

1. INTRODUÇÃO

A posição imperativa do aparato estatal, ainda evidente no Brasil, traduz-se na capacidade que tem o Estado de manifestar sua vontade, sem a necessidade de qualquer aquiescência dos integrantes da sociedade, tomados de maneira individual. Assim, seria o próprio Estado o gestor da paz social, conformando comportamentos individuais para que, de maneira genérica, o interesse da coletividade prevaleça sobre os interesses individuais.

No entanto, em sentido oposto, o Estado de Direito moderno se apresenta a partir da limitação do poder político e a alteração de suas funções perante a sociedade, exigindo do Estado uma maior conformação de sua atuação com a satisfação plena dos interesses sociais, com vistas ao princípio hodierno da eficiência. Essa é mais uma tendência natural experimentada em âmbito mundial. A democracia conquistada no campo político transcendeu para a Administração Pública, ensejando a observância do desejo social, no caso concreto, antes da tomada de decisão administrativa.

Nesse processo de transição por que passa a forma de atuação da Administração Pública Brasileira, analisar-se-á o atual estágio de implantação dos mecanismos pactuados, vislumbrando o nível de desenvolvimento de tais institutos e sua real eficácia. De igual maneira, será realizada avaliação de como está sendo superado o modelo burocrático e seus institutos.

Demonstrar-se-á que a substituição de mecanismos unilaterais por instrumentos democráticos de Administração Pública encontra fundamento basilar no próprio Estado democrático de direito que vigora em nosso país. No atual estágio de desenvolvimento político de nosso Estado, é manifesta a inconveniência da manutenção de uma atuação unilateral em face da ampliação da participação popular. Assim, sendo a Administração Pública mera atividade técnica, cuja atuação instrumental visa a efetivar as políticas públicas, não se pode imaginar que a atividade subsidiária administrativa se diferencie, em essência, da própria democracia política conquistada.

Estudar-se-á que a transição não é meramente ideológica. Segue, ao contrário, com a edição de diplomas normativos e a inserção, em nosso sistema jurídico, de institutos positivos que viabilizam a transformação da Administração Pública brasileira de um paradigma burocrata rebuscado para espelhar-se ao sincronismo social decorrente de maior interação do Estado brasileiro com sua sociedade.

No tocante à viabilidade da transição supracitada, abordar-se-á as limitações a que se submetem os instrumentos democráticos de atuação administrativa, uma vez que a superação

completa da imperatividade estatal, significaria, propriamente, a materialização do caos social. Portanto, faremos a ponderação da medida ideal de inserção desses mecanismos em nosso ordenamento a fim de que se possa, realmente, democratizar a atividade executiva do Estado, sem, contudo, conceder liberdade ampla aos particulares, que inviabilizassem o exercício das atividades precípuas da Administração Pública, a exemplo da polícia administrativa.

Nesse viés, o trabalho apresentará a influência, no Direito Administrativo brasileiro, dos sistemas administrativos francês e inglês, bem como a organização administrativa do Estado, o conceito de subsidiariedade na atividade de processo administrativo para a sociedade. Por fim, serão identificados formas e instrumentos de atuação da administração consensual na atual Administração Pública do Brasil, cotejadas com a Constituição Federal de 1988 e as normas administrativas vigentes em nosso ordenamento jurídico.

Para tanto, o método será dedutivo, qualitativo, descritivo e bibliográfico, visto ter como fonte primária a legislação disponível, como fontes secundárias doutrinas e jurisprudências e, mediante análises, concluir pensamentos e levantar observações.

2. CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

De acordo com a ideia de Administração Pública democrática traçada até aqui, observa-se a necessidade de maior participação popular nas decisões e no funcionamento da máquina administrativa. Essa participação pode ocorrer, de várias formas e em vários momentos distintos, com abrangência desde a fiscalização genérica realizada pelos particulares, ligada aos princípios correlatos da publicidade e transparência, permitindo o efetivo controle popular dos atos praticados pelos administradores ao processo de formação da vontade administrativa, até mesmo com deliberação prévia aos atos administrativos, ensejando uma audiência da população antes da tomada de decisão administrativa.

Dessa forma, constitui figura típica de administração consensual qualquer particular que realizar atividade de forma associada ou dialógica com o Estado, independentemente de se tratar de pessoa física ou jurídica, de possuir ou não finalidade lucrativa, bastando que mantenham relação direta com o Estado para constituírem consenso, com maior ou menor grau de integração, com a Administração Pública.

Elegeu-se, para fins do estudo de consenso administrativo, o sentido amplo, no qual, toda e qualquer relação em que concorrerem Estado e particulares, em sentido convergente de

vontades para a consecução das finalidades públicas é uma forma de expressão de administração consensual.

A Administração pública consensual é uma das novas formas de expressão da atuação estatal. Trata-se, pois, da adoção de mecanismos mais democráticos na construção da vontade estatal, de sua posterior execução e também da integração entre Estado e Indivíduos na impugnação de atos lesivos ao interesse público.

