



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**TIAGO REHEM ALMEIDA TOURINHO**

**A CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA: UM CAMINHO À  
EFICIÊNCIA**

Salvador  
2018

**TIAGO REHEM ALMEIDA TOURINHO**

**A CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA: UM CAMINHO À  
EFICIÊNCIA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, na Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Geovane Peixoto

Salvador  
2018

## TERMO DE APROVAÇÃO

TIAGO REHEM ALMEIDA TOURINHO

### A CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA: UM CAMINHO À EFICIÊNCIA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2018.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente à minha família, núcleo primordial na minha formação, em especial à minha mãe Rita Tourinho, pelo exemplo e ensinamentos passados. Agradeço ao Professor Geovane Peixoto, indiscutível referência na minha vida acadêmica. Agradeço à Faculdade Baiana de Direito, início de uma jornada que certamente ficará marcada no meu futuro.

TOURINHO. Tiago Rehem Almeida. A consensualidade administrativa: um caminho à eficiência. 90 pp. 2018. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2018.

### Resumo

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar que a atuação consensual pela Administração Pública proporciona a concretização do princípio constitucional da eficiência administrativa, colaborando, desta forma, na superação do panorama negativo do Poder Público brasileiro. Assim, será feita considerações sobre a consensualidade administrativa, expondo o seu conceito e concepções, relacionando-a ao princípio democrático. Posteriormente, demonstrará a forma como o consenso administrativo ascendeu no ordenamento jurídico, tratando dos vetores que proporcionaram tal ascensão. Ainda será exposto os gêneros e espécies dos instrumentos consensuais, desvinculando-os de análise meramente teórica. Por conseguinte, será discorrido sobre o princípio da eficiência administrativa, expondo o contexto da sua inserção no sistema jurídico brasileiro, demonstrando sua força imperativa, pautando sempre a conduta administrativa, inclusive quanto da atuação discricionária. Por fim, para sustentar a tese defendida, realiza-se a correlação existente entre a atuação consensual e a concretização do princípio da eficiência administrativa. Além do mais, reforçando o entendimento defendido no presente trabalho, utiliza-se, como exemplos, instrumentos consensuais e sua aptidão em possibilitar à Administração o alcance da conduta mais eficiente, comprovando-se, assim, que a consensualidade é um caminho a eficiência.

**Palavras-chave:** Consensualidade administrativa. Princípio constitucional da eficiência administrativa. Instrumentos consensuais.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>CONCEPÇÕES DA CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA E DEMOCRACIA.....</b>	<b>10</b>
2.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	10
2.2	CONCEITOS E CONCEPÇÕES SOBRE A CONSENSUALIDADE.....	10
<b>2.2.1</b>	<b>Alcance conceitual adotado da consensualidade administrativa.....</b>	<b>14</b>
2.3	A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA COMO CAMINHO À CONSENSUALIDADE.....	15
<b>2.3.1</b>	<b>Esforço histórico.....</b>	<b>16</b>
<b>2.3.2</b>	<b>Uma crítica contundente.....</b>	<b>19</b>
<b>2.3.3</b>	<b>Revigoração da democracia através da consensualidade.....</b>	<b>21</b>
<b>3</b>	<b>A ECLOSÃO DA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL: VETORES E GÊNEROS .....</b>	<b>23</b>
3.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	23
3.2	VETORES RESPONSÁVEIS PELA ECLOSÃO DA CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA.....	23
<b>3.2.1</b>	<b>Os Direitos fundamentais na Constituição.....</b>	<b>25</b>
<b>3.2.2</b>	<b>A Constituição Federal como ordem de valores.....</b>	<b>28</b>
<b>3.2.3</b>	<b>A procedimentalização dos atos administrativos.....</b>	<b>30</b>
<b>3.2.4</b>	<b>O princípio da subsidiariedade e a redistribuição dos papéis dos indivíduos na sociedade.....</b>	<b>34</b>
<b>3.2.5</b>	<b>Redefinição do conceito de interesse público.....</b>	<b>37</b>
3.3	GÊNEROS DA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL.....	41
<b>4.</b>	<b>O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO BALISADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>46</b>

4.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	46
4.2	DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	46
4.3	DA REFORMA ADMINISTRATIVA Nº 19/98.....	49
4.4	CONTEUDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA.....	53
4.5	O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ATRAVÉS DO PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA: A DISCRICIONARIEDADE LIMITADA.....	58
<b>5.</b>	<b>A CONSENSUALIDADE ADMINITRATIVA COMO ELEMENTO FOMENTADOR DA EFICIÊNCIA.....</b>	<b>64</b>
5.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	64
5.2	CONSENSO E EFICIÊNCIA.....	64
5.2.1	<b>A consensualidade na literatura sociopolítica.....</b>	<b>64</b>
5.2.2	<b>A Consensualidade na Administração Pública: o alcance da eficiência...66</b>	<b>66</b>
5.3	OS INSTRUMENTOS CONSENSUAIS COMO FATORES FOMENTADORES DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA.....	68
5.3.1	<b>A audiência pública e a eficiência.....</b>	<b>68</b>
5.3.2	<b>As Parceiras Públicas Privadas e a eficiência.....</b>	<b>72</b>
5.3.3	<b>O orçamento participativo e a eficiência.....</b>	<b>76</b>
5.3.4	<b>A arbitragem na administração e eficiência.....</b>	<b>79</b>
<b>6.</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>83</b>
<b>7.</b>	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>86</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A inserção do princípio da eficiência no art. 37, *caput* da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional 19/98, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a exigência da atuação eficiente do Poder Público alçado à condição de princípio constitucional. Assim, a Administração Pública, além de ter de atender aos demais princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, deverá possuir uma atuação que esteja balizada pelo princípio constitucional da eficiência administrativa.

Constata-se, deste modo, que a reforma realizada pela referida emenda objetivou, principalmente, superar a conjuntura ineficiente, bastante perceptível no dia a dia da Administração brasileira.

Assim sendo, exige-se do Poder Público, na sua atuação vinculada e discricionária, a concretização da eficiência, esta que possui como vertentes: a produtividade, economicidade, celeridade e presteza, qualidade, continuidade na prestação dos serviços públicos e a desburocratização.

Por conta da exigência expressa do art.37 da Constituição Federal, que impõe a atuação eficiente do Poder Público, é necessário questionar e analisar em que medida os institutos administrativos clássicos e a atual forma de atuação governamental tem a capacidade de proporcionar a concretização do referido princípio.

Assim, a presente monografia defende que a conduta administrativa por meio de atos unilaterais, através da utilização das prerrogativas, afastando as possibilidades da realização de acordos e atuação em conjunto da sociedade e Estado, não conseguem viabilizar o satisfatório cumprimento dos deveres cometidos ao Poder Público.

Sustenta-se, ademais, que diante das modificações do panorama da Administração brasileira, ascende o instituto da consensualidade administrativa, reformulando o modo imperativo de atuação do Poder Público, possibilitando a atuação em conjunto do Estado e sociedade, e ainda, como será demonstrado, proporcionando a concretização do princípio constitucional da eficiência administrativa.



Ressalta-se que a consensualidade administrativa já vem sendo debatido pela doutrina brasileira, existindo diversos instrumentos consensuais no ordenamento jurídico, como o plebiscito, a audiência pública, as parcerias públicas privadas e a arbitragem na administração. No entanto, alguns autores ainda consideram a consensualidade na Administração Pública como uma discussão embrionária.

Não obstante, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar que a atuação consensual, inaugurando uma Administração dialógica, fomentando a participação da sociedade junto ao Estado na realização do interesse público, assegura a concretização da eficiência administrativa.

Para demonstrar que a consensualidade administrativa é um caminho à eficiência, possibilitando a superação do empecilho da ineficiência administrativa, o Capítulo II será desenvolvido com o intuito de expor as concepções existentes sobre o consenso na Administração, ressaltando que o presente trabalho adotará a concepção que considera a atuação consensual qualquer forma de ingerência privada junto ao Poder Público. Por fim, será exposta relação existente entre o princípio democrático vigente no ordenamento brasileiro e a consensualidade, sustentando que esta é um instituto que possui o condão de revigorar a democracia.

Por conseguinte, no Capítulo III, após a demonstração da essência da consensualidade no capítulo anterior, será exposto o panorama atual da administração, discorrendo sobre os vetores que proporcionaram a ascensão da consensualidade administrativa. Serão feitas, deste modo, tratativas sobre a presença dos direitos fundamentais na Constituição que promoveram o reequilíbrio das relações entre sociedade e Estado; sobre a Constituição Federal como ordem de valores, proporcionando a transição de uma Administração pública de viés autoritário para uma que privilegia o homem, o cidadão; a procedimentalização do ato administrativo, incrementando meios participativos na tomada de decisões pelo Poder Público; o princípio da subsidiariedade e a redistribuição dos papéis dos indivíduos na sociedade que valorizou o papel do cidadão na realização de tarefas públicas; e a redefinição do conceito de interesse público permitiu que a promoção dos interesses individuais também pudesse ser considerado a realização de um interesse público.

Ao final do Capítulo III, para não somente permanecer na seara teórica, haverá a exposição dos gêneros e espécies dos instrumentos consensuais, sendo eles a) o consenso na tomada de decisão administrativa, promovendo o interesse público,

dividido no a.1) consenso como elemento coadjuvante e no a.2) consenso como elemento determinante na tomada de decisão; b) o consenso na prevenção de conflitos administrativos e c) o consenso na composição de conflitos administrativos, ambos com a função de recuperação do interesse público; e por fim, d) o consenso na execução administrativa, satisfazendo o interesse público, dividindo-se em d.1) execução associada por contrato e d.2) execução associada não contratual.

No Capítulo IV será feita a análise do princípio da eficiência, discorrendo sobre a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando os diversos conceitos desenvolvidos pela doutrina, bem como o seu conteúdo jurídico. Será demonstrado também que em razão da força imperativa dos princípios constitucionais, o princípio da eficiência pautará a atuação da Administração Pública, ressaltando que até na sua conduta discricionária, deverá ser escolhido o meio que proporcione a concretização do referido princípio.

Por fim, no Capítulo V, será feita a relação entre a atuação consensual e a concretização da eficiência administrativa, sustentando que os instrumentos consensuais existentes no sistema jurídico proporcionam o atingimento do interesse público da melhor forma possível, sendo, deste modo, essencial a atuação conjunta da sociedade e o Poder Público. Para confirmar a presente tese, será exposto exemplos de instrumentos consensuais e a sua aptidão e promover a concretização do princípio da eficiência.

Assim demonstrar-se-á que a consensualidade administrativa é um caminho à eficiência na Administração Pública.

## 2. CONCEPÇÕES DA CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA E DEMOCRACIA

### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho enfoca na concepção de que a atuação consensual por parte do Poder Público, fomenta a eficiência administrativa. Assim, uma atuação dialógica da Administração, contraposto à atuação imperativa, proporcionará melhores meios e resultados da atividade pública.

Desta forma, será imprescindível abordar, de início, o instituto da consensualidade administrativa, trazendo os aspectos apresentados pela doutrina, ressaltando que apesar dos instrumentos consensuais já existirem no ordenamento jurídico brasileiro, só recentemente o tema passou a ser debatido de forma mais específica.

Assim, inicia-se buscando estabelecer o alcance conceitual da consensualidade, bem como a sua correlação com instituto da Democracia.

