

FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

*Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)*

*Livre-docente e Doutor pela mesma Faculdade*

# CONTRATO ADMINISTRATIVO

Editora Quartier Latin do Brasil  
São Paulo, inverno de 2012  
quartierlatin@quartierlatin.art.br  
www.quartierlatin.art.br

# EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 - Centro - São Paulo

Contato: [quartierlatin@quartierlatin.art.br](mailto:quartierlatin@quartierlatin.art.br)

[www.quartierlatin.art.br](http://www.quartierlatin.art.br)

**Coordenação editorial:** Vinicius Vieira

**Diagramação:** Antonio Marcos Cavalheiro

**Revisão gramatical:** *Studio Quartier*

**Capa:** Eduardo Nallis Villanova

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias – Contrato Administrativo – São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ISBN 85-7674-617-4

1. Direito Administrativo 2. Contrato Administrativo  
I. Título

## Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito Administrativo
2. Brasil: Contrato Administrativo

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.** Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

114. **Tendência da Administração consensual.** Fala-se correntemente em “Administração consensual” ou “Administração concertada”; ou ainda utilizam-se expressões com sentido similar, conforme arrola Odete MEDAUAR (2003:212): “governo por contratos, direito administrativo pactualista, direito administrativo cooperativo, administração por acordos, contratualização das políticas públicas”<sup>707</sup>.

---

acabarem por determinar desvios perigosos no modo de proceder e nos objetivos dos poderes públicos, dando azo a formas de colusão e mesmo a situações em que é fácil que interesses individuais ou de grupo se sobreponham aos interesses da coletividade. Mas, por outro lado, esta afirmação do modelo ‘convencional’ em lugar dos instrumentos de imposição unilateral, assinala um processo rico de potencialidades positivas: isto porque a procura e a promoção do ‘consenso’ dos ‘administrados’ significam desenvolvimento de sua ativa e consciente ‘participação’, na qual, por sua vez, se encontra um pressuposto de democracia e, ao mesmo tempo de eficiência do procedimento administrativo. Neste sentido, o contrato, com os valores que exprime, coloca-se, de certo modo, como símbolo e suporte de um novo e mais avançado modelo de relação entre autoridade e liberdade”.

De rigor, a ideia de “um sistema colaboração” entre Administração e particulares, por meio do contrato, já aparece desde antes, como Odete MEDAUAR (1995a:77) destaca, com referência a escrito clássico de André de LAUBADÈRE, em meados da década de 1950.

A noção de “administração consensual” – que se vai referir em seguida – deve ser entendida no contexto histórico do tempo presente. Como se acaba de dizer, o estabelecimento de mecanismos de consenso entre Administração e indivíduos não é fato exclusivo do tempo presente; porém, por certo, a intensidade do fenômeno contratual é crescente atualmente, tal como se tem indicado ao longo desta tese.

Com esta ressalva, sem querer sustentar que já se falasse em *administração consensual* (ou fórmulas equivalentes) décadas atrás, mas apenas para ilustrar a similaridade da construção de ideias e do uso de expressões, em relação ao que se afirma nos dias de hoje, cite-se passagem de Georges LANGROD (1955:326/327): “Portanto, por exemplo, nos sistemas duais da Europa continental [...], este uso exclusivo de velhas formas desapareceu progressivamente em resposta ao desenvolvimento da atividade administrativa reservada para o livre jogo da competição individual, e ao crescente caráter comercial e não-governamental de tal atividade. Esta é a fonte do uso de acordos contratuais como meio das modernas ações administrativas, ao lado de atos unilaterais, baseados em ‘autoridade e comando’. [...] Nas modernas circunstâncias, atos unilaterais impostos pela autoridade da administração pública [...] são insuficientes; a adoção de formas típicas do relacionamento ‘privado’ (normal) entre indivíduos ilustra a tendência dinâmica de qualquer comunidade progressista de passar do *status* ao contrato”. (“Thus, for example, in the ‘dual’ systems of the European continent [...], this exclusive use of old forms has disappeared progressively in response to the development of administrative activity reserved for the free play of individual competition, and the increasingly commercial and nongovernmental character of such activity. This is the source of the use of contractual agreements as means of modern administrative actions, alongside of unilateral acts, based upon ‘authority and command’. [...] Under modern circumstances, unilateral acts imposed by authority of the public administration [...] are insufficient; the adoption of forms typical of ‘private’ (normal) intercourse between individuals illustrates the dynamic trend of any progressive community to pass from status to contract” [citando aqui o autor a fórmula de SUMMER MAINE, já referida – tópico 28]).