Assim, observa-se a progressiva substituição dos tradicionais atos administrativos unilaterais por atos negociais e contratos que concedem maior integração entre Estado e povo, harmonizando de melhor maneira as condutas administrativas com o Estado democrático de direito.

Para bem compreender a importância do tema, deve-se lembrar que a Administração Pública em sentido estrito possui caráter instrumental de materialização das políticas delimitadas pelos órgãos de Estado. Dessa forma e, com o escopo de fazer valer as escolhas políticas traçadas pelo mesmo Estado, nada mais natural que a manifestação democrática não se encerre na fase política, mas siga também o instrumento, possibilitando a participação da vontade popular na fase de execução das estratégias políticas traçadas e, além dela, no controle dos atos públicos em qualquer fase dos procedimentos administrativos.

Assim, é possível definir Administração pública consensual como sendo uma nova tendência de comportamento administrativo, através do qual se busca a integração entre a vontade estatal e a vontade das pessoas, deixando os particulares de serem meros sujeitos passivos da atuação estatal para participarem na efetiva elaboração da prestação estatal.

A Administração Pública consensual passa a utilizar-se de mecanismos modernos de atuação em substituição ao ato administrativo unilateral costumeiro. Surgem os contratos negociais em grande número, convênios e chamamentos públicos, instrumentos que serão melhor estudados em capítulo oportuno neste trabalho.

A forte tendência de consensualização da Administração Pública é uma realidade ainda pouco explorada, mas em constante expansão em nosso ordenamento jurídico. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

Enfim, a evolução democrática contínua amplia o grau de consensualidade das atividades estatais. Surgem novas soluções, muitas delas destituídas de cunho impositivo, para a conformação das condutas intersubjetivas. Isso se traduzem novos modos de manifestação das normas jurídicas. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 135).

Ainda nesse sentido, para firmar o entendimento do consenso na Administração Pública, observe-se o disposto em outro trecho da obra de Marçal Justen Filho:

Esses acordos de vontade da Administração Pública vão adquirindo relevância cada vez maior, em virtude da tendência à consensualização da atividade administrativa. Ou seja, a função administrativa evolui em direção à ampliação de soluções negociadas entre a Administração Pública e os particulares. Ao invés de impor uma solução de modo unilateral, o Estado instaura relações consensuais, de modo a reduzir a litigiosidade e ampliar a legitimidade de suas decisões. Essas diversas figuras recebem denominações variadas nos atos normativos.

Como decorrência é impossível estabelecer um elenco exaustivo das espécies de acordos de vontade de que participa a Administração Pública, até porque novas figuras vão surgindo com o passar do tempo. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 470).

Administração pública consensual é a atuação estatal partilhada, isto é, em harmonia não só com o intuito administrativo em sentido estrito, mas com o interesse popular literal, objetivando maior eficácia da atividade administrativa, baseada em avença real entre o Estado e a população. Esse modelo visa à demonstração de que os resultados podem ser melhores quando a própria coletividade, beneficiária da prestação de serviços públicos estatais, demonstra sua visão sobre a maneira como devem ser efetivadas algumas ações administrativas.

3 Fundamentos de validade do modelo consensual de administração no ordenamento jurídico brasileiro – análise principiológica

3.1. Fundamentos normativos

Temos como principal fundamento de validade dos ideais de Administração Pública pactuada a carta magna de 1988. O referido diploma inovou a ordem jurídica nacional, trazendo um texto carregado de garantias e talhado na tábua do Estado democrático de direito. Isso ocorreu, principalmente, porque sucedeu um período de governo militar, fazendo brotar a redemocratização e as liberdades esquecidas na vigência da ditadura.

Para melhor compreensão do tema, é fundamental a análise do seguinte dispositivo constitucional:

Art. 1º, caput CF/1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direitos e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Da análise do art. 1º, da carta magna de 1988, é possível destacar a democracia inerente ao Estado brasileiro, que não deve se limitar à democracia representativa política, deve, ao revés, transcender para as diversas etapas do processo de gestão do país. De igual maneira, a dignidade da pessoa humana também guarda relação com os mecanismos consensuais, pois, quando utilizados, os instrumentos de administração dialógica, propiciam expansão da liberdade dos cidadãos.

Por ser a forma consensual de administração decorrente do próprio texto constitucional, não há qualquer inconveniente em sua utilização, ao contrário, instrumentos consensuais tendem a se multiplicar para tornarem-se corriqueiros e alcançar seu *status* prático de regra e não de exceção, como ainda é visto atualmente.

É justamente na Constituição de 1988 que encontramos importantes princípios balizadores da atividade estatal. O comando principal encontra-se no art. 1º, parágrafo único, revelador da natureza democrática do Estado Brasileiro. No caput do art. 37, encontramos os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Todos esses princípios guardam estreita conexão com o modelo de Administração Pública consensual.