### 2.2 CONCEITOS E CONCEPÇÕES SOBRE A CONSENSUALIDADE

Como enunciado por Rafael Carvalho Rezende Oliveira, a discussão em torno da consensualidade administrativa no Brasil é embrionária (2013, p.159). Em razão disto, a doutrina nacional não trata sobre o tema de maneira uniforme, havendo diversas variações acerca da concepção sobre a consensualidade administrativa:

A descrição das linhas de entendimento sobre a consensualidade no plano do Direito Administrativo nacional, que necessariamente remete à consideração de seus instrumentos jurídicos de efetivação, aponta para a *imprecisão teórica* no tema, o que é demonstrada pela disparidade de tratamento conceitual a respeito da atuação administrativa consensual, bem como de seus instrumentos (PALMA, 2010, p.89).

Será necessário, desta forma, deixar claro quais concepções que serão adotadas neste trabalho, para demonstrar que não se estará excluindo determinado entendimento e manifestar, também, coerência.

Primeiramente, é preciso constatar, como bem expos Juliana Bonarcosi de Palma (2010, p.82), que o tema da consensualidade administrativa, só foi desenvolvido pela doutrina nacional após o contato com a farta produção doutrinária do Direito Administrativo Italiano e Espanhol.

Ressalta-se, que já existia no Direito Administrativo brasileiro instrumentos consensuais, mas “somente a partir da segunda metade dos anos 1990 o tema passou a ser discutido no Brasil de forma técnica e sistematizada em torno do conceito de “consensualidade”” (PALMA, 2010, p.82).

Desta forma:

No contexto de limitação da autoridade do Estado por meio de estudos sobre a participação administrativa e a forma de exercício do poder de autoridade pelo Estado, os administrativistas brasileiros entraram em contato com o desenvolvimento teórico da consensualidade nos países europeus filiados ao *civil law* e inseriram o tema da consensualidade na pauta da agenda teórica nacional (PALMA, 2010, p.82).

Quanto à conceituação da consensualidade administrativa, apesar do debate acadêmico, não é o ponto em que os doutrinadores brasileiros se concentram em desenvolver (PALMA, 2010, p.82).

Grande parte dos estudos sobre a consensualidade administrativa foca em expor os fundamentos que proporcionaram a ascensão da consensualidade, determinar sua natureza jurídica, os instrumentos consensuais existentes no regime administrativo e suas características (PALMA, 2010, p.82).

Verifica-se, no entanto, como já dito, que há uma grande variação no entendimento dos doutrinadores.

Em relação ao motivo que proporcionou o advento da consensualidade administrativa, autores como Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2013), Taciana Mara Corrêa Maia (2014), Gustavo Justino Oliveira e Cristiane Schwanka (2009), Diogo Figueiredo Moreira Neto (2016), Lucia Valle Figueiredo (2003), Fernando Dias Menezes de Almeida (2008) concedem maior importância à influência do princípio democrático.

De maneira geral, apontam que a eclosão da consensualidade está intimamente ligada à atual organização constitucional da Administração Pública, que tem como pano de fundo a cláusula do Estado Democrático de Direito.

Exemplificando, os autores Gustavo Juntino Oliveira e Cristiane Schwnaka (2009, p.305) alegam que “a função estatal de mediação emana da propagação do ideal democrático para além do quadrante da política, resultado da busca do alargamento das bases de legitimação do exercício do poder estatal, por meio da democratização da democracia”.

Na mesma linha, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2013, p. 153) defende que “a participação popular no procedimento administrativo, nessa perspectiva do consensualismo, revela-se um importante instrumento de democratização da Administração Pública”.

Ainda sobre a evidência da democracia como justificador da eclosão consensualidade administrativa, é importante mencionar o autor Fernando Dias Menezes de Almeida (2008, p.337) quando argumenta que “o consenso tem íntima relação com a democracia, não integrando o princípio próprio dos regimes autocráticos”.

Outro fator que os doutrinadores trazem como fomentador da ascensão da consensualidade corresponde a contratualização. Alexandre dos Santos de Aragão (2005, p.293), por exemplo, em artigo denominado “A consensualidade no Direito Administrativo: Acordos regulatórios e contratos administrativos”, aponta que através da utilização dos contratos e acordos por parte da administração, atenua-se a sua atuação unilateral e imperativa, inaugurando o agir consensual. O fenômeno da contratualização consiste na utilização dos contratos administrativo junto à concertação administrativa.

Por fim, Juliana Bonacorsi de Palma (2010, p. 84) alega que a doutrina traz a eficiência como outro motivo que teria proporcionado a ascensão da consensualidade administrativa, mas, da mesma forma que ressalva a autora, esta monografia irá desconsiderar este entendimento, pelo motivo de situar a eficiência como uma consequência da consensualidade administrativa, tema que será debatido no presente trabalho.

No tocante a concepção que se adota sobre o instituto, existem autores que entendem a consensualidade “como acordos de vontades entre Administração Pública e pessoas de direito público ou de direito privado, quando da avença de contratos administrativos ou de outras fórmulas negociais”. Deste modo, “em sentido amplo, a

consensualidade abrangeria contratos e instrumentos de concertação administrativa (os acordos administrativos)” (PALMA, 2010, p.84 e 86).

Exemplo de doutrinadores que seguem essa diretriz seriam, Alexandre do Santos de Aragão (2005), Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka (2009). Estes autores em regra, sugerem que os instrumentos de ação da administração consensual seriam a concertação, a contratualização e os acordos.

Em razão disto, as espécies dos instrumentos consensuais neste caso seriam, como bem proposto por Juliana Bonacorsi de Palma (2010, p. 87): (i) contratos intragovernamentais; (ii) contratos administrativos para prestação de serviço público ou social; (iii) acordos mediados; e (iv) ajustes de conduta.

No entanto, apesar da classificação realizada pela autora ser bastante didática, esta monografia utilizará a classificação dos gêneros e espécies dos instrumentos consensuais proposto por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016).

Portanto, adotando a classificação proposta por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p. 183), para a referida diretriz, os gêneros dos instrumentos consensuais seriam: (i) o consenso na execução administrativa, dividindo-se em execução associada por contrato e sinergia da parceria; e a execução associada não contratual por coordenação e sua sinergia; e (ii) o consenso na prevenção e composição de conflitos administrativos.

Em contrapartida, a outra concepção acerca da consensualidade, adota o critério da participação administrativa “na medida em que a consensualidade corresponderia a qualquer forma de ingerência privada na Administração Pública, ainda que não vinculante”. Assim, “a consensualidade estaria intrinsecamente relacionada à participação administrativa, razão pela qual seus principais instrumentos seriam, além dos já referidos, aqueles outros próprios da participação administrativa, a audiência e a consulta pública” (PALMA, 2010, p.89).

Exemplo de autores adeptos desta linha, considerando qualquer forma de participação da sociedade junto à Administração como manifestação da consensualidade, seriam Lucia Valle Figueiredo (2003) ao tratar da audiência pública na Lei 8.666/93 como instrumento consensual; Adriana da Costa Ricardo Schier (2002) quando discorre sobre o Direito de Reclamação; Fernando Dias de Menezes Almeida (2008, p.346) ao afirmar que “ a utilização de mecanismos de consenso na

atividade administrativa, no entanto, certamente não se limita ao caso do contrato administrativo tradicional”.

Adotando-se esta concepção, deve-se acrescentar aos gêneros já citados dos instrumentos consensuais “o consenso na tomada de decisão administrativa”, podendo ser o consenso como elemento coadjuvante ou determinante na formação da vontade administrativa (MOREIRA NETO, 2016, p. 183).

Por fim, após demonstrada as variações doutrinárias existentes, é de suma importância apontar qual será a linha que este trabalho irá seguir.

### **2.2.1 O alcance conceitual adotado da consensualidade administrativa**

Primeiramente, é importante ressaltar que este trabalho não irá deixar de lado outros elementos que proporcionaram o surgimento da consensualidade administrativa. Assim, será exposto também, em momento oportuno, sobre outros vetores que possibilitaram a eclosão da administração consensual sendo eles: os Direitos Fundamentais na Constituição; a redistribuição dos papéis dos indivíduos na sociedade; a procedimentalização dos atos administrativos; a Constituição Federal como ordem de valores; e a redefinição do conceito de interesse público.

No entanto, concedera-se uma maior importância a diretriz que considera o princípio democrático como o mais importante fator acarretador da ascensão da consensualidade administrativa.

Como será exposto mais a frente, a exigência da sociedade por posturas mais democráticas, em decorrência da presente crise representativa, vem acarretando a valorização dos instrumentos consensuais.

Não obstante, independente da referida crise, a releitura do Direito Administrativo à luz da cláusula do Estado Democrático de Direito, acarreta na ascensão da consensualidade, como demonstra Taciana Maia:

A real efetivação do Estado Democrático de Direito perpassa pela existência de um espaço público que propicie diálogo livre e construtivo entre governantes e governados, possibilitando a construção dos significados normativos, via processos dialógicos, em que a esfera de atuação do Poder Público estará permanentemente imbricada com a sociedade civil. (MAIA, 2014, p.70)

Desta forma, em relação a concepção sobre a consensualidade, este trabalho irá adotar o critério da participação administrativa, por ser a que mais se harmoniza com o princípio democrático. Qualquer forma de participação da sociedade junto à Administração Pública será considerada uma manifestação da consensualidade.

Assim, os gêneros dos instrumentos consensuais abordados serão: o consenso na execução administrativa; o consenso na prevenção e composição de conflitos administrativos; e o consenso na tomada de decisão administrativa.

Deve-se ainda ressaltar, que será demonstrado como a utilização do agir consensual, por parte da Administração, provoca o incremento da eficiência administrativa.

Enfim, esta monografia conceberá qualquer ingerência particular junto a administração uma forma de exteriorização da consensualidade, sendo que essas ingerências decorrem principalmente da releitura do Direito Administrativo à luz da cláusula do Estado Democrático de Direito, destacando-se que há, também, outros fatores que proporcionaram a eclosão do referido instituto, sendo que esta forma de agir da Administração proporcionará maior eficiência na atuação.

Portanto, é de suma importância, inicialmente tratar sobre a estreita relação existente entre a democracia e consensualidade.

### 2.3 A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA COMO CAMINHO À CONSENSUALIDADE

A eclosão da consensualidade administrativa está estreitamente ligada ao fenômeno da crise da democracia representativa.

Ocorre que, o enfraquecimento da democracia representativa acarreta em uma exigência por mais democracia, despontando o revigoramento da democracia direta como alternativa, entendimento este exposto por Norberto Bobbio:

Parto de uma constatação sobre a qual podemos estar todos de acordo: a exigência de mais democracia, tão frequente nos últimos anos, exprime-se como exigência de que a democracia representativa seja acompanhada ou mesmo substituída pela democracia direta. Tal exigência não é nova: já havia feito, como se sabe o pai da democracia moderna, Jean Jacques Rosseau, quando afirmou que “a soberania não pode ser representada” (BOBBIO, 2017, p.69).



Portanto, é de grande relevância a indagação realizada por Raymundo Magliano Filho (2017, p.21), em seu livro que trata sobre a reciprocidade entre sociedade civil e instituições governamentais: “mas como a consolidação da democracia representativa deu lugar à exigência pela democracia participativa? Como foi possível essa alteração?”.

A relação existente entre a crise da democracia representativa e a fortificação da consensualidade administrativa, está no fato da referida crise requerer uma maior participação direta da sociedade junto ao poder público, enaltecendo a própria concepção da consensualidade administrativa.

### **2.3.1 Escorço histórico**

Rubens Beçak (2014, p. 19/48), em seu livro *Democracia Hegemonia e Aperfeiçoamento*, realiza um escorço evolutivo da democracia na modernidade, explicitando, de forma sucinta, o contexto que levou a democracia à sua forma representativa, e explicitando alguns fatos que acarretaram na sua crise, e a consequente demanda pela participação.