707

Odete MEDAUAR (2007:441), em homenagem a Jacqueline MORAND-DEVILLER e dialogando com seu pensamento, enfatiza contemporaneamente a atenuação da tradicional oposição entre um Direito privado fundamentado no contrato e um Direito administrativo que implica ação unilateral baseada na *puissance publique*. E é de Jacqueline MORAND-DEVILLER (2005:49/50) a observação de que o contrato torna-se um “modo familiar de administração e a busca do consensualismo, de uma gestão parceira livremente consentida está na moda”; bem como o registro de que se fala de uma “*lógica de projeto* (resultante em geral de acordo) substituindo a *lógica do guichet*”.

Sabino CASSESE (2002:35), ao analisar as transformações do Direito administrativo do século XIX ao século XXI, aponta, entre elas, a substituição da supremacia e da unilateralidade, pelo consenso e a bilateralidade; bem como a adoção, pelo Direito administrativo, de formas tradicionalmente identificadas com o Direito privado<sup>708</sup>. Também é de CASSESE (2006:305) a afirmação de que a “mais intensa” – note-se utilização da expressão que claramente implica gradação – utilização de módulos convencionais pela Administração em sua atividade institucional representa uma de suas características salientes na época contemporânea<sup>709</sup>.

Com esta referência, quer-se chamar atenção para uma necessária distinção entre o fenômeno da Administração consensual e a utilização de módulos convencionais pela Administração.

São elementos distintos, ainda que contenham ideias parcialmente coincidentes.

É verdade que o consenso integra a essência da figura do contrato, conforme se vem afirmando nesta tese<sup>710</sup>. Neste sentido, o fenômeno da Admi-

Aliás, Odete MEDAUAR (2003:208/209), em texto constante desde a primeira edição de sua obra *O Direito Administrativo em Evolução*, de 1992, em matéria de contratos administrativos, já registrava a “tendência à paridade, ou menor desigualdade das partes, revelada sobretudo por uma preocupação com o particular contratado”. Retornando ao tema na edição de 2003, a autora confirma: “As tendências aí assinaladas [na primeira edição da obra] não somente ocorreram como se ampliaram, sobretudo no tocante aos módulos consensuais e ao surgimento de novas figuras contratuais. [...] Na década de 90 do século XX emergiu o termo *parceria*, vinculado à contratualização, para abranger os diversos ajustes que expressam a colaboração entre entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado, ou, ainda, entre todas estas partes, envolvendo, assim, uma pluralidade de atores” (Odete MEDAUAR, 2003:212/213). E, ainda sobre a matéria do surgimento de novos tipos contratuais em tempos recentes, após afirmar sua inclusão, juntamente com os contratos administrativos clássicos, “num módulo contratual”, pondera que o “regime jurídico dessas novas figuras é essencialmente público, mas diferente, em muitos pontos, do regime aplicado aos contratos administrativos tradicionais” (Odete MEDAUAR, 2010:236).

708 Sobre a inclusão da técnica contratual dentre as “formas tradicionalmente identificadas com o Direito privado” – repetindo-se aqui a fórmula de CASSESE – é de se notar que Massimo Severo GIANNINI, na primeira edição de seu *Diritto Amministrativo*, de 1970, possuía um capítulo intitulado “L’Attività Amministrativa di Diritto Privato”, o qual, na terceira edição, de 1993, passou-se a denominar “L’Amministrazione per Accordi”, mantido o mesmo plano interno de desenvolvimento.

709 Em outro estudo, aqui já citado, o próprio CASSESE (2000b:389), apreciando alguns “paradoxos” que se apresentam na investigação da linha demarcatória dos campos do Direito administrativo e do Direito privado, aponta a contração do uso de módulos convencionais em certas áreas (p. ex., subvenção econômica; acordos em vista de determinação de preços) e, ao mesmo tempo, sua expansão em outras (p. ex., acordos entre governos e sindicatos; acordos substitutivos de decisão unilateral em processos administrativos).