O princípio da legalidade sujeita a atuação estatal aos ditames legais, não permitindo, portanto, que o Estado possa atuar de maneira arbitrária. A submissão à lei obriga que os atos administrativos respeitem a lei. Nesse sentido, já que figura no Brasil, o sistema de representação indireta, onde a fonte legislativa é eleita pela população para representar seus interesses, nota-se, facilmente, que cabe ao Estado obedecer aos comandos do povo brasileiro, titular do poder político.

Ainda sobre o princípio da legalidade, deve-se fazer distinção entre a legalidade ampla, constitucionalmente prevista no art. 5º, II e aplicada aos particulares, através da qual todas as condutas que não forem de qualquer forma vedadas por lei, poderão ser tomadas e a legalidade estrita administrativa, constante do caput do art. 37, CF/88, segundo a qual, qualquer conduta administrativa somente será possível se estiver ao menos autorizada por lei. Com efeito, caba ao judiciário o controle de legalidade dos atos administrativos, mediante provocação dos interessados ou do próprio Ministério Público.

O princípio constitucional da impessoalidade possui duas acepções lógicas: a vedação ao administrador de utilizar-se dos recursos públicos para a autopromoção, sendo defeso, assim, a utilização de nomes, símbolos ou imagens que conectem a pessoa do administrador a qualquer materialização de obras ou serviços públicos. Numa outra visão, esse mesmo princípio vincula o administrador a conceder tratamento igualitário a todos os administrados, não podendo fazer distinção privilegiada ou detrimetosa de qualquer particular.

A moralidade vincula à conduta administrativa aos preceitos de boa-fé e probidade. Dessa forma, é um princípio orientador de observação obrigatória a todos os integrantes da Administração Pública, vez que enseja o cuidado com a gestão da coisa pública, dada sua indisponibilidade. Sobre o princípio da moralidade, é importante lembrar que foi especialmente protegido, sendo possível rechaçar sua violação por instrumentos bem específicos, a exemplo da ação popular, remédio constitucional que será detalhado mais adiante.

O preceito de publicidade é diretamente ligado à transparência e reflete bem uma das formas de controle administrativo, o controle externo popular por via judicial, que nada mais é que uma forma propriamente dita de manifestação do modelo consensual, pois particulares e Agentes Públicos atuam com a mesma finalidade, a persecução do interesse público.

Nessa relação, cabe ao Estado fornecer as informações de interesse público para que os particulares possam, diante de uma eventual inconsistência de conduta, instaurar mecanismos cabíveis a fim de proteger o interesse público. Nesse mesmo sentido, a Constituição muniu o cidadão com importantes artificios no controle dos atos públicos: a ação popular, instituto constitucional que permite que o cidadão impugne ato lesivo à moralidade administrativa e ação civil pública.

Além dos princípios constitucionais expressos citados acima, a doutrina é unânime no reconhecimento da existência de dois superprincípios implícitos: a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o particular.

O princípio da indisponibilidade do interesse Público revela as sujeições às quais o Estado deve se submeter, a fim de que se possa garantir a persecução exclusiva do interesse Público. Dessa forma, o interesse público é indisponível por quem quer que seja, ainda que na condição de administrador público.

Como exemplo dessas sujeições a que o Estado se submete, podemos citar, a título de exemplo, a necessidade de licitação para contratação de obras, bens e serviços pelo Estado, bem como a necessidade de realização de concurso de provas ou de provas e títulos para a ocupação de cargo público. A indisponibilidade do interesse público é ampla, não tolerando qualquer conduta que signifique propriamente seu desrespeito. É muito ligado ao princípio da impessoalidade e, quanto aos elementos integrantes dos atos administrativos, guarda relação com a finalidade, sobre a qual, eventual afronta traduz-se de vício insanável.

Para melhor compreender o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, analise-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Para o direito administrativo, interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa. Para não deixar sem referência constitucional, algumas aplicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao Direito Administrativo, basta referir os institutos da desapropriação e requisição (art. 5º, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o privado.

Como expressão dessa supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais. Tais atos são *imperativos* como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente exigibilidade, traduzida na previsão *legal* de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Bastas vezes ensejam, ainda, que a própria Administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la. É a chamada *autoexecutoriedade* dos atos administrativos. Esta, contudo, não ocorre sempre, mas apenas nas seguintes duas hipóteses: a-) quando a lei expressamente preveja tal comportamento; b) quando a providência for urgente ao ponto de demandá-la de imediato, por não haver outra via de igual eficácia e existir sério risco de perecimento do interesse público se não for adotada. (MELLO, 2016, P. 99).

O princípio da Supremacia do interesse público sobre o particular é o fundamento de validade de todas as prerrogativas inerentes à atividade administrativa do Estado, servindo, ao revés do que se possa pensar, como instrumento de garantia de satisfação do interesse público em vez de significar, propriamente, um privilégio de quem integre a Administração Pública. São baseados no princípio da supremacia o interesse público sobre o privado também os poderes administrativos, pois, a existência de prerrogativas não basta para a gerência estatal, necessários são os poderes que efetivem sua vontade.