Primeiramente, o autor afirma que, “na contraposição ao Absolutismo, será gestado sistema que, na evolução e progressão da ideia, acabará por ser denominado Democracia contudo, guardar similitude com o sistema existente na Antiguidade” (BEÇAK, 2014, p. 19).

Posteriormente, relembra que este sistema pretérito era percebido, na memória do consciente coletivo, como aquele da alegria e paz, referente a “Idade do Ouro”. Porém, foi necessária uma reforma deste antigo sistema para que ocorresse a compatibilidade ao contexto moderno (BEÇAK, 2014, p. 20).

Para elucidar a afirmação, o autor expõe a impossibilidade de transportar a modalidade deliberativa direta realizada em Atenas, no período cognominado de “século de Péricles”, a conjuntura moderna (BEÇAK, 2014, p. 20).

Por este motivo, deve-se destacar que a democracia não é um fenômeno constante, imutável, transportado para qualquer Estado e em qualquer momento na

mesma estrutura, entendimento este elucidado por Simone Goyard-Fabre (2003, p.18):

Por um lado, não se pode afirmar que a democracia era outrora (e ainda é) uma forma de regime político claramente definida que se inseria na trilogia dos governos tantas vezes repetida pela doutrina: *monarquia*, ou governo de um só, *aristocracia* ou governo do pequeno número de melhores, *democracia* ou governo de todos; veremos que as coisas foram (e ainda são) infinitamente mais complexas. Por outro lado, seria um grave erro de apreciação acreditar que a democracia tenha uma essência imutável e eterna, cuja radicalidade inspirou todos os modos democráticos de governo dos povos, veremos que, sobre princípios relativamente claros, enxertaram-se modalidades jurídico-políticas concretas e diversas.

Nesta mesma linha raciocínio, criticando a concepção da Democracia como uma ideologia, sendo uma forma de governo imutável, e possível de ser aplicada de forma homogênea em qualquer época e em qualquer lugar, discorre o pensador americano Russel Kirk (2013, p.332):

A forma de governo mais adequada depende necessariamente da experiência histórica, dos costumes, das crenças, do estado da cultura, da tradição legislativa e das circunstâncias materiais de um povo, e todas essas coisas variam de país a país e de época a época. A monarquia pode defender o mais alto grau possível de ordem, justiça e liberdade para um povo – como, apesar das falhas, a monarquia abissínia fez na Etiópia, até a revolução marxista. A aristocracia, sob outras circunstâncias, pode ser considerada muito proveitosa para o bem-estar geral. A forma suíça de democracia pode funcionar muito bem na Suíça do século XX; entretanto, não resulta disso que o padrão suíço, por exemplo abruptamente imposto, digamos, ao Brasil iria funcionar.

Retornando ao esboço evolutivo, após o reconhecimento da inviabilidade de retomar a democracia deliberativa direta realizada em Atenas para o cenário moderno, o Direito Público, trazendo o instituto do mandato do Direito Civil, e transmutando-o em mandato político, deu origem ao regime da democracia representativa (BEÇAK, 2014, p.21).

Assim sendo, o mandato imperativo, característico dos modelos de matriz privada, transmudasse para uma representação fiduciária, termo utilizado por Norberto Bobbio (2017, p.76), onde a vontade do representante está desvinculada ao do representado.

Continua o autor expondo que “outra alteração marcante no perfil da democracia deu-se já em meados do século XIX, com a entrada em cena dos partidos políticos” (BEÇAK, 2014, p.23).

Agora, a Democracia pressupunha a existência da representação não imperativa, e sua explicitação pelos partidos políticos.

Ao final do século XIX, as críticas a democracia representativa já eram intensas. Neste momento, o autor traz um problema que logo a frente será melhor exposto, e é um dos mais censurados defeito da representatividade democrática: a desproporcional disparidade entre a vontade do representado e do representante, estando as Assembleias de governo “mais para câmaras burguesas de representação da vontade desta classe social ou pior, de interesses unipessoais” (BEÇAK, 2014, p. 26).

Após as diversas críticas, foram realizadas reformas nos sistemas democráticos, com o fim de dinamizar os processos parlamentares e o parlamento como um todo. No entanto, o aparecimento dos regimes totalitários foram o contraponto daquelas democracias tão debilitadas e criticadas. Neste sentido:

A perspectiva de um Estado baseado em novos paradigmas, pautado pelo autoritarismo, foi fenômeno muito mais atraente e catalizador das massas do que as propostas de revalorização da democrática. O que se passou é deveras conhecido. Com a exceção de uns poucos países, como França, Inglaterra, *Benelux*, parte da Escandinávia e Suíça, a Europa como um todo mergulhou no autoritarismo em escala de matizes variegado, em grande parte com vieses totalitários. (BEÇAK, 2014, 28).

Com a derrocada dos sistemas totalitários, após os grandes conflitos mundiais, iniciou-se o processo de redemocratização. Foi uma época em que as críticas ao regime da democracia representativa eram inoportunas e fora de contexto (BEÇAK, 2014, p. 29).

Contudo, mais a frente, as críticas ressurgiram, sendo o momento paradigmático “a crise que se passará na República Francesa, agudizada com a desgastante Guerra da Algéria”. O desenlace deste conflito foi “assunção do poder por De Gaulle, que com o mandato especial que lhe foi concedido pela Assembleia, conduzirá processo constituinte do qual exsurgirá a famosa Constituição da V República” (BEÇAK, 2014, p.27).

Esta nova Constituição francesa valoriza bastante a consulta direta à população, prevendo, por exemplo, o instituto do referendium. Almejou-se, desta forma, incrementar a legitimidade da atuação do poder público, sendo a consulta direta à população a nota marcante da nova fase da política do país (BEÇAK, 2014, p.30).

Por conseguinte:

A doutrina que se vai produzir a partir daí realça a substituição de modelo em

que a soberania popular encontrava-se substituída na soberania parlamentar, ou até mesmo, no dizer de Gicquel, “na confusão das assembleias com a própria democracia. Restitui-se ao povo, nestas consultas, parcela de poder decisional. (BEÇAK, 2014, p.30)

Assim, a democracia representativa, buscando revigoração e maior legitimidade, eficiência nas tomadas de decisões, introduziu instrumentos nos quais a população decide diretamente. Como exemplos, o plebiscito, o referendun, o recall, o veto popular, a iniciativa popular.

Deve-se ressaltar, que os referidos instrumentos são formas de expressão da consensualidade administrativa, demonstrando que o reforço e o enaltecimento da democracia, incentiva a eclosão e a força doutrinária da consensualidade na Administração, como já afirmado anteriormente.

### **2.3.2 Uma crítica contundente**

Após narrar o sucinto histórico da democracia, é de suma importância dissertar melhor sobre as críticas realizadas à forma representativa da democracia, críticas que levaram ao surgimento de instrumentos de participação da população junto ao Poder Público, com o fim de revigorar a legitimidade e eficiência das decisões adotadas pela Administração.

Assim, será discorrido sobre a crítica que condena a proibição do mandato imperativo (BEÇAK, 2014, p.63), ocasionando uma disparidade enorme entre a vontade do representado e do representante.

Evidentemente, são diversas as críticas realizadas à democracia representativa e à democracia em geral. Acontece que, as outras observações são mais estruturais ou discorrem sobre pontos gerais.

A que será tratada, foca na essência da representatividade democrática, revelando que para dinamiza-la, a alternativa é mais participação da sociedade junto ao Estado, desenvolvendo uma sociedade mais democrática.

Norberto Bobbio (2017, p.33/68) por exemplo, escrevendo um ensaio sobre o futuro da democracia, cita diversos aspectos que consistiriam a democracia ideal, aquela prometida como “ideal elevado”, mas que se tornou em matéria bruta, a democracia real.

Contrasta a democracia prometida àquela realizada trazendo diversas críticas, as quais abordaremos a que ele chama de revanche de interesses (crítica a proibição dos mandatos imperativos) (BOBBIO, 2017, p.39).

É importante destacar, que quando se faz comentários negativos sobre a representatividade democrática, não se estará propondo a transição para uma democracia direta e sim um revigoramento da democracia representativa, com uma maior participação da sociedade, um modelo que a Administração haja de maneira consensual junto ao cidadão. Entendimento este trazido por Raymundo Magliano Filho (2017, p.20):

Que hoje seja necessário aprimorar essa forma de governo a partir da ampliação dos espaços de participação da sociedade civil não exclui, por si só, a continuidade da ideia de representação política. Trata-se, muito mais, de permitir a construção de um modelo de democracia integral em que ambas as formas são necessárias, ainda que, consideradas em si mesmas, sejam insuficientes.

Enfim, no que tange a crítica a discrepante disparidade entre a vontade do representante e do representado, derivado do princípio da proibição do mandato imperativo, é importante abordar, inicialmente, a observação feita, mais uma vez, por Raymundo Magliano Filho (2017, p.20) sobre o risco de não existir a participação da sociedade junto à Administração do Estado, deixando todas as decisões em mãos dos representantes:

Como ficará claro, o que se busca destacar é que a democracia representativa isolada da sociedade civil favorece o próprio totalitarismo (não podemos esquecer que Hitler e Mussolini foram eleitos, ou seja, chegaram ao poder por meio de instrumentos democráticos representativos). Quando deixamos todas as questões fundamentais da sociedade nas mãos dos nossos representantes, corremos o risco de substituir o princípio da autofundação da sociedade pelo princípio do jogo político, tão comum à cena nacional brasileira. Nesse cenário não somos nós que governamos, mas o jogo de favores entre partidos e lobbies. É para esse déficit democrático que devemos atentar.

E acrescenta o autor:

Os limites das instituições representativas sempre tiveram como pano de fundo a crítica que denunciava a distância entre representantes e representados (uma vez mais, basta recordar os traumas da representação política após o fascismo e o nazismo), seja na forma do crescimento e isolamento dos partidos políticos (partidocracia), seja na forma de burocratização das estruturas políticas. Isso significa que votar, delegar sua vontade para o representante político, não garante que esse representante atue de acordo com a sua vontade. (MAGLIANO FILHO, 2017, P.21)

Norberto Bobbio (2017, p.44/46) também discorre sobre o assunto, fazendo uma crítica denominada de “revanche de interesses”. Afirma que a democracia

representativa consiste na representação sem um mandato vinculado. No entanto, alega que o princípio da proibição ao mandato imperativo, foi altamente desrespeitado quando a concordância entre o interesse do representante e representado consiste no representado ser um grupo buscando seus objetivos, não em prol da sociedade.

Em suma, a proibição a existência do mandato imperativo, vem acarretando em uma grande dessemelhança entre os interesses dos representantes e dos representados, ocasionando no nascimento de um fenômeno perigoso. No entanto, deve-se destacar que a representação é necessária, mas para que seja legítima, eficiente e positiva é preciso revigora-la com a participação.

Portanto, como bem constatou Raymundo Magliano Filho (2017, p.18), a não participação da sociedade civil, deixando todas as demandas sob a responsabilidade dos representantes, promoverá: a politização das instituições, perda de autonomia e corrupção.

### **2.3.3 Revigoremento da democracia através da consensualidade**

Diante do exposto, ficou claro que o caminho para o revigoremento da democracia representativa, é através de procedimentos mais democráticos, uma maior participação administrativa da sociedade. É o mesmo entendimento de Rubens Beçak (2014, p.61), quando afirma que: “a ânsia por mais e melhores práticas que permitissem uma busca mais efetiva de legitimidade na democracia vai fazer com que se acentue a busca por práticas de democracia semidireta”.