710 Reitere-se, *consenso* importando acordo de vontades das partes, e não apenas o consentimento passivo, como destaca Jean-Christophe BRUÈRE (1996:1715).

nistração consensual envolve, entre outros fatores, uma utilização mais intensa dos módulos convencionais.

Contudo, o espírito de consenso na ação administrativa vai muito além do uso do instrumento convencional propriamente dito. Ou então haveria que se alargar a noção de contrato – ou de convenção – de tal modo, que se perderia a necessária precisão para efeito tanto de análise teórica, como de operacionalidade prática. Seria, no limite, o caso de reduzir toda a ação estatal à convenção política primordial, que funda o próprio Estado e que se renova, em especial, nas eleições e na produção do Direito pelo legislador<sup>711</sup>.

De fato, autores que têm versado o tema da Administração consensual mostram a amplitude de sua aplicação, não necessariamente ligada à utilização de instrumentos propriamente convencionais. Tomem-se apenas alguns exemplos – com a consciência de não ser este o tema central da presente tese.

É o caso do consenso como técnica de decisão na formulação de políticas públicas, visando a facilitar sua execução, ante um panorama social de conflitos de interesses entre diversos grupos e mesmo entre os grupos dominantes, havendo que se manter a coesão social (Jacques CHEVALLIER, 2002:526/527). Também é o caso – para citar o pensamento do mesmo autor – da “abordagem contratualista e consensual da ação pública” como fundamento da governança (Jacques CHEVALLIER, 2005:138/139)<sup>712</sup>.

---

711 De todo modo, como mostra Jacqueline MORAND-DEVILLER (2009:460), dando adequada aplicação ao sentido mais amplo de contrato, ao introduzir seu capítulo sobre os contratos da Administração, “livre acordo de vontades, o contrato, preferido ao ato unilateral, tem um valor simbólico pois presume-se apto a reger harmoniosamente as relações econômicas, sociais e políticas: contrato social de Rousseau, pacto federativo de Proudhon, economias concertadas e de parcerias” (“libre accord de volontés, le contrat, préféré à l’acte unilateral, a une valeur symbolique car il est présumé apte à régler harmonieusement les rapports économiques, sociaux et politiques: contrat social de Rousseau, pacte fédératif de Proudhon, économies concertées et partenariales”).

712 Em suas palavras: “A contratualização implica relações jurídicas fundadas não mais sobre o unilateralismo e a coerção, mas sobre o *acordo de vontades*. Se, de um lado, ela pressupõe que seja levada em consideração a existência de atores autônomos (dos quais se deve obter a cooperação), de outro, ela passa por um processo de negociação visando a definir os contornos de uma ação comum. Encontra-se aqui, portanto, a lógica que caracteriza a governança (Jacques CHEVALLIER, 2005:139).

Dando um passo atrás, para melhor vislumbrar o contexto em que se pode falar de Administração consensual, há que se compreender que o próprio Estado-nação vem passando por transformações essenciais em seu modo de ser.

Não é demais lembrar, com Jacques CHEVALLIER (2004a:120), que o “Estado-nação é uma forma de organização política contingente, nascida em um dado momento da evolução das sociedades ocidentais, e não... o ‘fim da história’” (“[L’]État-nation est une forme d’organisation politique contingente, née à un moment donné de l’évolution des sociétés occidentales, et non pas... la ‘fin de l’histoire’”).

A ideia de Administração consensual – aqui mais claramente no viés “técnica contratual” – é destacada por Charles DEBBASCH e Frédéric COLIN (2004:461/462) tanto em matéria da intervenção no domínio econômico (p. ex., “regime contratual de preços”; acordos de fomento para induzir instalação de indústrias em certas regiões), como em matéria social (p. ex., acordos entre as “caixas nacionais de seguro social” e profissionais médicos para determinar o valor dos honorários reembolsáveis)<sup>713</sup>.

