) Por constatar, nos contratos de construção das plataformas P55 e P57, cláusula compromissória de solução de conflitos por meio da utilização do instituto da arbitragem, em desencontro ao sedimentado na jurisprudência desta Corte (Decisão n.º 286/93-Plenário, Decisão n.º 188/95-Plenário, Acórdão n.º 906/03-Plenário e Acórdão n.º 537/06-2ª Câmara), *coube proposta de determinação de medida*

*saneadora à Petrobras e às suas subsidiárias para que, nos contratos doravante firmados em que seja incluída cláusula compromissória de juízo arbitral, restrinja a resolução dos eventuais litígios a assuntos relacionados à sua área-fim e disputas eminentemente técnicas oriundas da execução dos aludidos contratos.*³⁸

Apesar de inúmeros meios consensuais de composição de conflitos, não se trata de uma negociação do interesse público em si, mas da busca, por meios consensuais, de atingi-lo com maior eficiência. A busca por formas negociais de composição de litígios faz com que a Administração Pública seja mais atrativa para captar novos colaboradores na sociedade civil, em decorrência de uma atuação mais célere, legítima e menos burocrática.

Pertinente, em face de todo o exposto, considerar-se a existência do que Gustavo Justino de Oliveira chama de *módulo consensual da Administração Pública*.³⁹ O conceito abrange o conjunto de ajustes negociais e pré-negociais, formais e informais, vinculantes ou não, tais como 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.

6 Considerações finais

O estado brasileiro vem se empenhando na construção de soluções para adaptar-se à modernidade, ao gerenciamento eficiente de suas atividades, responsivo a uma sociedade participativa e exigente dos seus direitos, bem como ao fenômeno da globalização, que arrasta consigo uma série de transformações de ordem política, econômica, social e administrativa.

A pluralidade e o dinamismo das sociedades contemporâneas exigem respostas rápidas e, principalmente, eficientes, avessas ao superado modelo centralizador de gestão pública. Como define José dos Santos Carvalho Filho, "as antigas fórmulas vêm indicando que o Estado, com perfil que vinha adotando, envelheceu".⁴⁰

O estado, enquanto estrutura organizacional qualificada, não se mostra apto a atender às necessidades da coletividade isoladamente. Reconhece que deve agir *em parceria* com a sociedade. Eis o cerne da ideia da Administração Pública consensual.

A consensualidade toma conta da prática administrativa, sob formas diversas e em variados segmentos: na tomada de decisão administrativa, na execução administrativa, na prevenção e composição de conflitos. Institutos consensuais passam a ser aplicados em âmbito administrativo, refletindo mudanças na relação estado-sociedade. Seja por meio de plebiscito, referendo, coleta de opinião, debate público, consulta pública, audiência pública, ou, ainda, materializando-se via contratos de parceria e acordos administrativos, as práticas consensuais ocupam relevância na arena jurídica a partir da segunda metade do século XX. Sem contar as diferentes modalidades em que a consensualidade se manifesta na composição de conflitos, através da arbitragem, da transação, da conciliação, da mediação, dos ajustes de condutas e similares.

As práticas consensuais valorizam o *diálogo* entre o estado e a coletividade, na premissa de que

entre eles deve haver objetivos convergentes em prol do atendimento do interesse público. Essa aproximação decerto que produz escolhas legítimas, superiormente aptas a atendê-lo com maior presteza e idoneidade. A verba Diogo de Figueiredo Moreira Neto que “escolha legitimatória, no Estado Democrático de Direito, já não se cinge apenas à escolha dos governantes, mas amplia-se ao como queremos ser governados”.⁴¹

A Administração Pública “deixa de ser a simples administração do 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 através do resgate da técnica concessória, seja sob nova leitura do contrato administrativo, agora denominado contrato público que, por sua vez, passa a ser o instrumento de atuação da Administração Pública em detrimento da prática do ato administrativo”.⁴²

A organização político-administrativa se transforma e com ela muda, também, o papel que o próprio estado vinha exercendo. De um estado social prestador, assume a função de mediador, gerenciador, fomentador e garantidor da concretização efetiva dos direitos fundamentais.

Fomento público, nesse contexto, é expressão da qual se extrai que a função do estado é, principalmente, a de incentivar e estimular os setores privados, para que estes executem atividades e serviços de interesse público. Assim, nas palavras de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti,

*as parcerias com a iniciativa privada revelam um processo de fragmentação das atividades da Administração Pública sob uma ótica não somente contratual de bilateralidade, mas de coordenação e colaboração, inserindo a análise do problema em um novo aspecto que foge aos modelos tradicionais de fragmentação institucional e territorial, abrindo-se espaço para novas formas e instrumentos administrativos de atuação, como os contratos, os convênios, os acordos, os consórcios, através dos quais, observam-se, muitas vezes, interesses multilaterais envolvidos.*⁴³

Fica, pois, demonstrada a tendência juspolítica, que o direito público, em especial o direito administrativo, vem tentando acompanhar, com vistas à geração de uma Administração Pública *consensual*, desburocratizada, eficiente e acordada com os anseios da sociedade. Espaços de atuação da Administração Pública se encontram ainda em aberto, especialmente com a introdução de novos institutos nas práticas consensuais, e que, por sua vez, carecem de um enquadramento jurídico para que se possa estabelecer limite à sua expansão e coesão à sua aplicação.