Desta maneira, a grande relevância que se concede, neste trabalho, a diretriz que considera o princípio democrático como o mais importante fator acarretador da ascensão da consensualidade administrativa, justifica-se no fato que a participação administrativa, que proporcionará maior legitimidade e eficiência a democracia representativa, traduz-se na concepção que adota-se sobre a consensualidade. Concepção que considera qualquer ingerência particular junto a administração uma forma de exteriorização da atuação consensual.

Portanto, é de suma importância a observação feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando afirma que:

Democratiza-se a Administração Pública, com a implantação de novas formas de participação do cidadão, seja para garantir a transparência e o controle, seja para ampliar as formas de colaboração privada com o poder público, por meio de diferentes tipos de parceria (concessão e permissão de serviços públicos, concessão de uso de bens públicos, inclusive para fins de exploração comercial, convênios, contratos de gestão, terceirização). (PIETRO, p.431, 2003)

Além disso, deve-se destacar que a democracia não é algo dado, não é uma ordem social que já vem pronta e que deverá somente ser adotada para que desfrutemos de suas qualidades. A democracia é construída, e dependerá da atuação da sociedade para que esta estruturação seja realmente eficaz, podendo retirar bons frutos.

Esta é a linha de raciocínio trazida por Raymundo Magliano Filho (2017, p. 19):

A democracia é justamente uma ordem social que potencializa a sociedade civil, a partir da própria sociedade – e isso é fundamental. Por isso afirmamos que as leis são criadas pelo “povo”. Isso significa que a democracia não é algo dado, não é um partido, um dogma, uma espécie de política, mas uma construção contínua, e que por isso mesmo exige representação e participação.

Taciana Maia (2014, p.73) enfatiza ao dizer que “a criação de um Estado Democrático de Direito pelo poder constituinte não instaura per se a democracia”.

Assim, conclui-se que a atuação consensual é este meio necessário para que se construa uma democracia robusta, ficando evidenciado a estreita ligação existente entre a consensualidade administrativa e a Democracia.

Cumprindo ainda citar Almiro do Couto e Silva (2015, p.262) quando enfatiza a ligação existente entre a consensualidade e a democracia:

Administração concertada, administração consensual, *soft administration*, são expressões que refletem formas novas de democracia participativa em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo. Por vezes esse acordo é estabelecido informalmente, antes de o Poder Público exarar ato administrativo. Então, o que aparece, juridicamente, é apenas o ato administrativo e não a solução consensual que ficou atrás dele e escondida por ele.

Por fim é importante frisar, como já citado, que não só a democracia é o fator acarretador da ascensão do agir consensual. Certas mudanças paradigmáticas também foram elementos que proporcionaram essa eclosão, mas ainda assim, são mudanças que levam em consideração o princípio democrático, como serão a demonstrados no próximo capítulo.

### **3. A ECLOSÃO DA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL: VETORES E GÊNEROS**

#### **3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O primeiro capítulo do presente trabalho abordou o alcance conceitual da consensualidade administrativa e a correlacionou com o instituto da Democracia. Por conseguinte, para finalizar a exposição das bases teóricas da consensualidade administrativa e iniciar a abordagem do princípio da eficiência, que é outro elemento abarcado por esta monografia, será necessário discorrer sobre os vetores que proporcionaram a ascensão da consensualidade administrativa e ilustrar quais são os gêneros dos instrumentos consensuais.

#### **3.2 OS VETORES RESPONSÁVEIS PELA ECLOSÃO DA CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA**

Após as tratativas a respeito da relação do princípio democrático como fator acarretador da ascensão da consensualidade administrativa, será de suma importância discorrer sobre os vetores que proporcionaram uma maior democratização da Administração pública, proporcionando o surgimento da consensualidade.

Os vetores os quais serão discutidos, foram tratados por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p.163/173), sendo eles: os direitos fundamentais na constituição; redistribuição dos papéis dos indivíduos na sociedade; a procedimentalização dos atos administrativos; a Constituição Federal como ordem de valores; redefinição do conceito de interesse público.

Esses vetores correspondem a mudanças paradigmáticas ocorridas no ordenamento jurídico, que proporcionaram, como já dito, uma democratização da Administração pública e como consequência a ascensão da consensualidade administrativa.



Para contextualizar melhor os referidos vetores, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p.162/168), realiza um breve histórico sobre a evolução da Administração Pública imperativa à consensual.

Inicia afirmando que a desagregação da concentração do poder em um soberano decorreu das três revoluções liberais: a revolução inglesa, que com o parlamento instituiu uma sede autônoma do exercício da função legislativa; a revolução americana, que criou um sistema judiciário com autonomia para desenvolver a função jurisdicional; e a revolução francesa, que transferiu do soberano a um órgão autônomo o exercício da função administrativa (MOREIRA NETO, 2016, p.162).

Ressalta que, não obstante a harmonização entre a função legislativa e a função jurisdicional com a sociedade, confeccionando uma sólida teoria dos direitos fundamentais e a valorização do primado da cidadania, a função administrativa na América Ibérica e na Europa Continental, conservaria o seu caráter impositivo adquirido da época do absolutismo (MOREIRA NETO, 2016, p.162).

Incumbiu ao Direito Administrativo, com as diversas elaborações doutrinárias e jurisprudenciais, assentar os valores liberais e democráticos nos Estados de Direito, restabelecendo um equilíbrio entre as três funções, almejando a paridade entre o Estado Administrador e o Cidadão-Administrado. Defende que este reequilíbrio possibilitou, entre outros aperfeiçoamentos, que ocorresse o exame do mérito do ato administrativo; a processualização da ação administrativa; e a desmitificação do conceito positivista do interesse público (MOREIRA NETO, 2016, p.163).

O autor, no entanto, frisa que somente após o fim da Segunda Guerra Mundial, e das conquistas sociais adquiridas com a Revolução das Comunicações que foram exauridos de vez os resquícios do antigo regime, eliminando o teor imperativo da Administração, declarando que o súdito:

com a ressurreição democrática do Segundo Pós-Guerra, logo se transformaria em cidadão, dando-se uma dramática recuperação dos valores liberais dormitantes e dos valores democráticos substantivos que despontavam; encerrava-se um período em que, tanto o liberalismo, quanto a democracia estavam limitados, comprometidos e travados pelos decisionismo político e pelo formalismo jurídico dominantes (MOREIRA NETO, 2016, p 164).

Por fim, o autor acrescenta, que após o exaurimento dos resquícios do antigo regime, surgiram cinco vetores que proporcionaram a democratização da

Administração e a conseqüente eclosão da consensualidade administrativa, sendo eles: os direitos fundamentais na constituição; a redistribuição dos papéis dos indivíduos na sociedade; a procedimentalização dos atos administrativos; a Constituição Federal como ordem de valores; a redefinição do conceito de interesse público. Tais vetores serão adiante abordados.

### **3.2.1 Os Direitos Fundamentais na Constituição**

No que tange ao vetor dos Direitos Fundamentais na Constituição, afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p.64), que “foi determinante na promoção do reequilíbrio das relações entre sociedade e Estado na política e no direito contemporâneo”. Deve-se ressaltar, que a paridade entre o Estado e a sociedade é de suma importância para a existência do fenômeno da consensualidade administrativa, como exposto por Taciana Maia (2014, p.77) quando trata da Administração consensual:

Essa perspectiva do direito administrativo pretende sobrelevar o papel do cidadão nas relações jurídico-administrativa. Busca-se proporcionar a superação da feição irrelevante do cidadão para a construção teórica do direito administrativo, ou melhor ainda descaracterizá-lo da feição de simples destinatário da administração pública, possa ser colocado como um importante ator no cenário das relações jurídico-administrativas, o qual terá, juntamente com o Estado, o desiderato de construir as tomadas de decisão que lhe afetam e que afetam a sociedade como um todo.

Ainda segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p.64), a concepção libertária e igualitária dos Direitos Fundamentais foram as fontes filosóficas que proporcionaram o reequilíbrio entre sociedade e Estado.

Ressalva-se que antes de tratar sobre a concepção libertária, deve-se primeiramente relatar que os Direitos Fundamentais foram criados com o intuito de limitar o poder estatal, visava principalmente garantir aos cidadãos a fruição de sua autonomia e liberdade (MARMELSTEIN, 2014, p.31).

O poder estatal que se pretende limitar é aquele concebido por Hobbes e Maquiavel, o Estado absoluto:

O resultado dessa mistura de Hobbes e Maquiavel é um Estado forte (Leviatã), absoluto, sem limites e sem escrúpulos, onde o soberano poderia cometer as maiores barbaridades para se manter no poder. Para que os fins fossem atingidos, a lei não deveria ser empecilho. Em outros termos: a

vontade do soberano estaria acima de qualquer concepção jurídica. Não haveria limites para o poder estatal. (MARMELSTEIN, 2014, p.33)

A concepção libertária, relacionada a primeira geração dos Direitos Fundamentais, decorrente das revoluções liberais ou burguesas, é uma reação ao Estado absoluto.

Evidentemente, o Estado absoluto é completamente incompatível com a concepção da consensualidade administrativa. Segundo George Marmelstein (2014, p.39), o Estado absoluto não permite a existência de liberdade religiosa; não dá espaço para o livre desenvolvimento do pensamento, não permitindo a proliferação de ideias progressistas; concede privilégios a certas classes sociais enquanto outras são totalmente desprivilegiadas; e como pior fator, a sociedade não tem direito em participar na tomada de decisões.

Desta forma, a consensualidade administrativa, que está intimamente ligada ao conceito de Democracia, nunca poderia existir em um Estado absolutista.

Assim, a sociedade clamando por liberdade, através das revoluções liberais ou burguesas, proporcionou o fim do Estado absoluto que cedeu lugar ao Estado democrático de Direito. Nasce nessa geração:

além dos direitos de liberdade, também foram reconhecidos, nessa primeira fase do constitucionalismo moderno, os chamados direitos políticos, cuja principal finalidade era e ainda é a regulamentação do exercício democrático do poder, permitindo a participação do povo na tomada das decisões políticas, através do direito de voto, do direito de crítica, do direito de filiação partidária, entre outros. (MARMELSTEIN, 2014, p.33)

Nos direitos da primeira geração, constata-se a existência de corolários da consensualidade administrativa, como os direitos civis e políticos, consistindo na participação do povo na tomada de decisões políticas; e os direitos de liberdade, consistindo na limitação do poder estatal, conferindo maior liberdade a atuação da sociedade e promovendo o reequilíbrio entre o Estado e os cidadãos (MARMELSTEIN, 2014, p.42).

No entanto, como percebido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p.164):

A inspiração libertária dos direitos fundamentais, à feição francesa surgida no século XVIII como reação à concentração do poder real, embora importante, fora insuficiente para servir de base às novas relações entre sociedades abertas e democráticas e Estados igualmente abertos e limitados, não

apenas pela legalidade como também pela legitimidade e pela licitude no emprego do poder.

Percebeu-se então a insuficiência do discurso liberal, quando não compatibilizado com a ideal igualitário. Assim, a limitação do poder estatal e a participação do povo nos negócios públicos não valiam para todos.

Desta forma:

Muitos setores da sociedade, sobretudo os mais carentes, ainda não estavam totalmente satisfeitos apenas com essa liberdade de “faz de conta”. Eles queriam mais. A igualdade meramente formal, da boca para fora que não saía do papel, era o mesmo que nada. Por isso, eles pretendiam e reivindicaram também um pouco mais de igualdade e inclusão social. (MARMELSTEIN, 2014, p.33)

Neste momento, entram em cena os direitos da segunda geração, decorrentes de movimentos sociais, “caracterizados por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais” (CUNHA, 2016, p.523). São estes os direitos sociais, os direitos econômicos e os direitos culturais, “são denominados de direitos da igualdade porque animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana” (CUNHA, 2016, p.524).