Até mesmo no âmbito da tomada de decisão internamente à Administração, em face da diversidade de interesses públicos envolvidos, a justificar um exame conjunto por diversos órgãos ou entidades administrativas, vem sendo adotadas técnicas consensuais, como no caso italiano da “*conferenza di servizi*”, cuja disciplina<sup>714</sup> leva Sabino CASSESE (2001:618) a afirmar a superação da separação nítida entre, de um lado, a técnica negocial privada como instrumento de criação jurídica e, de outro, a discricionariedade, considerada como uma escolha ordenada heteronomamente a um interesse predeterminado pela norma.

---

Isto é fato que não pode ser ignorado por uma teoria – como a teoria do contrato administrativo – que, segundo o ponto de vista de certos autores (não o de JÈZE, nem de seguidores da Escola do Serviço Público), admita a existência do poder soberano como fonte de superioridade do Estado e, portanto, de desigualdade quanto aos indivíduos com quem se relaciona.

Com efeito, seguindo aqui com os critérios de análise de Jacques CHEVALLIER (2004a:108), “[a]s transformações que afetam o Estado podem ser sintetizadas em torno de duas ideias essenciais: de um lado, o Estado está doravante situado em um contexto de interdependência estrutural, que torna caduca a concepção tradicional da soberania; de outro lado, o Estado não se apresenta mais como uma entidade monolítica, mas ao contrário caracterizada pelo pluralismo, a diversidade. A conjugação desses dois movimentos, que são, bem entendido, interdependentes – o Estado sendo envolvido em um jogo de interações tanto no interior como no exterior de suas fronteiras –, tende a relativizar a linha demarcatória entre público e privado”. (“Les transformations qui affectent l’État peuvent être synthétisées autour de deux idées essentielles: d’une part, l’État est désormais placé dans un contexte d’interdépendance structurelle, qui rend caduque la conception traditionnelle de la souveraineté; d’autre part, l’État ne se présente plus comme une entité monolithique, mais, au contraire caractérisée par le pluralisme, la diversité. La conjugaison de ces deux mouvements, qui sont bien entendu interdépendants – l’État étant pris dans un jeu d’interactions aussi bien à l’intérieur qu’à l’extérieur de ses frontières –, tend à relativiser la ligne de démarcation entre public et privé”).

713 Exemplos situados do contexto francês.

A contratualização como técnica de gestão de negócios públicos na França – em estudo com viés crítico – é sistematizada por Laurent RICHER (2003:973/974) em três grandes momentos: a primeira fase, de 1960 a 1982, é a da *economia contratual*, marcada pela planificação e pelas convenções de plano; a segunda, de 1982 a 1992, é a da *administração territorial*, com convenções entre Estado e coletividades territoriais; a terceira, posterior a 1992, é a do *todo contratual*.

714 A *conferenza di servizi* é disciplinada, em termos gerais, pela Lei n. 241/1990, que trata de procedimento administrativo; além de por outras normas específicas. A reunião de entidades administrativas em uma *conferenza di servizi*, seja instrutória, seja decisória, não cria um órgão colegiado, mas apenas implica uma técnica de acordo interadministrativo, a que se deve seguir a emanção da decisão final (“*provvedimento*”) pelo ente competente, como esclarece Elio CASSETTA (2006:312).

No contexto brasileiro, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2007c:43) aponta vários níveis em que a consensualidade passa a integrar a ação administrativa: a regência pelo Direito privado, a ação de fomento, o uso de contratos e acordos administrativos, a delegação de funções a entidades independentes, privadas ou semi-públicas.

Aprofundando este último aspecto, autores têm afirmado a característica da consensualidade em matéria do que se convencionou chamar *regulação*. Neste sentido, Floriano de Azevedo MARQUES NETO (2002b:16) aponta que “o novo papel do Estado, enquanto regulador, implica no abandono do perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a sociedade”. E, mais genericamente, quanto ao “Direito Administrativo Econômico”, Alexandre Santos de ARAGÃO (2006:157) afirma que sua instrumentalização “às finalidades constitucionais e legais se associa com a sua preferencial consensualização; no sentido de que, via de regra, a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que se adotada unilateral e coercitivamente”.