Tal carência não se resolve da noite para o dia. O debate doutrinário sobre o tema, a consolidação de uma jurisprudência firme e a própria passagem do tempo fazem com que, gradualmente, essas novas normas e regras de organização administrativa e social sejam incorporadas por definitivo.

O que se pode deduzir é que a consensualidade afirma-se, cada vez mais, um princípio instrumental fundamental para o atendimento do interesse público. A extensão e a intensidade

com que técnicas consensuais vêm sendo empregadas demonstram que são encaradas, muitas vezes, pelo administrador, como soluções preferenciais, e não meras alternativas de atuação. Por ora, já é o bastante.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo Econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 19. jul. 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. *Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal*. CCAF: cartilha. 2. ed. Brasília: AGU, 2008

BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor do Aparelho do Estado*. Brasília. 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br>>. Acesso em: 1º mar. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASSAGNE, Juan Carlos. Algunas reflexiones sobre la evolución y vigencia actual del contrato administrativo. *Interesse Público – IP*, Porto Alegre, ano 9, n. 41, p. 121-139, jan./fev. 2007.

CASSESE, Sabino. As transformações do direito administrativo do século XIX ao XXI. *Interesse Público – IP*, Porto Alegre, ano 5, n. 24, p. 13-23, mar./abr. 2004.

DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular. *Interesse Público – IP*, Porto Alegre, ano 4, n. 13, p. 11-24, jan./mar. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 489-504.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. *Interesse Público – IP*, Porto Alegre, ano 6, n. 30, p. 39-55, mar./abr. 2005.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da administração consensual: audiência pública e sua finalidade. *Interesse Público – IP*, Porto Alegre, ano 5, n. 18, p. 21-33, mar./abr. 2003.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 132-144, 2002.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p.129-156, 2003.
- MOTTA, Luiz Eduardo. *Do patrimonialismo ao gerencialismo: formação, continuidade e mudança na Administração Pública brasileira (1808-2008)*. Inédito.
- NETTO, Luísa Cristina Pinto. Interesse público e administração concertada. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 12, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12215>>. Acesso em: 21 maio 2010.
- 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*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56088>>. Acesso em: 21 maio 2010.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino; 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 jul. 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Administração Pública brasileira os 20 anos da Constituição de 1988: momento de predomínio das sujeições constitucionais em face do direito fundamental à boa Administração Pública. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 95, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56600>>. Acesso em: 21 maio 2010.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Temas de direito administrativo sob tutela judicial, no Estado Democrático eficiente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Convênios e outros instrumentos de "administração consensual" na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Gestão e probidade na parceria entre o Estado, OS e OSCIP*: apontamentos sob a perspectiva dos princípios e normas regentes das licitações e contratações administrativas. São Paulo: NDJ, 2009.

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

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

SCHINRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=64611>>. Acesso em: 21 maio 2010.

SCHWANKA, Cristiane. O princípio do equilíbrio econômico-financeiro em face das transformações do regime jurídico administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 21, p. 99-117, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=31127>>. Acesso em: 21 maio 2010.

SCORSIM, Ericson Meister. O processo de evolução do Estado, da Administração Pública e do Direito Administrativo. *Interesse Público – IP*, Porto Alegre, ano 9, n. 42, p. 127-144, mar./abr. 2007.

* Síntese de monografia aprovada pela banca examinadora e com a qual a autora concluiu pós-graduação *lato sensu* em Direito do Estado, na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em maio de 2011.

1 O conceito de sociedade participativa, em contraposição à ideia de sociedade representativa, entregou à coletividade o poder de ação, a responsabilidade, além de conferir legitimidade às

tomadas de decisões políticas.

2 A cultura do diálogo reflete um modo de administrar onde as ações estatais buscam atender, essencialmente, às emanções da diversidade social.

3 OLIVEIRA, Gustavo Justino; 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 jul. 2010.

4 Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 41. "Direito a uma boa administração. 1. Todas as pessoas têm o direito a que seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida, antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, nos respetos dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua".

5 Em 1995, no mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, foi editado o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, cuja comissão organizadora era composta pelos Ministros Luiz Carlos Bresser Pereira, Paulo Paiva, Pedro Malan, José Serra e o Gen. Benedito Onofre Bezerra Leonel.

6 Diogo de Figueiredo define terceirização como a *modalidade de transferência de atividades materiais da Administração a terceiros, sempre que estas não demandem o exercício de poder estatal* (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 138).