A concepção igualitária dos Direitos Fundamentais acrescentou o rol dos direitos fundamentais junto a concepção libertária no Estado Democrático de Direito, e ainda permitiu que, de fato, os direitos da primeira geração abarcassem o universo de cidadãos. Assim, exprime-se como ganho o fato de que “pavimentaram com esses valores permanentes e universais os sendeiros doutrinários que seguiria o Direito” e ainda “assentando nos padrões de civilização que desfrutamos neste século XXI, o primado dos direitos fundamentais, sem espaço para o arbítrio ou imposições políticas, por mais justificadas que se apresentem” (MOREIRA NETO, 2006, p.64).

Logo, os direitos fundamentais na Constituição são essenciais para o reequilíbrio das relações entre sociedade e Estado na política e no direito contemporâneo, necessário para a existência da consensualidade administrativa. Ainda, as concepções libertárias e igualitárias dos Direitos Fundamentais, proporcionam padrões que permite surgir o primado dos Direitos Fundamentais no ordenamento, impossibilitando o surgimento de espaço para o arbítrio ou imposições políticas, completamente incompatível ao surgimento de uma Administração consensual.

### 3.2.2 A Constituição Federal como ordem de valores

Outro vetor responsável em reestruturar o Direito Público, proporcionando à eclosão da consensualidade administrativa, foi a contribuição do conceito de Constituição como ordem de valores (MOREIRA NETO, 2016, p.166).

A Constituição como ordem de valores relaciona-se à concepção da força normativa da Constituição, possuindo as normas constitucionais aptidão para irradiar seu conteúdo à totalidade do sistema jurídico. Desta forma, “graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social” (HESSE, 1991, p.15).

Em decorrência da irradiação dos efeitos das normas constitucionais à totalidade do ordenamento jurídico, ocorre o fenômeno da constitucionalização do Direito. Como ressaltado por Virgílio Afonso da Silva (2014, p.38), “quando se fala em constitucionalização do direito, a ideia mestra é a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”, entendimento este que é o mesmo de Luís Roberto Barroso (2008, p.32) quando afirma que “a ideia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”.

Assim:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia -, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas própria de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional (BARROSO, 2008, p.43).

Deste modo, a ordem de valores contida na Constituição será condicionante para a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, inclusive do Direito Administrativo.

Conforme aludido por Adriana da Costa Ricardo Schier (2002, p.8) em sua monografia, a Constituição de 1988, através dos princípios e valores irradiados no

Direito Administrativo, formou um regime-jurídico administrativo “a partir do qual impôs-se a transição de uma Administração pública de viés autoritário para uma que privilegia o homem, o cidadão concretamente situado”.

As referidas normas, princípios e valores que possibilitaram a formação atual do regime-jurídico administrativo, são os do Estado Democrático de Direito e os Direitos Fundamentais. Deve-se, assim, no que tange à Administração Pública “pensa-la e reinventá-la a partir das premissas de uma ordem constitucional democrática, comprometida com a dignidade humana e com os direitos fundamentais; plural, participativa e cidadã na essência” (MAIA, 2014, p.74).

Como exemplo de normas constitucionais que possuem valores axiológicos, irradiando seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, fomentando a eclosão da Administração pública consensual pode-se citar “à ideia de Estado Democrático de Direito, adotado já no Preâmbulo da Lei Maior, e reafirmado no art. 1º, da CF/1988, além de ter sido reiteradamente expresso em vários setores da Administração Pública, notadamente na parte referente à ordem social” (GROTTI, 2012, p.685).

Assim, a efetivação do Estado Democrático de Direito perpassa pela consensualidade administrativa, como demonstrado por Taciana Mara Corrêa Maia (2014, p.70) ao afirmar que “a real efetivação do Estado Democrático de Direito perpassa pela existência de um espaço público que propicie diálogo livre e construtivo entre governantes e governados, possibilitando a construção dos significados normativos, via processos dialógicos, em que a esfera da atuação do Poder Público estará permanentemente imbricada com a sociedade civil”

Acrescenta-se, ainda, como exemplo de normas constitucionais que irradiam seus efeitos, proporcionando a ascensão da consensualidade, o direito fundamental ao acesso de todos a informação, especialmente à informação administrativa (art.5º, XIC e XXXIII, CF/1988), o direito de petição e de certidão em repartições públicas (art. 5º, XXXIV, da CF/1988) e a garantia do devido processo legal na esfera administrativa (art. 5º, LV da CF/1988) (GROTTI, 2012, p.685).

Desta forma, diante de tudo que foi discorrido, averigua-se que a constitucionalização do Direito Administrativo acarreta na necessidade da consensualidade administrativa. Em outras palavras, a constitucionalização do Direito

Administrativo não só proporciona um terreno propício à eclosão da consensualidade, mas também impõe o agir consensual da Administração pública.

### 3.2.3 A procedimentalização dos atos administrativos

A procedimentalização da atividade administrativa emerge em razão da crise do conceito do ato administrativo, perdendo sua posição de centralidade em relação ao Direito Administrativo. Cria-se, assim, com a procedimentalização, um terreno propício à ascensão da consensualidade administrativa, através do incremento de meios participativos na tomada de decisões pelo Poder Público, como será demonstrado.

Assim, conforme o entendimento de Rita Tourinho (2018, p.381) o ato administrativo “também revela uma forma de atuação que é praticada no decurso de um procedimento, no qual a realização dos fins públicos é indissociável do respeito pelos direitos dos particulares.”

Logo, como exposto por Marçal Justen Filho (2016, p.184) “o conceito de ato administrativo perdeu sua relevância como instrumento de compreensão e organização do direito administrativo. O fundamental está em considerar a atuação administrativa de modo global, não a cada ato administrativo isoladamente”.

O mesmo entendimento é exposto por Ricardo Marcondes Martins (2015, p. 292) ao afirmar que:

A regra passou a ser a seguinte: nenhuma decisão estatal deve ser tomada fora de um procedimento, sob pena de essa decisão se traduzir na imposição autoritária da vontade do agente que a emite. Essa regra tornou o procedimento um imperativo do exercício da função administrativa. O ato administrativo isolado, denominado *ato administrativo solitário*, passou rara a exceção. O procedimento passa, então, a ser responsável pela legitimidade do exercício da função administrativa.

Diversos fatores são elencados pela doutrina para demonstrar quais motivos desencadearam o questionamento do conceito de ato administrativo. Odete Medauar (2008, p.411), antes de questionar o referido conceito, discorre de modo sintético sobre o panorama do Direito Administrativo que propiciou esta indagação.

Primeiramente, suscita o panorama da reivindicação de democracia administrativa, invocando a necessidade compatibilizar a concepção de democracia e

a ação administrativa; depois trata da diluição da distância entre Estado e sociedade, afirmando que acentuaram-se os instrumentos de atuação da sociedade junto ao Poder Público; alega que a administração atual tende a ser menos imperial; versa sobre o surgimento de associações e entidades que interferem nas decisões da Administração; afirma que a doutrina recente tem uma grande preocupação com a efetividade dos direitos previstos na Constituição, sendo a Administração uma das principais operadoras; e, por fim, alega que hoje há uma maior preocupação em melhorar a relação entre Administração e administrado (MEDAUAR, 2008, p. 411).

Assim, a autora expõe o panorama atual do Direito Administrativo que permitiu o questionamento do conceito de ato administrativo, ressaltando que se trata de um panorama de uma Administração democrática.

Enfim, no que tange ao questionamento do ato administrativo, Odete Medauar (2008, p.414) traz certas dúvidas em relação as suas características.

Quanto a unilateralidade do ato administrativo a autora alega que “de regra não encontra divergência, no sentido, de ser o ato administrativo unilateral, pois cabe à autoridade editá-lo”, mas “acentua-se a colaboração de particulares ao seu conteúdo” (MEDAUAR, 2008, p.414).

Este é o mesmo entendimento de Vasco Manuel da Silva (2003, p.560), ao afirmar que “mesmo no Direito Administrativo, as decisões unilaterais também podem ser praticadas tendo por base uma relação contratual ou quase-contratual”, e ainda acrescenta que:

nessas hipóteses de actuação administrativa concertada ou informal, ou de atribuição de subvenções, a unilateralidade do acto administrativo não significa os particulares não colaborem na determinação (integral ou parcial) do seu conteúdo, ou que não negociem com a Administração a prestação de contrapartidas dos benefícios recebidos (SILVA, 2003, p.565)

Por fim o autor alega que “a própria ideia de unilateralidade, se não me parece de afastar nestes casos (pelo menos, no que respeita à fonte de efeitos do acto), deveria ser igualmente repensada como uma realidade susceptível de apresentar cambiantes e variações, permitindo mesmo a colaboração do particular no procedimento de emissão do acto” (SILVA, 2003, p.565).

No que concerne a característica da imperatividade do ato administrativo, Odete Medauar (2008, p. 2014) traz uma crítica realizada por Domenico Sorace, sobre a incidência da imperatividade “em atos administrativos nos quais a modificação da



situação jurídica corresponde a exato pedido do particular”, seria o caso das autorizações e licenças.

No entanto, quanto a crítica à imperatividade, ainda pode-se citar a realizada por de Vasco Manuel da Silva (2003, p.471) ao afirmar que:

Estamos, pois, perante uma radical transformação da função do acto administrativo que, de instrumento de imposição de condutas e de agressão da esfera privada dos particulares, se transforma em mecanismo de colaboração e de concertação com esses mesmos particulares. De novo, aqui, mais do que o aspecto “autoritário” do acto administrativo, sobressai a sua dimensão de modo de realização das tarefas administrativas, a qual não se produz exclusivamente mediante a actuação da Administração, antes implica também a colaboração do particular.

Percebe-se assim, a insuficiência do conceito clássico do ato administrativo para abarcar as peculiaridades do Direito Administrativo, e ainda a sua incompatibilidade com o panorama atual da Administração Pública que, como já dito, possui um grande viés consensual, devendo-se respeitar o princípio democrático.

Desta forma, o conceito de ato administrativo entra em crise, tornando-se não “mais o centro de gravidade do Direito Administrativo” (SILVA, 2003, p.301). Como resposta a este cenário surge a figura da procedimentalização do ato administrativo, valorizando-se a participação da sociedade junto a tomada de decisão do Poder Público.

Marçal Justen Filho (2016, p. 185), expõe o protagonismo do procedimento em face do ato administrativo:

Salvo situações excepcionais, todo ato administrativo deve ser produzido no bojo de um procedimento. O conteúdo e a validade dos atos administrativos dependem da observância ao procedimento devido. Isso não significa o desaparecimento do instituto do ato administrativo e a sua substituição por procedimentos administrativos. Mas não é cabível examinar o ato administrativo sem considerar o procedimento a ele referido.

Assim, o procedimento é a forma pela qual se realizará a atividade administrativa, sendo sua observância um requisito de validade das ações e omissões da Administração. Consiste em um conjunto de atos que “deve observar uma sequência predeterminada, que assegure a possibilidade de controle do poder jurídico quanto à promoção dos direitos fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2016, p.186).

Logo, não será possível a tomada de decisão pelo poder público em um único ato, sem o devido procedimento, como previsto por Marçal Justen Filho (2016, p. 186) quando afirma que “a procedimentalização impede a concentração decisória num ato imediato e único”.