**115. Ressalvas a esta tendência.** A novidade que se está a sublinhar, portanto, não é a *existência* de mecanismos de consenso, mas a *intensidade* com que a Administração tem recorrido a estes mecanismos de consenso.

Contudo, o foco específico da presente tese não está no fenômeno da Administração consensual. A conclusão à qual esta tese deve levar, acerca do contrato administrativo e sua teoria, não guarda relação de consequência e causa com a caracterização contemporânea da Administração consensual; todavia, toma-a por contexto e, nesse sentido, nela encontra reforço.

De todo modo, registre-se que o modelo da Administração consensual há que ser visto com certas ressalvas, para que não seja tomado como fim em si mesmo, nem como solução universal para as questões que se apresentam ao Estado no desempenho de sua função administrativa.

Duas dimensões distintas devem ser reconhecidas na abordagem do tema.

De um lado, uma abordagem científica, que pretenda apreender a realidade da ação administrativa no tempo atual. Desta abordagem, decorrem a constatação da expansão do modelo consensual da Administração, bem como a avaliação objetiva das virtudes do modelo na facilitação da consecução da função própria da Administração. É o que, ainda que muito brevemente, se buscou fazer mais acima.

De outro lado, uma abordagem ideológica, visando à defesa da adoção do modelo, a partir da manifestação subjetiva de preferência pelos princípios que o modelo encerra. Ou seja, a defesa do mecanismo de consenso sobre o mecanismo de império, por diversos fundamentos, v.g., por uma convicção quanto

às suas virtudes democráticas, ou por uma postura refratária ao reforço dos poderes estatais em relação à livre iniciativa.

Esta abordagem ideológica é que justifica maiores cautelas. Isto porque não necessariamente a Administração consensual estará atuando em favor da *liberdade* e da *democracia*.

No tocante à *liberdade*, compreendida no contexto do Estado de Direito, sua maior garantia é o princípio da legalidade, como decorre da clássica formulação dos artigos 4º e 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>715</sup>.

Entretanto, a legalidade compreendida segundo o modelo liberal de Estado de Direito comporta dois sentidos.

O primeiro é a legalidade formal, que valoriza o significado democrático da lei enquanto ato produzido pelo parlamento (supondo-se um modelo de democracia representativa). Mas não é esta dimensão – a qual não deixa de ter sua grande relevância – que mais importa quando se está tratando do sentido funcional do Estado de Direito como protetor das liberdades, aqui tomadas em seu sentido negativo<sup>716</sup>.

O segundo é a legalidade material, que valoriza o aspecto de generalidade e abstração da norma legal. Esta é a dimensão que ganha relevância em vista da proteção dos indivíduos ante o arbítrio do governante<sup>717</sup>.

Em defesa da legalidade material, vale a acertada ressalva de Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2008:685), visando a desmistificar a “Administração concertada”. Após constatarem que

---

715 “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei” e “Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constringido a fazer o que ela não ordene” (traduções de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, 2004:168). Sobre o tema, destacando na legalidade concebida pelo Estado de Direito liberal um princípio geral de liberdade, o autor desta tese já teve a oportunidade de se manifestar (Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, 2001:22 e ss.).

716 Conforme a proposição de Isaiah BERLIN (1981:135 e ss.).

717 Eis como DUGUIT o esclarece – com observações que se aplicam à análise que presentemente se faz sobre a Administração consensual: “Compreendeu-se que os detentores do poder político não deviam poder tomar arbitrariamente tal ou qual decisão individual, em vista de tal ou qual situação determinada; que eles estavam vinculados pela regra geral formulada de uma maneira abstrata sem consideração nem de espécie nem de pessoa, e não podiam tomar decisão individual senão de modo conforme à regra geral contida na lei. Desde o momento em que este regime foi compreendido e aplicado, o indivíduo sentiu-se fortemente protegido contra o todo-poder dos governantes; pois é evidente que esta regra geral e abstrata, que limita a ação deles, apresenta muito menos perigo de arbítrio que uma decisão individual, que pode sempre ser provocada

não se pode ignorar que a Administração negocia e que “a negociação se converteu em instrumento imprescindível na tarefa de administrar”, advertem:

É, pois, necessário definir em concreto essas margens negociais que a realidade reclama [...] porque é evidente que sob os aspectos habitualmente idealizados de uma política desse caráter se esconde o enorme risco de uma ruptura da objetividade e da igualdade [...] que a impessoalidade da Lei assegura. A adoção do sistema de Administração concertada como fórmula generalizada de administrar não poderia, pois, ser admitida. A aplicação do regime de ‘concertos’ em substituição do exercício unilateral dos poderes públicos para convencionar com os destinatários sua extensão concreta só pode empreender-se em virtude de habilitações legais específicas, ali onde as circunstâncias particulares permitam estimá-lo positivo.”<sup>718,719</sup>

Também Jacqueline MORAND-DEVILLER (2010a:63) – impondo ressalvas à tendência *pós-moderna* de um Direito *narrativo*<sup>720</sup>, produzido por uma “pluralidade de autores em cadeia, cada qual retomando a história onde

pela raiva, pela ambição ou pela vingança” [acrescente-se também pelo favorecimento anti-isonômico de alguém]. (“On a compris que les détenteurs du pouvoir politique ne devaient pas pouvoir prendre arbitrairement telle ou telle décision individuelle, en vue de telle ou telle situation déterminée; qu’ils étaient liés par la règle générale formulée d’une manière abstraite sans considération ni d’espèce ni de personne, et ne pouvaient prendre de décision individuelle que conformément à la règle générale contenue dans la loi. Du moment où ce régime a été compris et appliqué, l’individu s’est senti fortement protégé contre la toute-puissance des gouvernants; car il est évident que cette règle générale et abstraite, qui limite leur action, présente beaucoup moins de danger d’arbitraire qu’une décision individuelle, qui peut toujours être provoquée par la haine, l’ambition ou la vengeance”) (DUGUIT, 1923:96).

718 “Es, pues, necesario definir en concreto esos márgenes negociales que la realidad reclama [...] porque es evidente que bajo los aspectos habitualmente idealizados de una política de este carácter se esconde el enorme riesgo de una ruptura de la objetividad y de la igualdad [...] que la impersonalidad de la Ley asegura. La adopción del sistema de Administración concertada como fórmula generalizada de administrar no podría, pues, ser admitida. La aplicación del régimen de ‘conciertos’ en sustitución del ejercicio unilateral de los poderes públicos para convenir con los destinatarios su extensión concreta sólo puede emprenderse en virtud de habilitaciones legales específicas, allí donde las circunstancias particulares permitan estimarlo positivo.”

719 No mesmo sentido – e com a experiência decorrente de ser então vice-presidente do Conselho de Estado francês –, Renaud Denoix de SAINT MARC (2003:971) afasta a hipótese de que se eleve “a administração contratual ao nível de panaceia” e nega que se possa “governar por contrato”, sustentando que sempre deverá haver espaço para o comando por meio de uma norma legal ou regulamentar. E conclui afirmando que a autoridade pública “não pode negligenciar a necessária universalidade de certas regras que um mosaico de compromissos contratuais viria arruinar. Ela não pode ser insensível às desigualdades de tratamento que resultam de convenções negociadas ‘sob medida’ com ‘cocontratantes’ todavia situados em condições idênticas” (“Ne peut pas négliger la nécessaire universalité de certaines règles qu’une mosaïque d’engagements contractuels viendrait ruiner. Elle ne peut pas être insensible aux inégalités de traitement qui résultent de conventions négociées ‘sur mesure’ avec des cocontractants pourtant placés dans des conditions identiques”).

720 A referência da autora é a Ronald DWORKIN, em *A Matter of Principle* e *Law’s Empire*.

seu predecessor a deixou”, herança narrativa da qual o juiz, investido de grande autoridade, seria o depositário – aponta os “riscos de tal debandada” e recorda que “as sociedades humanas [...] necessitam de uma ordem que encontra seu fundamento na universalidade e se apoia em regras impessoais preestabelecidas, a fim de garantir a segurança jurídica”. Daí conclui: “o consensualismo deve se desenvolver quanto à edição da regra, ele não deve pretender regulamentar tudo o que está ao seu alcance”.