3.2. Fundamentação política da Administração consensual

Num estado democrático de direito, onde a titularidade do poder é permanentemente do povo, não há que se limitar a participação da população aos momentos de eleição política, mas possibilitar que haja efetiva integração entre o Estado e seus cidadãos durante todo o processo de consecução das políticas públicas.

Nesse sentido, como fundamento de validade política, deve-se observar o conceito do sentimento constitucional de um povo, devendo a sociedade, de fato, vivenciar na sua rotina os ideais constitucionais. Segundo o conceito de sentimento constitucional, não basta que um povo tenha uma Constituição Formal, é necessário que os integrantes de um Estado possam

sentir, no dia a dia, a aplicação prática daquilo que se estatuiu como norma fundamental. Também partilha desse pensamento Raul Machado Horta:

O acatamento à Constituição, para assegurar sua permanência, não se resolve exclusivamente no mundo das normas jurídicas, que modela e conduz à supremacia da Constituição.

O acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica de seu comando supremo. Decorre, também, da adesão à Constituição, que se espraia na alma coletiva da nação, gerando formas difusas de obediência constitucional. É o domínio do sentimento constitucional. (HORTA, 1992, P. 17).

Portanto, observa-se que a adoção de mecanismos de Administração dialógica extrapola o caráter técnico-instrumental, figurando, principalmente, como um fator de afirmação democrática em que a coletividade pode adquirir maior sentimento constitucional, assim entendido o vínculo psíquico que as pessoas de determinado Estado têm com a compreensão diária da Constituição.

É sempre interessante trazer à tona que a Constituição Federal de 1988 é doutrinariamente classificada como dirigente, pois, além de zelar pelos direitos e garantias fundamentais, também determina programas de ação a serem concretizados pelo Estado. É nesse contexto que se encaixa o consenso administrativo. Logo, é baseado no sentimento constitucional de que é possível exigir-se do próprio Estado uma observância crescente das normas programáticas traçadas na Constituição Federal, para que o povo possa seguir a evolução da democracia brasileira, com efetiva participação na gestão da coisa pública.

3.3 A falência do modelo de administração pública verticalizada

Atualmente, vivemos, sem dúvida, momento de transição na forma de atuação da Administração pública. Por seu caráter de relação social, não podemos esperar que essa transição seja abrupta, imediata, rompendo completamente com a tendência anterior. Ao contrário, observamos uma lenta evolução na direção traçada até a superação completa do modelo anterior. Cabe ressaltar que a derrocada do sistema burocrático começou duas décadas atrás, mas ainda não podemos considerar sua superação.

Destaque-se mais uma vez que esse processo de superação do modelo impositivo estatal não é exclusividade brasileira, mas constitui-se de nova tendência mundial que tenta adequar os procedimentos estatais à democracia moderna vigente. Nesse sentido, Di Pietro traz:

Tanto a doutrina Europeia quanto a brasileira ressaltam a procura da consensualidade como novo instrumento de atuação da Administração Pública. Apenas para ilustrar, serão citados alguns autores.

É o caso de Maria João Estorninho (1999:42 ss). Depois de falar sobre o alargamento das tarefas da Administração Pública, no Estado social, a autora aponta como uma das consequências fundamentais desse processo o fato de ela passar a utilizar o meio de atuação mais típico do direito privado, que é o contrato. Mas, com base na lição de Prosper Weil e Hans Peter Bull, um outro fator que também contribui para o incremento da atividade contratual, que seria o aparecimento de uma nova mentalidade: “No fundo, um dos aspectos que aqui este em causa é o fenômeno de passagem da ‘administração autoritária’ para a administração soberana consensual.” E continua: “Assim, ao lado da actuação tipicamente soberana, que autoriza ou impõe unilateralmente, apareceu essa nova figura dogmática de actuação ‘soberana consensual’. Trata-se de uma forma de administração nova, ‘negociada ou contratual’, em que o acordo vem substituir os actos unilaterais de autoridade, aparecendo em relação a eles como uma verdadeira alternativa e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das ações unilaterais da Administração Pública”. (Di Pietro, 2017, P. 64).

Nesse sentido, podemos verificar um estágio avançado de decadência do modelo de Administração burocrática, que vigorava plenamente até os anos 90. Paulatinamente, a Administração dialógica vem ganhando força e resplandecendo no horizonte administrativo pátrio.

Não é plausível imaginar que um Estado possa balizar-se em sim mesmo, sem qualquer influência externa. Com o Brasil não foi diferente, tendo o início da implantação da Administração gerencial coincido com a forte tendência mundial do neoliberalismo e a flexibilização, por muitos países, das relações tradicionais que determinavam o comportamento administrativo.