A procedimentalização também “assegura a oportunidade de manifestação para todos os potenciais interessados, a qual deverá ser promovida (em princípio) previamente a qualquer decisão” (JUSTEN FILHO, 2016, p.186), considerando que “a participação dos privados no procedimento constitui uma forma de democratização da Administração Pública” (SILVA, 2003, p.401).

Além de reforçar o princípio democrático, a participação decorrente do procedimento é de fundamental importância para conferir a decisão do Poder Público maior eficiência e legitimidade, como exposto por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p. 166) ao afirmar que “o procedimento passa a ser, por via de regra, a nova e dinâmica forma de dar legitimação democrática imediata à ação administrativa”. Sendo o mesmo entendimento de Vasco Manuel da Silva (2003, p. 402) quando alega que:

Isto porque a participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correcta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua resolução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante fator de legitimação e de democraticidade de actuação da Administração Pública.

Ressalva, o mesmo autor, que o exposto não significa que a Administração Pública deva sempre tomar decisões consensuais, nem que o Poder Público se exime de responsabilidade das decisões tomadas. Afirma que “antes, deve significar que a Administração tem de fazer as suas escolhas, ponderando as posições dos privados e que deve procurar a sua colaboração no exercício de actividade administrativa” (SILVA, 2003, p. 403).

Por fim, percebe-se, que a participação, proporcionada pela procedimentalização, é fator de suma importância para a ascensão da consensualidade administrativa, tratando-se de dois institutos ligados ao princípio democrático. Verifica-se, assim, a razão pela qual a procedimentalização do ato administrativo é um dos vetores que motivaram a eclosão da Administração consensual.

### 3.2.4 O princípio da subsidiariedade e a redistribuição dos papéis dos indivíduos na sociedade

O princípio da subsidiariedade e a redistribuição dos papéis dos indivíduos na sociedade criaram um panorama propício à ascensão da Administração consensual em razão de serem circunstâncias fomentadoras da iniciativa privada, valorizando-se o papel dos cidadãos na realização de tarefas públicas.

Tal princípio consiste, basicamente, na preferência da iniciativa privada que a estatal para a realização das atividades. Assim é o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p.43) ao afirmar que as ideias do princípio da subsidiariedade consistem:

De um lado, a de respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa ideia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos.

Trata-se também da concepção de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p. 165) ao afirmar que “atende-se ao princípio da subsidiariedade sempre que a decisão do poder público venha a ser tomada da forma mais próxima possível dos cidadãos a que se destinem”. A referida proximidade, discorre o autor, acontece quando o Poder Público considera em sua decisão a prevalência da iniciativa das entidades privadas e dos cidadãos; devendo a iniciativa estatal ocorrer somente na insuficiência ou inexistência da iniciativa individual; sendo que, neste caso, a intervenção administrativa somente irá ocorrer no montante necessário para cumprir o interesse público definido; ressaltando que a intervenção administrativa, antes de acontecer, deverá verificar se entes administrativos menores não tem condição de agir com eficiência (MOREIRA NETO, 2016,p.165).

Historicamente, o princípio da subsidiariedade ganha força com a crise do Estado Social ou Estado Providência. Neste modelo de Estado há a “ampliação das tarefas do Estado e, pois, dos serviços públicos, especialmente no campo da administração prestadora de benefícios”. No entanto, com o intuito de se obter uma maior eficiência nas prestações, exigiu-se que Administração procurasse no direito

privado “modelos e instituições que o permitissem atuar com a eficiência e rapidez que então se reclamava” (SILVA, 2015, p.254).

Desta forma, ocorreu, como denominado por Almiro do Couto e Silva (2015, p.254), o fenômeno da “fuga para o direito privado” que consiste em:

um alargamento do espaço público, cuja entidades e órgãos desbordavam as raízes do direito público, especialmente do Direito Administrativo, que até então as continha, para se submeterem ao direito privado, mesmo quando perseguindo fins imediatos públicos (SILVA, 2015, p.254).

Assim, como forma de manifestação da “fuga para o direito privado”, o Estado constituiu, através de métodos de descentralização, pessoas jurídicas de direito privado para realizar atividades que antes eram executadas por particulares. Como exemplo podemos trazer as figuras da sociedade de economia mista e das empresas públicas.

Acontece que, o referido gigantismo estatal prejudicou a qualidade dos serviços prestados. Exemplificando, no que concerne às empresas públicas e às sociedades de economia mista, o comprometimento de um desempenho satisfatório dos serviços prestados, da forma exposta por Almiro do Couto e Silva (2015, p.259), decorreu do abuso realizado pelos seus dirigentes em razão da liberdade de que gozavam no regime majoritariamente de direito privado que as disciplinava.

Ainda, como fator fomentador do insucesso do Estado Social, cita-se o alto custo para mantê-lo, causando déficits públicos difíceis de serem superados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p.429), faz uma síntese acerca das dificuldades passadas pelo Estado Providência que resultou no seu fracasso, quando afirma que:

A crise financeira que enfrenta o Estado, pelo crescimento do déficit público e pela dificuldade na obtenção de novos recursos para custear o chamado Estado do Bem-Estar, ineficiência na prestação dos serviços públicos e atividades assumidas pelo Estado na área econômica, a corrupção, o corporativismo, a globalização, são apenas alguns fatores que levaram à procura de novo modelo de Estado.

Em virtude dessas circunstâncias mencionadas, presencia-se hoje, como denominado também por Almiro do Couto e Silva (2015, p. 264), o fenômeno da “fuga do Direito Privado”, que é essencialmente o oposto da “fuga para o direito privado”. Constitui-se, assim, uma feição estatal propícia para o surgimento do princípio da subsidiariedade, construindo-se também uma Administração consensual.

Na “fuga do Direito Privado” o Estado, “com maior ou menor intensidade, trata de demitir-se das funções que assumiu, na prestação de serviços públicos industriais e comerciais, entregando ao setor privado as entidades de direito privado que constituiu com essa função” (SILVA, 2015, p.265), manifestando, deste modo, o princípio da subsidiariedade.

Portanto como expos Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p.429):

onde havia serviço público prestado diretamente pelo Estado, passa a haver delegação ao particular, por variadas formas; onde havia intervenção direta, pelo exercício de atividade econômica pelo Estado, devolve-se a atividade à iniciativa privada, que fica sob intervenção indireta do Estado, em seu papel regulador e fiscalizador; onde havia a prestação de serviços públicos sociais pelo Estado, passa a haver serviços sociais de interesse público prestados por particulares com ajuda do Estado. Diminui a prestação de serviço público pelo Estado e cresce a atividade de fomento. A colaboração do particular com o poder público intensifica-se por meio de variadas formas de parceria

Ainda, cumpre relatar a consideração feita por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2007, p.122), em artigo que trata da transferência de atividades estatais a entes da sociedade. Afirma o autor que, não obstante o fracasso do Estado Providência, e o fenômeno da “fuga do Direito Privado”, a ascensão de uma sociedade pluralista, diversificada nos interesses, fez necessária a eclosão do princípio da subsidiariedade e da utilização de instrumentos consensuais na tomada de decisão pela Poder Público.

Para o autor, em uma sociedade pluralista, dificilmente a administração unilateralmente executará as atividades e tomará decisões de forma eficiente, é necessário desta maneira, a participação da sociedade para se obter maior conhecimento das necessidades, com o intuito de se obter a melhor decisão e execução. Nestes termos:

Assim, nas atuais sociedades humanas, que deixaram de ser uniclasse e monolíticas ou divididas em duas ou poucas classes sociais e com quase nenhuma mobilidade interna, como no passado, para se tornarem sociedades pluriclasse e de alta mobilidade, somente a aplicação desse princípio pode proporcionar as condições para um atendimento diversificado e, por isso mesmo, adequado, das plúrimas necessidades que demandam satisfação coletiva pelos meios atribuídos ao Estado. (MOREIRA NETO, 2016, p.165).

Entendimento também compartilhado por Maria Silvia Zanella Di Pietro (2003, p. 431) quando expressa que:

A exigência de uma sociedade pluralista faz multiplicarem-se os interesses a serem protegidos. O Estado não tem condições de assumir todas as novas atividades de interesse geral. Como consequência, cresce a técnica do fomento, caracterizada pelo incentivo do Estado à iniciativa privada de interesse público, por variados meios, sejam jurídicos (outorga de privilégios

próprios do Poder Público), sejam econômicos (auxílios, subvenções, financiamentos, isenções fiscais, desapropriação por interesse social, transferência de tecnologia etc).

Portanto, em síntese, o princípio da subsidiariedade surge em decorrência da crise do Estado Social, e da ascensão de uma sociedade pluriclasse, ressaltando que, como consequência, cria-se um terreno propício a eclosão dos instrumentos consensuais em confronto a formas de atuação imperativa.

Valoriza-se, desta forma, como forma de expressão do princípio da subsidiariedade, os instrumentos consensuais na execução das atividades administrativas, utilizando com maior frequência o instituto do contrato administrativo, inclusive para transferência da execução do serviço público, como os contratos de concessão e permissão de serviços públicos, previstos no art. 175, da Constituição Federal, sempre com o fim de valorizar a atuação privada em busca da maior eficiência.

### **3.2.5 Redefinição do conceito de interesse público**

Por fim, o último vetor fomentador da ascensão da consensualidade administrativa a ser tratado é a redefinição do conceito de interesse público. Este passará de um empecilho à aspecto essencial para a eclosão da administração pública por consenso (MOREIRA NETO, 2016, p.168).

O óbice proporcionado pela concepção clássica do conceito de interesse público à eclosão da consensualidade consiste no entendimento de que a supremacia do interesse público é fator legitimador da existência das prerrogativas públicas, e o agir consensual pela administração consistiria na negociação dessas prerrogativas, fazendo com que a Administração, eventualmente, concedesse prevalência ao interesse privado em face do interesse público (PALMA, 2010,p. 149).

Assim, devido ao tradicional entendimento da supremacia a priori do interesse público à quaisquer outros interesses, a consensualidade administrativa “pode ser interpretada como uma afronta ao princípio da supremacia na medida em que a Administração deixaria de decidir conforme o interesse público para adotar soluções negociadas, que contemplem os interesses privados” (PALMA, 2010, p. 159), mesmo entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p.168) ao constatar a

aptidão do interesse público de “constituir-se em um intransponível obstáculo à admissibilidade de qualquer negociação entre Poder Público e cidadãos em instância administrativa sobre a melhor maneira de realizar-se o seu atendimento”.

Portanto, nota-se que a tradicional concepção do princípio do interesse público, pouco ajuda para o surgimento da atuação administrativa consensual. Desta maneira, “a admissibilidade do consenso administrativo em decisões outrora puramente reservadas às decisões de império só adviria com a redefinição do conceito de interesse público” (MOREIRA NETO, 2016, p. 169).

Destaca-se que a redefinição do conceito de interesse público vem sendo desenvolvida de maneira contundente pela doutrina, existindo diversos trabalhos que questionam a apriorística supremacia do interesse público sobre o privado no caso concreto, desconsiderando a possibilidade de ponderação, e, ainda, trabalhos que defende a inexistência do referido princípio.

Como exemplos dessa produção doutrinária podemos trazer, de forma sucinta, a realizada por Daniel Sarmiento (2008) e Gustavo Binenbojm (2014)

Daniel Sarmiento (2008, p.99), baseado na concepção personalista da sociedade, defende que não existe uma supremacia do interesse público a priori, devendo esta ser concebida através da ponderação equilibrada do interesse público e do direito fundamental em conflito.