7 Entende-se por agência reguladora, segundo Alexandre Santos de Aragão, como sendo as autarquias de regime especial, dotadas de autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas de funções regulatórias e dirigidas por membros nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, aprovada pelo Senado, e vedada a exoneração *ad nutum* (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 275).

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 493. Entende-se por *convênio*, nas palavras de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti, o instrumento utilizado para a execução descentralizada de plano de trabalho a cargo de órgão ou entidade da Administração Pública, direta ou indireta, envolvendo a transferência de recursos financeiros oriundos de dotações consignadas no orçamento fiscal e da seguridade social, visando à realização de projeto ou atividade com duração especificada. O convênio difere do contrato administrativo, pois trata-se de instrumento de cooperação voluntária e visa à realização de

objetivos de interesse comum, onde os *partícipes* têm interesses compartilhados e coincidentes (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto *Convênios e outros instrumentos de "administração consensual" na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 54).

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p.129-156, 2003. p. 150.

¹⁰ 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*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56088>>. Acesso em: 21 maio 2010.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 158.

¹² FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 10.792-DF. Relator Ministro Hamilton Carvalhido.

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25.

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

¹⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 25.

¹⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Temas de direito administrativo sob tutela judicial, no Estado Democrático eficiente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 2.

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

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 27.

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 266.

²¹ A consulta pública possui previsão na Lei nº 9.784, artigo 31, §1º e 2º, além do Decreto-Lei nº 4.176, de 2002, que revogou o Decreto-Lei nº 2.954, de 1999, que trazia a definição do instituto em seu artigo 15.

- [22](#) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 26.
- [23](#) SCHINRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=64611>>. Acesso em: 21 maio 2010.
- [24](#) BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 133.
- [25](#) Lei nº 7.347, de 1985, artigo 5, §6º. “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.
- [26](#) Lei nº 8.429, de 1992, artigo 17. “A ação principal, que terá rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de 30 (trinta) dias da efetivação da medida cautelar”. §1º “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*”.
- [27](#) FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 15.
- [28](#) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 253.885-0/MG. Primeira Turma. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgado em 04.06.2002.
- [29](#) Decreto-Lei nº 3.365, de 1941, artigo 10. “A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará”.
- [30](#) Adilson Dallari aborda a divergência doutrinária em seu texto “Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular” (*Interesse Público – IP*, Porto Alegre, ano 4, n. 13, p. 11-24, jan./mar. 2002). Entretanto, neste estudo, não cabe o seu aprofundamento.
- [31](#) DALLARI, Adilson. Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular. *Interesse Público – IP*, Porto Alegre, ano 4, n. 13, p. 11-24, jan./mar. 2002. p.23.
- [32](#) BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *CCAF: cartilha*. 2. ed. Brasília: AGU, 2008.
- [33](#) GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 144, 2002.
- [34](#) Lei nº 8.987, de 1995, artigo 23-A. “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados, para solução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 1996”.

³⁵ Lei nº 9.478, de 1997, artigo 20. "O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento". Artigo 27, parágrafo único. "Não chegando as partes a acordo, em prazo máximo fixado pela ANP, caberá a esta determinar com base em laudo arbitral como serão equitativamente apropriados os direitos e obrigações sobre os blocos, com base nos princípios gerais do direito aplicáveis".

³⁶ Além dos supracitados dispositivos, a Lei nº 8.666, de 1993, em seu artigo 54, determina a *aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições do direito privado aos contratos administrativos*, o que pode representar, em última análise, o reconhecimento do uso possível dos meios consensuais de solução de conflitos nos contratos administrativos.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 537/2006, julgado pela Segunda Câmara, publicado no *DOU* em 17 mar. 2006.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2094/2009, julgado pelo Plenário, publicado no *DOU* em 11 set. 2009.

³⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. p. 141. Disponível em: <http://www.conpendi.org/anais_salvador.html>. Acesso em: 29 jul. 2010.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 276.

⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 140.

⁴² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto *Gestão e proibidade na parceria entre o Estado, OS e OSCIP* apontamentos sob a perspectiva dos princípios e normas regentes das licitações e contratações administrativas. São Paulo: NDJ, 2009. p. 90.

⁴³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto *Gestão e proibidade na parceria entre o Estado, OS e OSCIP* apontamentos sob a perspectiva dos princípios e normas regentes das licitações e contratações administrativas. São Paulo: NDJ, 2009. p. 91.

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SEMELES, Mirela Halfim. A gestão pública e as técnicas de administração consensual: notas sobre a sua implantação no estado brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*

- *RPGMBH* Belo Horizonte, ano 4, n. 7, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75529>>. Acesso em: 1 ago. 2016.

Como citar este conteúdo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

SEMELES, Mirela Halfim. A gestão pública e as técnicas de administração consensual: notas sobre a sua implantação no estado brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 185-209, jan./jun. 2011.