Nessa esteira, o Brasil resolveu experimentar da nova forma de Administração, que muito embora tenha sido adotada em diversos estados, iniciou, verdadeiramente na iniciativa privada, provocando grandes avanços ao longo do século XX. Dessa forma, diante de um cenário mundial que exalava progresso, não podia o Estado brasileiro continuar adotando uma conduta burocrática desgastante e onerosa.

Com isso, a Administração burocrática e seus paradigmas começam a perder força, por serem incompatíveis com a modernidade do Estado democrático de direito. Assim, num Estado democrático, pautado sob a égide da dignidade humana, indisponibilidade do interesse público e da eficiência administrativa não há mais espaço para se tratar, por exemplo, da classificação ultrapassada de atos administrativos como atos de império. Nesse sentido, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello:

Costumava-se mencionar, no passado, a distinção entre:

(1) Atos de império – os que a Administração praticava no gozo de prerrogativas de autoridade. Exemplo: a ordem de interdição de um estabelecimento.

(2) Atos de gestão – os que a Administração praticava sem o uso de poderes comandantes. Exemplo: venda de um bem; os relativos à gestão de um serviço público.

Esta velha distinção está em desuso desde o final do século passado por imprecisa, inexata e haver perdido sua função primordial (excluir responsabilidade do Estado pela prática dos primeiros e admiti-la para os segundos). De acordo com a antiga concepção, só os primeiros seriam verdadeiramente atos administrativos. Tal distinção foi aqui mencionada apenas porque, às vezes, anacronicamente e – é claro – com resultados errôneos, doutrina e jurisprudência pátrias invocam-na para separar atos administrativos de atos de Direito Privado da Administração ou de suas entidades auxiliares que tem personalidade de Direito Privado. (MELLO, 2016, p. 441).

Ainda sobre a decadência da Administração burocrática, podemos trazer a necessidade de valoração do aspecto democrático. Afinal, para que a representatividade democrática política seja levada a termo, é necessário que as decisões administrativas também sejam dotadas de democracia, isto é, naquilo que seja possível, estender à população a plena participação na discricionariedade administrativa, a fim de valorar o mérito social das ações públicas.

Nesse sentido, destacamos as ideias de Marçal Justen Filho:

Enfim, a evolução democrática contínua amplia o grau de consensualidade das atividades estatais. Surgem novas soluções, muitas delas destituídas de cunho impositivo, para a conformação das condutas intersubjetivas. Isso se traduz em novos modos de manifestação das normas jurídicas. Torna-se problemático produzir um elenco exaustivo das espécies normativas. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 135).

4. INSTRUMENTOS DE AÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PACTUADA

A Administração Pública, embora de forma ainda tímida, tem buscado uma crescente abertura administrativa, no sentido de permear o clássico sistema unilateral de decisão com uma forma de atuação que possibilite maior participação dos administrados nas atividades do Estado. Para tanto, pautada sempre pela égide da legalidade, tem viabilizado instrumentos que justifiquem e materializem esse novo conceito de Administração Pública.

Enfatize-se que esse procedimento de criação de mecanismos consensuais legais não é tão novo assim, tendo início nos anos 90. Contudo, a cultura forte de uma Administração Pública impositiva tem tornado difícil a verificação de sua eficácia, bem como sua ampliação. Neste capítulo serão abordadas inúmeras disposições constitucionais e legais que conduzem a verdadeiras ferramentas consensuais existentes em nosso ordenamento jurídico.

A utilização da relação consensual pode ocorrer em três momentos distintos: inicialmente, em sua forma mais democrática, observa-se a participação popular na

composição da vontade administrativa, ou seja, num momento que antecede qualquer atividade prática. Posteriormente, é possível a utilização de mecanismos consensuais na execução administrativa das atividades do Estado. Num terceiro momento, após a execução, é possível que a população utilize mecanismos de controle para aferir a lisura e a conformidade dos processos de que se utilizou o gestor público para atingir as finalidades estatais. Esse terceiro momento de atuação consensual guarda estreita relação com o princípio da transparência.

De igual maneira, atualmente, a utilização de mecanismos consensuais na prevenção e solução de conflitos no âmbito da Administração Pública e seus administrados constitui uma evolução na Administração Pública, demonstrando imensa eficácia.

4.1. Composição da vontade administrativa

4.1.1. Instrumentos consensuais que vinculam a Administração Pública

Alguns instrumentos consensuais trazidos diretamente pelo texto constitucional possuem o condão de vincular à Administração pública, ou seja, impedem que a decisão estatal contrarie aquela acolhida pelo povo. São mais ligados à vida política, mas também merecem destaque neste estudo.

I– Plebiscito

Com previsão diretamente no texto constitucional, o plebiscito é um instrumento de manifestação da soberania popular, quando da necessidade de decisão de matéria de relevância constitucional, administrativa ou legislativa. O plebiscito é convocado mediante decreto legislativo em momento anterior à confecção do diploma legislativo ou do ato administrativo referente.

Trata-se de mais uma forma de exercício da soberania popular. Para melhor compreensão, é fundamental a análise do comando constitucional: art. 14, CF/1988 – “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, e nos termos da lei mediante: I – Plebiscito”.