O autor (SARMENTO, 2008, p.119) também afirma que antes de ser realizada a ponderação, deve-se averiguar se há realmente um conflito entre interesse público e direito fundamental. Defende que, em alguns casos, a prevalência de um interesse individual fundamental poderá ser um interesse público pelo fato de ser dever do Estado promover os direitos fundamentais. Assim:

é importante destacar que com grande frequência, a correta intelecção do que seja o interesse público vai apontar não para a ocorrência de colisão, mas sim para a convergência entre este e os direitos fundamentais dos indivíduos. Isto porque, embora tais direitos tenham valor intrínseco, independente das vantagens coletivas eventualmente associadas à sua promoção, é fato inconteste que a sua garantia, na maior parte dos casos, favorece, e não prejudica o bem-estar geral (SARMENTO, 2008, p.119).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Gustavo Binenbojm (2014, p.107) alega que em razão da centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e a maleabilidade da estrutura dos princípios constitucionais, não é possível defender a existência de uma supremacia do interesse público incondicionada. Portanto, defende

que:

as relações de prevalência entre interesses privados e interesses públicos não comportam determinação a priori e em caráter abstrato, senão que devem ser buscadas no sistema constitucional e nas leis constitucionais, dentro do jogo de ponderação proporcionais envolvendo direitos fundamentais e metas coletiva da sociedade. (BINENBOJM, 2014, p.111).

Assim como defendido por Daniel Sarmiento (2008), o autor suscita a possibilidade de existir uma convergência entre o interesse público e individual, ao afirmar que, “o interesse público pode, num caso específico, residir na implementação de um interesse coletivo, mas também na de um interesse eminentemente individual” (BINENBOJM, 2014, p. 106).

Ainda, na mesma linha raciocínio segue Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p. 173) quando afirma que:

Tampouco seria uma supremacia, por definição, do interesse público *in genere* sobre quaisquer outros, pois os direitos fundamentais, por serem conaturais ao homem e às suas intangíveis personalidade e dignidade, precedem a quaisquer outros, só admitindo aplicação ponderada: a que maximize o atendimento de todos os interesses em conflito.

Com essas breves exposições, constata-se que a tradicional concepção do interesse público vem sendo bastante mitigada. Como percebido por Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2013, p. 131), a desconstrução do conceito da supremacia do interesse público é inerente as modernas mudanças ocorridas no contexto sociopolítico e jurídico, como a relativização da dicotomia público x privado, democratização da Administração e do interesse público, a pluralidade da sociedade atual, entre outros aspectos.

Desta forma, como exposto por Juliana Bonacorsi de Palma (2010, p.152), no que se refere a ação administrativa consensual, os interesses públicos e privados deverão ser harmonizados para a realização de acordos administrativos, não devendo prevalecer a concepção tradicional da supremacia a priori do interesse público que desconsidera a generalidade de interesses.

A autora alega que em uma sociedade plural como a nossa, em que há diversos interesses em jogo, não há como conceber um interesse público, previamente definido à o caso concreto, para preponderar sobre qualquer conflito de interesse. Caminhando para a linha de defesa da ponderação afirma que:

A definição *ex ante* do interesse a prevalecer abstratamente em qualquer situação de conflito envolvendo a Administração Pública vai de encontro à própria finalidade do Direito Administrativo consistente na garantia dos



direitos dos administrados contra a autoridade estatal. Todos os interesses constatados no caso concreto devem ser objeto de ponderação para que a Administração Pública determine, racionalmente e de forma motivada, o interesse que deve prevalecer em detrimento dos demais (PALMA, 2010, p.152).

. Reconhece, por conseguinte, que o tradicional conceito do interesse público é incompatível a uma atuação Administrativa consensual, sendo impossível a realização de acordos pela Administração no momento em que, invariavelmente, o interesse do Poder Público prevaleceria, impossibilitando “qualquer forma de negociação em torno do exercício das prerrogativas públicas” (PALMA, 2010, p.153).

No entanto, através da redefinição do conceito de interesse público, defendendo-se a possibilidade de convergência do interesse público e dos interesses individuais; a inexistência de um interesse público a priori sem a devida ponderação; o fomento dos direitos fundamentais; e interesses privados como expressão do interesse público, o respectivo princípio não será mais obstáculo, mas sim aspecto essencial para ascensão da consensualidade administrativa.

Ainda Juliana Bonacorsi de Palma (2010, p.153), defendendo a possibilidade de convergência do interesse público e individual alega que:

o ato consensual pode ser considerado o próprio interesse público, de forma que a atuação administrativa consensual não determina a prevalência do interesse privado em detrimento do interesse público, pelo contrário, segundo esse argumento a consensualidade corresponderia ao processo de satisfação do interesse público concretizado no acordo administrativo.

Assim, em razão dos benefícios decorrentes da atuação administrativa consensual para a sociedade, deve-se reconhecer a própria expressão do interesse público. A atuação consensual, por exemplo, como será melhor desenvolvido mais a frente, incrementa a eficiência da administração, e o incremento da eficiência administrativa, por conseguinte, é a realização de um interesse público.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p.74) expõe esse entendimento do resultado eficiente expressar o interesse público:

A partir da premissa de que o interesse público é o próprio do Estado, que deve persegui-lo e realiza-lo na forma da lei e do Direito, mas não é dele exclusivo, pois a sociedade organizada pode e em certos casos deve ter ação concorrente, abre-se um vasto campo, que a doutrina tem denominado administração privada associada de interesses públicos, sempre com a notável característica sinérgico-sociopolítica de potenciar a capacidade de ação do Estado pela composição e pela soma de esforços entre os setores públicos e privados.

Por fim, resta demonstrado que o conceito de interesse público, após a sua

redefinição, não é empecilho à ascensão da consensualidade administrativa, ao contrário, o agir consensual da Administração pública, quando cabível, expressará a exata concretização do referido interesse.

Assim, expostos todos os vetores que proporcionaram a eclosão da consensualidade administrativa, passa-se a tratar dos gêneros do agir consensual.

### 3.3 GÊNEROS DA ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL

Nos tópicos anteriores foi demonstrado como se tornou possível a eclosão de uma Administração consensual, discorrendo sobre diversas mudanças que fomentaram essa ascensão.

Todas essas mudanças possuem a particularidade de valorizar o papel do indivíduo junto a atuação estatal. No processo de fortalecimento da democracia representativa, analisado neste trabalho, defendeu-se a ideia da maior participação dos cidadãos nas decisões administrativas como elemento fortificador da democracia; no que tange aos Direitos Fundamentais na Constituição, alegou-se que foi de fundamental importância para o reequilíbrio da relação entre sociedade e Estado; a Constituição Federal como ordem de valores proporcionou a transição de uma Administração pública de viés autoritário para uma que privilegia o homem, o cidadão; a procedimentalização do ato administrativo proporcionou o incremento de meios participativos na tomada de decisões pelo Poder Público; o princípio da subsidiariedade e a redistribuição dos papéis dos indivíduos na sociedade valorizou o papel do cidadão na realização de tarefas públicas; e a redefinição do conceito de interesse público permitiu que a promoção dos interesses individuais também pudesse ser considerado a realização de um interesse público.

Desta forma, com o enaltecimento do papel do cidadão cria-se uma nova roupagem para o poder público, possibilitando a eclosão de uma Administração Consensual. Portanto, em razão da ascensão da consensualidade, ao invés do Estado agir unilateralmente, de forma imperativa, impositiva, existindo uma relação hierarquizada entre Estado e sociedade, aquele passa a atuar de forma dialógica, consensual, em que há uma relação paritária entre esses dois protagonistas.

Assim, os gêneros e espécies dos instrumentos da Administração consensual

serão aqueles que requeiram a atuação do cidadão junto ao poder público, ressaltando que esta monografia utilizará a classificação de gêneros e espécies da administração pública consensual formulada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

O autor (MOREIRA NETO, 2016, p. 180/190) insere os instrumentos consensuais nos seguintes gêneros: a) o consenso na tomada de decisão administrativa, promovendo o interesse público, sendo este dividido no a.1) consenso como elemento coadjuvante e no a.2) consenso como elemento determinante na tomada de decisão; b) o consenso na prevenção de conflitos administrativos e c) o consenso na composição de conflitos administrativos, ambos com a função de recuperação do interesse público; e por fim, c) o consenso na execução administrativa, satisfazendo o interesse público, dividindo-se em c.1) execução associada por contrato e c.2) execução associada não contratual.

Em relação ao consenso na tomada das decisões administrativas existem dois gêneros, podendo a decisão do poder público ser realizada com a atuação coadjuvante ou atuação determinante do particular. Buscar-se-á um maior diálogo entre a sociedade e o poder público com o intuito de atingir a melhor decisão, a decisão mais eficiente.

A tomada de decisão da Administração com atuação coadjuvante do particular é aquela em que o poder público ouve a sociedade, negociando as melhores soluções, mas não vinculando a decisão do poder público, tratando-se somente de um auxílio em busca da melhor decisão (MOREIRA NETO, 2016, p.180).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p.181) traz alguns instrumentos do referido gênero consensual, podendo a atuação coadjuvante do particular ser exercida através da coleta de opinião, em que a Administração utilizará dos meios de comunicação, expressivamente difundidos nos dias atuais, para buscar as preferências e tendências da sociedade e dos segmentos sociais interessados na decisão.

Através do debate público, onde a participação da sociedade é mais intensa, buscando-se não só as preferências e tendências da sociedade, mas abrindo também um campo para a negociação (MOREIRA NETO, 2016, p.181).

Por meio das audiências públicas, que é semelhante ao debate público ao intensificar, também, a participação da sociedade, com instância de negociação, mas

difere-se pela sujeição a maior formalidade procedimental, podendo não ser só elemento coadjuvante para tomada de decisão, mas também determinante (MOREIRA NETO, 2016, p.181).

Em relação a tomada de decisão com a atuação determinante do particular “a Administração deve ouvir os particulares podendo com eles negociar as melhores soluções, em termos de atendimento de todos os interesses juridicamente protegido envolvidos na relação, mas estará vinculado à decisão que vier a prevalecer, e obediência ao processo adotado”. Acrescenta-se que “nesta hipótese, a lei deverá prever que a decisão administrativa será produzida pelo consenso” (MOREIRA NETO, 2016, p.180).

Exemplo de instrumento do referido gênero é o plebiscito, quando é convocado os cidadãos para se manifestarem acerca de um fato no sentido de conferir-lhe uma valoração jurídica ou não. O plebiscito é uma consulta ao povo antes da prática de um ato, possuindo o Congresso Nacional competência exclusiva para convocar o respectivo instrumento (MOREIRA NETO, 2016, p.181).

O referendo também é uma espécie da atuação determinante da sociedade na tomada de decisão do poder público. Para ser realizado depende da autorização do Congresso Nacional e consiste na consulta da população “sobre decisões dos órgãos legislativos e administrativos para que se as mantenham ou se as desconstituam” (MOREIRA NETO, 2016, p. 180), traduzindo-se na consulta dos cidadãos após a prática de um ato.

A atuação consensual também poderá ser utilizada na prevenção de conflitos administrativos, valorizando-se a negociação à ação unilateral e imperativa do Estado, evitando que os conflitos entre o poder público e o particular cheguem à esfera judiciária (MOREIRA NETO, 2016, p.186).

Como espécies de processo preventivo podemos destacar: as comissões de conflito que “são um instrumento administrativo permanente que de ofício ou por provocação de interessados, devem atuar sempre que se descortinar a possibilidade e a iminência de instaurar-se um conflito de interesses no âmbito de sua competência”; e os acordos substitutivos que “são instrumentos administrativos que poderão ser ocasionalmente aplicados pela Administração, sempre que, de ofício ou por provocação de interessado, verificar que uma decisão unilateral de um processo

poderá ser vantajosamente substituída por um acordo em que o interesse público, a cargo do Estado possa ser atendido de modo mais eficiente” (MOREIRA NETO, 2016, p.187).