Já no tocante ao fortalecimento da *democracia* por meio da Administração consensual, enquanto modelo que favorece a participação dos destinatários do ato administrativo (no caso, contrato) em sua elaboração, não se pode perder de vista que a referência para que se avalie a democracia no plano de um Estado há de ser o Estado como um todo, ou seja, a produção do Direito geral coincidente com esse Estado.

O contrato, assim como os demais institutos jurídicos, como lembra Enzo ROPPO (1988:24), “muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido”.

É certo que, em tese, se pode reconhecer que os mecanismos de consenso em questão baseiem-se predominantemente no princípio da autonomia, o mesmo que se associa, no plano do Direito geral, à democracia.

Todavia, sua aplicação, eventualmente, em sentido contrário ao espírito que preside o Direito geral, criando situações para o atendimento de interesses individuais, não será democrática<sup>721</sup>.

A falta da referência ao Estado, como um todo, para que se avalie a virtude democrática de um instituto, é, via de regra, a maior causa da perda de sentido da ideia de democracia, que passa a ser empregada como mero artifício de retórica.

São vários os exemplos quotidianos que podem ser lembrados nesse sentido. É o caso do alegado caráter mais “democrático” da eleição direta do Reitor de uma universidade pública pela dita comunidade acadêmica (ou seja, pela elite que constitui o corpo de professores, alunos e funcionários administrativos da universidade), em contraposição à sua escolha final pelo Chefe do Poder Executivo que carrega consigo a legitimação decorrente da eleição pela maioria da

---

721 Como já se registrou, com KELSEN (1962-II:171/172; e 1961:300), não se deve confundir o caráter da produção do Direito no plano dos atos jurídicos individuais, com o caráter da produção do Direito geral, de modo que a aplicação de normas jurídicas gerais democraticamente produzidas pode, em certas situações, ser melhor garantida por uma produção autocrática das normas jurídicas individuais.

população. É também o caso do alegado caráter mais “democrático” da oitiva, em consultas ou audiências públicas, de determinados grupos que se formam em torno de interesses específicos e que, portanto, facilmente se mobilizarão para responder ao chamado participativo com muito mais vigor do que cidadãos em geral, em contraposição ao debate nas instâncias parlamentares.

Não se negam eventuais virtudes, nos exemplos dados, da participação da comunidade acadêmica na escolha do Reitor, nem de grupos de interesse em audiências ou consultas públicas. Mas não se trata necessariamente de mecanismos de reforço da democracia. Em suma, invocando a fórmula de Jean-Pierre GAUDIN (1999:217), são situações que levam ao risco de que se tenha a “*res publica* progressivamente substituída pelas formas difusas de uma cidadania privada”.

Enfim, não se pode perder a dimensão do caráter instrumental dos mecanismos de consenso no Direito administrativo e na prática da Administração: instrumental em relação à concretização do Direito geral, consistente nas normas gerais e abstratas de ordem constitucional ou legal.

Como instrumento, a técnica convencional deve ser usada na medida necessária e não sempre buscada, como se importasse fim em si mesma. Nas palavras de Laurent RICHER (2003:975), “o recurso sistemático ao contrato incita a se perguntar se essa panaceia não é demasiado universal para ser curativa”<sup>722</sup>.

Bem compreendidos em sua função, os mecanismos de consenso na ação administrativa podem constituir importante meio de atração dos indivíduos para que se envolvam nos assuntos da Administração e do Estado em geral<sup>723</sup> – para que os acompanhem, para que deles participem, para que melhor os controlem; e, neste sentido e com as ressalvas acima apontadas, podem configurar instrumentos em defesa de um regime democrático e garantidor das liberdades, ampliando-se a dimensão da cidadania ativa<sup>724</sup>.

---

722 “Le recours systématique au contrat incite à se demander si cette panacée n’est trop universelle pour être curative”.

723 Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2008a:349).

724 Com outro viés, frisando a necessidade da participação do povo na concretização de uma Constituição democrática, com papel ativo e não meramente passivo (como simples beneficiários da ação estatal), e demonstrando a incompatibilidade desta ideia com a tendência contemporânea do ativismo judicial, ver Elival da Silva RAMOS (2010:315/317).