Em atenção ao comando constitucional, lei própria foi editada para regulamentar os plebiscitos e referendos. Trata-se da lei 9.709, de 18 de novembro de 1998. Essa norma dispõe

sobre os procedimentos e prazos a serem seguidos nos casos desses mecanismos de consulta constitucional.

II– Referendo

O referendo é um instrumento correlato do plebiscito, sendo igualmente destinado à manifestação popular sobre determinada matéria. Contudo, diversamente do plebiscito, a consulta popular é realizada diante de um texto posto, isto é, o diploma normativo ou o ato administrativo já estão prontos e são apreciados pela população, ocasião na qual, serão rejeitados ou acatados da maneira como estiverem.

Ambos os instrumentos constitucionais, plebiscito e referendo, invariavelmente, possuem o poder de vincular o Estado. Dessa forma, não pode o Estado ignorar a decisão popular proferida por qualquer dos dois instrumentos.

III– Audiência pública

As audiências públicas são reuniões de interação entre Estado e particulares com a finalidade de se promover debates e reflexões acerca de determinados temas objetivados. As audiências públicas podem ter caráter vinculante ou não, dependendo de disposição legal em cada caso. Um exemplo de audiência legalmente estatuído encontra-se no art. 39, lei 8.666/93, adotando expressamente a necessidade de realização de audiência pública para licitações com valor superior a cem vezes o valor mínimo da modalidade concorrência. Nesse exemplo, a audiência pública é imprescindível, pois a lei vincula a validade do contrato à sua existência.

Quanto à necessidade de realização de audiências públicas previamente à publicação do edital em algumas licitações, como no caso do exemplo supracitado, enxerga-se um rompimento com a doutrina clássica, segundo à qual, o início da fase externa da licitação, ocorreria com a publicação do edital. Dessa forma, nos casos em que a lei determina a realização de audiência pública antes da publicação do edital, verifica-se que a fase externa inicia-se mesmo antes da publicação do instrumento convocatório, pois a audiência pública é a própria participação popular no bojo do certame licitatório, materializando, sem dúvida, uma fase externa.

No caso específico do art. 39, da lei 8.666/93, que exige a audiência pública para licitações com valores superiores a cem vezes o estipulado para a concorrência, existem críticas sobre tal instrumento. A principal delas é o aumento do prazo exigido, uma vez que a

realização da audiência deve ocorrer com antecedência mínima de 15 (dez) dias úteis da data prevista para a publicação do edital e sua publicação deve ser realizada até 10 (dias) após a sua realização. Nesse aspecto, observa-se a incidência de quase 30 (trinta) dias de prazo maior para as licitações que necessitem de audiência pública.

Ainda nesse sentido, cabe destacar também o Acórdão nº 248/2017 emitido pelo TCU, através do qual, nas licitações para registro de preço, para fins de definição se há ou não necessidade de ser realizada audiência pública, deve ser computado não só o valor cotado, mas também os valores que podem ser utilizados por eventuais órgãos aderentes à ata daquele registro de preços. Vejamos:

Em licitações pelo Sistema de Registro de Preços deve ser computado o valor previsto das adesões de órgãos e entidades não participantes (adesões tardias) para aferição do limite que torna obrigatória a realização de audiência pública, disposta na lei 8.666/1993, art. 39, caput; (TCU, 2017, Acórdão 248)

Por fim, cumpre lembrar que, muito embora a lei traga a necessidade expressa de realização de audiências públicas, o conteúdo das tratativas aferidos pelo administrador não possui o condão de vincular o Estado, possuindo caráter meramente consultivo. Dessa forma, a vontade popular não substitui a autoridade do Estado, mas fornece o subsídio para a conduta administrativa que mais se aproxime dos reclames sócias, limitada sempre à reserva do possível.

Diante da importância do tema, ressalte-se que o caráter vinculante das audiências públicas em relação à Administração Pública traduz-se na obrigatoriedade de sua realização nos casos em que a lei assim o defina. Para dirimir qualquer eventual confusão, não se pode confundir a obrigatoriedade de realizar audiência pública com a obrigatoriedade de observância do teor defendido pelos particulares. Assim, a audiência é obrigatória, mas a decisão definitiva do mérito discutido cabe somente ao poder público.

IV – Delegação atípica

Trata-se de instrumento pelo qual a lei atribui a possibilidade de a Administração reconhecer a validade de deliberações realizadas por pessoas privadas. Um exemplo de caso de delegação atípica reconhecido pela doutrina é o caso de decisões emanadas por associações sindicais e associação de moradores. Nas lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Para delegação atípica a lei reconhece a eficácia jurídica de atos de colaboração praticadas por entidades privadas. A designação de atípica não explica sua natureza jurídica, que é realmente a de uma técnica de *descentralização social*. Observe-se que na delegação atípica não há transferência de funções, mas o reconhecimento, sob certas condições, de efeitos de interesse público dos atos praticados pelas entidades privadas, como, por exemplo, ocorre com a atuação de associações de moradores, de universidades particulares e de clubes de serviço. (MOREIRA NETO, 2003, p. 149).

V – Cogestão

A cogestão é o fenômeno da abertura de determinados cargos de decisão em entidades públicas para particulares devidamente capacitados para o cargo. A finalidade desse instituto é, sem dúvida, integração de setores sociais e o Estado. Ressalte-se, entretanto, que a referida abertura somente é possível em virtude de lei.

4.1.2. Instrumentos consensuais de composição da vontade que servem de apoio à decisão administrativa

Existem outros instrumentos que, diversamente dos apresentados anteriormente, tem a finalidade apenas de assessorar o processo decisório do Estado e não são de realização obrigatória. Assim, diante de cada caso, a Administração Pública pode decidir pela utilização de alguns recursos consensuais como forma de dar maior efetividade à ação pública. Nesse sentido, é conveniente a análise dos institutos abaixo.

a) Coleta de Opinião

A coleta de opinião dos particulares, especificamente dos beneficiários dos serviços prestados pelo órgão coletor da opinião, revela não apenas um instrumento de simples implementação, mas constitui-se de importante ferramenta gerencial para mensurar o grau de satisfação da população. Não obstante, complementando sua finalidade, tem o poder de embasar novas decisões administrativas naquela área profissional avaliada, a fim de proporcionar adequação fática entre o interesse público primário e secundário.

b) Debate público

Esse instrumento é uma das expressões mais claras de abertura democrática da formação da vontade administrativa. Consiste na reunião de representantes do Estado com

particulares, com a finalidade de discussão. O debate público traz, ao mesmo tempo, a possibilidade de presença popular e a realização de tratativas diretas antes da tomada de decisão. Cabe ainda destacar que o debate público é desprovido de formalidades, guardando a essência da participação popular em sua inteireza.

c) Assessoria externa

Materializa-se participação representativa das categorias interessadas na decisão a ser tomada. Dessa forma, são nomeados representantes das categorias diretamente envolvidas pelo ato cujo desdobramento se discute. Esses representantes são nomeados com ou sem remuneração, após certificação de sua relação direta com o interesse dos segmentos populares envolvidos. Cabe destacar que a nomeação de assessores externos deve ser vinculada à demonstração de ausência qualquer vínculo ou influência deles com a entidade pública que receberá o assessoramento, sob pena de exaurir a essência deste instrumento, vez que contaminaria sua imparcialidade, mitigando sua efetividade.

Os instrumentos supracitados, que servem de apoio à decisão administrativa, não são capazes de vincular a Administração Pública, mas servem de caráter orientador para a formação da vontade. A grande importância dessas ferramentas não consiste apenas na participação popular na formação da vontade administrativa, mas no despertar de uma consciência social voltada a aproximar Estado e cidadãos, que, historicamente houve-se perda pela imposição unilateral de atos pelo gestor público.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação administrativa consensual é nova face da Administração Pública, tendo por base a manifestação de um estágio de maturidade mais avançado da democracia constitucional, com ideais práticos, imediatos, concretizadores e efetivos, que, além de representarem melhora na execução das políticas públicas, aumentam o sentimento constitucional dos cidadãos brasileiros.

As bases para a progressiva adoção de instrumentos consensuais existem na própria Constituição federal, principalmente no que tange aos princípios fundamentais da República, tais como o Estado democrático de direito e a solidariedade social, somado aos princípios administrativos elencados no caput do art. 37, CF/88 e outros implícitos do texto

constitucional, a exemplo da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o particular.

Assim, é fácil observar que a Administração consensual não constitui um modelo isolado, mas é fruto de um cenário político atual, consoante ao conteúdo programático constitucional, com realização mitigada apenas pela reserva do possível. Tem-se, assim, que a adoção de meios consensuais pela Administração Pública, em qualquer momento deve ser um mandamento de otimização.

Hodiernamente, não apenas a doutrina nacional vem ampliando seus estudos acerca do consenso administrativo, mas na maioria dos Estados mundiais, em igual proporção, instrumentos dialógicos têm sido erigidos nos diversos ordenamentos. Esse processo é mais acelerado nos países, que, assim como o Brasil, obtiveram influência francesa clássica em seu regramento interno. Essa herança, que serviu como fundamento de validade da imposição unilateral da vontade estatal vem sendo transformada pela nova tendência consensual.

Diante desse cenário de mudança no modo de agir do Estado, estudou-se o consenso em sua concepção mais ampla, abrangendo todas as formas de atuação conjunta entre Estado e particulares. Portanto, abordou-se o consenso sob um enfoque transcendente da instrumentalidade, materializado como qualquer esforço de cidadão ou de pessoa jurídica privada para, ao lado do Estado, manifestar comportamento prévio, concomitante ou ulterior à ação estatal, compatível com os anseios sociais vigentes.

Ressalte-se que a materialização da consensualidade pode ocorrer em instantes diferentes. Nesse contexto, foi realizada a abordagem das formas consensuais de acordo com o seu momento de atuação principal, quais sejam: no momento da formação da vontade administrativa, no momento da execução da vontade administrativa e no momento de fiscalização, com a verificação efetiva se a vontade administrativa foi legalmente alcançada. Paralelo à essa linha, abordou-se a possibilidade de realização de tratativas entre particulares e o Estado para a solução extrajudicial de conflitos, fator esse muito importante para a formação de precedentes que, não apenas satisfariam muito mais a segurança jurídica da população, quando do seu relacionamento com o Estado, mas desoneraria o Estado de muitos processos, que sobrecarregam o poder público com o dispêndio de recursos e de pessoal, sem falar no reflexo de ineficácia e morosidade sentidos pela população.

Quantos aos momentos de utilização do consenso, observa-se que o momento inicial de formação da vontade administrativa, bem como o momento do controle dos atos públicos ainda são instrumentalmente desprestigiados quando comparado com o momento de execução conjunta. Com efeito, por ocasião da execução associada, verifica-se uma infinidade de

institutos destinados a facilitar interação entre o Estado e pessoas privadas com ou sem fins lucrativos. Isso ocorra, talvez, pelas prioridades estatais. Com efeito prático, nada mais comum que o legislador, ao tecer prioridades na cadeia de matérias relevantes no objeto de seu trabalho legiferante, priorize os temas de maior interesse do Estado. Dessa forma, muito embora seja o consenso uno, o legislador vem privilegiando sua incidência na execução dialógica, desonerando o Estado de prestação direta, em detrimento das demais manifestações desse fenômeno. Portanto, muito mais na fase inicial, verifica-se, importante necessidade de crescimentos dos instrumentos permissivos de sua atuação.

Diante da forte incidência do consenso nas atividades de prestação estatal, estudou-se as formas como ocorrem a relação consensual. Entidades do terceiro setor, sem fins lucrativos, recebem fomento para realizar atividades sociais não exclusivas do Estado. Entidades privadas, com vistas à obtenção do lucro recebem a executoriedade de determinado serviço pelo poder público, mediante delegação ou concessão. Ainda é possível a autorização e a permissão administrativas, ambos instrumentos precários concedidos mediante análise da discricionariedade administrativa que beneficiam particulares com direitos e bens estatais.

O estudo do consenso foi abordado com o viés inclusivo da provocação particular ao judiciário para a fiscalização dos atos públicos. Abordou-se os instrumentos constitucionais da ação popular, ação civil pública e habeas data, através dos quais pode o particular recorrer ao judiciário para impugnar atos lesivos a determinadas matérias tuteladas pela Constituição federal.

Finalmente, o consenso administrativo é mais do que um princípio ou um programa administrativo, significa uma nova forma de comportamento administrativo, mais adequado com a ordem constitucional vigente, com os anseios sociais com a evolução mundial das relações entre o Estado e seu povo. Sua constante expansão é uma crescente que, cada vez mais, revelará meios eficazes de sua otimização.

Portanto, a importância desse estudo residiu em demonstrar a relevância da compreensão e ampliação na incidência das técnicas consensuais no ordenamento jurídico pátrio, com especial atenção à ligação do consenso com a democracia social alcançada atualmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo** – FA. Belo Horizonte. Ano 14, n. 155. p. 31-43. jan. 2014.

BOSELLI, Felipe. **O procedimento de audiências públicas nas licitações**. 2017. Disponível em: <www.boselli.com.br/o-procedimento-de-audiencia-publica-nas-licitacoes>. Acesso em 26 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. São Paulo: Saraiva: 2016.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 15 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitação e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm>. Acesso em 15 mar. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em 10 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 248**. Em licitações pelo Sistema de Registro de Preços, deve ser computado o valor previsto das adesões de órgãos e entidades não participantes (caronas) para aferição do limite que torna obrigatória a realização da audiência pública disposta no art. 39, caput, da Lei 8.666/1992. 2017. Disponível em: <<http://www.contas.tcu.gov.br/pesquisajurisprudencia>>. Acesso em 18 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>>. Acesso em 18 abr. 2018

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas. 2014.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 5. ed. Salvador. JusPODIVM. 2018.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo. Saraiva. 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**: O dicionário da língua portuguesa. Curitiba. Positivo. 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. **Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador, BA. V. 11. Agosto/setembro/outubro – 2007. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. 188. 14-35. Abr/jun 1992.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. São Paulo. Saraiva. 2016.

MAIA, Taciana Mara Corrêa. A Administração Pública Consensual e a democratização da atividade administrativa. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS. V. 16. n. 3. jan/jun. 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo. Saraiva. 2013.

MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo. Malheiros. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2014.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. 231. 129-156. Jan/Mar 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no sec. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. V. 104. p. 303-322. jan/dez. 2009.