Exemplificando, há o termo de ajustamento de conduta previsto no art. 5, §6º, da Lei nº 7347/85 que regula a ação civil pública. Como bem definiu José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 100), trata-se “de documentos nos quais os interessados expressam sua vontade e firmam acordo com as respectivas condições, indicando, quando for o caso, os elementos próprios de uma transação”, sendo um instrumento que vem ganhando espaço no nosso ordenamento.

Do mesmo modo, existe a atuação consensual na composição de conflitos administrativos. Como espécies podemos mencionar a conciliação, a mediação e a arbitragem, devendo ressaltar que a administração não estará negociando o interesse público, atingindo sua indisponibilidade, mas como já demonstrado no tópico sobre a redefinição do conceito do interesse público, a própria atuação consensual, compondo o conflito administrativo com maior eficiência, será expressão do interesse público, não podendo desconsiderar que interesses individuais fundamentais poderá ser, também, um interesse coletivo (MOREIRA NETO, 2016, p.188).

José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 96) afirma que em todos os modernos sistemas há a tendência de desafogar o poder judiciário, implementando-se a conciliação e a resolução pacífica dos litígios. O novo CPC expos expressamente esta tendência, estimulando a arbitragem, mediação e a conciliação como previsto no art. 3º, §2º: “O Estado, promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, e no art. 3º, §3º: A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015).

No entanto essas regras são meramente programáticas, dependendo de providências concretas. A criação de câmaras de mediação e conciliação pela União, Estados e Municípios são medidas que implementam a eficácia das respectivas normas (CARVALHO FILHO, 2016, p.96).

Importante trazer a observação do jurista José dos Santos Carvalho Filho sobre as câmaras de mediação e conciliação:

O legislador pretende que também o Estado, por meio de suas pessoas jurídicas de direito público, diligência no sentido de incentivar e desenvolver o princípio da consensualidade quando este for conveniente para evitar o direcionamento dos conflitos para o judiciário. O Poder Público, como ninguém desconhece, é um habitual litigante e, com isso, afoga constante e desnecessariamente os órgãos judiciais. As câmaras de autocomposição, se efetivamente funcionarem, atenuarão esse hábito de transferir os litígios para a justiça (CARVALHO FILHO, 2016, p. 98).

Por fim, em relação ao consenso na execução da atividade administrativa, a atuação associada entre o Poder Público e a iniciativa privada poderá expressar-se pelos contratos administrativos, estes que “tendem a se multiplicar no Direito Administrativo brasileiro e isso em razão mesmo da extrema diversidade de situações encontradas na área econômica” (MOREIRA NETO, 2006, p.74); em atos unilaterais como a autorização de serviços públicos, a autorização portuária, a permissão de uso de bem público, dentre outros; e em atos não contratuais por coordenação, encontrados nos convênios, acordos de programa, joint ventures pública e conferências de serviços.

Assim, ficaram expostos os gêneros e alguns instrumentos da atuação consensual. Deve-se salientar que estes instrumentos do agir consensual sempre estarão buscando, com a aproximação da sociedade junto ao poder público, o incremento da eficiência administrativa, mesmo entendimento de Lorena Miranda Santos Barreiros (2017, p. 45) ao afirmar que “a ideia de uma Administração Pública consensual estrutura-se sobre dois pressupostos imprescindíveis à sua configuração: busca da eficiência administrativa e valorização de parceria entre a iniciativa privada e a Administração”.

Portando, será agora de fundamental importância demonstrar no que consiste o princípio da eficiência administrativa, discorrendo porque a consensualidade o fomenta, e constatar que os institutos que valorizam a participação da iniciativa privada junto ao Poder Público são mais eficientes.

## 4. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO BALISADOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para esgotar a base teórica que será utilizada para desenvolver o cerne do presente trabalho, será essencial discorrer sobre o princípio da eficiência administrativa, demonstrando sua importância como elemento balizador da Administração Pública, obrigando-a sempre a utilizar meios que que fomentem a melhor atuação do Poder Público.

### 4.2 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Antes das tratativas específicas sobre o princípio constitucional da eficiência, será necessário discorrer, brevemente, sobre os princípios constitucionais em sua generalidade.

Os princípios constitucionais são elementos estruturantes do ordenamento jurídico. Assim, no mesmo sentido de Onofre Alves Batista Júnior (2012, p.85) quando afirma que “os princípios jurídicos são mesmo aqueles vetores ou ideias centrais, que proporcionam uma estruturação lógica e coerente do sistema jurídico”, encontra-se Dirley da Cunha Júnior (2016, p.163) ao alegar que:

Princípio é o mandamento nuclear de um sistema jurídico, a *pedra angular*, a *norma normarum*, o alicerce e fundamento mesmo desse sistema que lhe imprime lógica, coerência e racionalidade. É a viga-mestra que suporta e ampara o sistema jurídico ou cada um dos sub-sistemas existentes. Ele exerce uma função ordenadora desse sistema, influenciando toda sua compreensão e inteligência.

Ainda sobre o papel estruturante dos princípios, podemos citar Rita Tourinho (2009, p. 66) ao reiterar que “a função sistêmica enuncia que os princípios possuem uma “idoneidade irradiante” que lhes possibilita conectar todo o sistema jurídico. Assim, o exame global dos princípios permite uma visão universal e unitária de todo o sistema jurídico, assegurando a sua unidade”.

Deve-se ressaltar que a função positiva dos princípios constitucionais, que consiste na influência sobre as produções normativas e tomadas de decisão, bem

como sobre a interpretação e integração das normas jurídicas, são fatores importantes para assegurar a estruturação do ordenamento jurídico (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.88). Segundo Onofre Alves Batista Júnior (2012, p. 2012), “trata-se, portanto, do princípio enquanto ponto iluminador das diretrizes e conteúdo do regramento jurídico, como veio de conteúdo das normas que deles derivam e que a eles devem coerência e compatibilidade”.

Cumprir destacar, entendimento já bastante difundido na doutrina brasileira, que os princípios juntamente as regras jurídicas são espécies de normas jurídicas (ARAGÃO, 2013, p. 55). Então, no que diz respeito aos princípios constitucionais, “cumprir lembrar que a Constituição é uma lei magna, portanto, os seus princípios, sejam eles expressos ou implícito, são normas dotadas de imperatividade material e como normas jurídicas, devem ser postos à observância pela sociedade estatal” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 86).

Constata-se, desta maneira, que os princípios constitucionais, por serem normas jurídicas, dispõem de imperatividade material, logo: “são cogentes, obrigatórios, dotados de eficácia jurídica vinculante e integram o ordenamento jurídico” (CUNHA, 2016, p. 164), sendo injustificável a concepção do princípio jurídico “desprovido de obrigatoriedade e aplicabilidade, pois seria apenas instrumento de retórica, inútil para realização do ideal de justiça” (TOURINHO, 2009, p. 61).

Assim, em decorrência da imperatividade material e da força normativa constantes nos princípios constitucionais, estes exprimem certos valores superiores suprajurídicos para as diversas searas do Direito, sendo que a Constituição transforma esses valores em proposições jurídicas, possuindo obrigatoriedade de cumprimento (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 86).

Desta forma, os princípios constitucionais se destinam aos legisladores, governantes, juízes e cidadãos, orientando as diversas searas do Direito e os comportamentos estatais e particulares. No mesmo sentido, quanto a força vinculante dos princípios destaca Rita Tourinho (2009, p.60):

Nos princípios estão o espírito e os fins do sistema jurídico, que demonstram a sua tendência ideológica. Eles exigem que tanto a lei como os atos administrativos respeitem seus limites e tenham o seu mesmo conteúdo, sigam sua mesma direção e realizem o seu espírito.

Diante do exposto, no que se refere ao Direito Administrativo, conclui-se que os princípios, além das regras, são parâmetros que devem guiar e fundamentar a



atuação do Poder Público (BATISTA JUNIOR, 2012, p. 90). Nesta mesma perspectiva entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao declarar que “o Direito Administrativo está informado por determinados princípios, alguns deles próprios também de outros ramos do direito público e outros deles específicos e enquadrados como setoriais” (2016, p. 95).

Também, no mesmo sentido, destacando que os princípios constitucionais são guia e fundamento da atuação administrativa, argumenta Marçal Justen Filho (2016, p.61):

Os princípios apresentam enorme relevância no âmbito do direito administrativo. A atividade administrativa traduz o exercício de poderes-deveres, o que significa a vinculação quanto ao fim a ser atingido. Em inúmeras oportunidades, a conduta a ser adotada dependerá das circunstâncias, o que não equivalerá a consagrar a liberdade para o agente escolher como bem entender. Nessas situações pode haver alguma autonomia de escolha quanto ao meio a adotar, e os princípios serão o instrumento normativo apropriado para evirar escolhas inadequadas. Serão inválidas todas as decisões incompatíveis com os fins a serem promovidos e com os valores protegidos pela ordem jurídica.

Notadamente, quanto ao princípio constitucional da eficiência administrativa, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, em razão de sua força imperativa, pautará a atuação da Administração Pública, traduzindo-se em um mandamento de otimização da satisfação dos interesses sociais, econômicos e culturais da coletividade (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.90). Assim, “entremeia o sistema jurídico com valor da igualdade material, juridicizando, para a AP, a necessidade de otimização da aplicação dos meio e recursos para o melhor alcance e satisfação possível do bem comum” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.90).

No mesmo sentido, em relação à força imperativa do princípio constitucional da eficiência administrativa, situa-se Alexandre Santos de Aragão (2012, p. 556) ao argui que:

É sobre esse *prima* que as regras legais devem interpretadas e aplicadas, ou seja, todo ato normativo ou concreto só será válido ou validamente aplicado, se, *ex vi* do Princípio da Eficiência (art. 37, *caput*, da CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico.

Ainda nesta perspectiva discorre Dalton Santos Morais (2012, p.737):

Assim, se antes a eficiência era qualidade desejável à atividade administrativa, após sua fixação como princípio constitucional expreso pela EC 19/98, e, portanto, como norma constitucional dotada das características de imperatividade, coercibilidade e precedência, passa a ser oponível ao administrador público a sua observância, tanto em relação ao trato com a

coletividade, para quem os serviços públicos são prestados, como nas atividades organizacionais internas da própria Administração Pública brasileira.

Assim, diante do exposto, demonstra-se a importância dos princípios constitucionais como elemento estruturante do ordenamento jurídico e condutor da atuação administrativa, dentre os quais se tem o princípio da eficiência, implementado pela consensualidade administrativa.

#### 4.3 DA REFORMA ADMINISTRATIVA Nº 19/98

O princípio constitucional da eficiência administrativa foi introduzido ao art. 37, caput, da Constituição Federal através da Emenda Constitucional 19/98.

Deve-se, no entanto, ressaltar que a eficiência sempre norteou a atuação da Administração, uma vez que, conforme suscitado por Rita Tourinho (2009, p.100), é inconcebível pensar em uma atuação do Poder Público desprovida de eficiência.

Segundo a autora (TOURINHO, 2009, p.100), a eficiência acompanha a Constituição Federal de 1988 desde sua origem., citando como exemplo o art. 74, II, o qual expressa que:

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: (...) II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; (BRASIL, 1988).

O art. 144, § 7º da Carta Magna também prevê a eficiência, neste caso na realização da segurança pública pela Administração, in verbis: “a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades” (BRASIL, 1988).

Além disso, “também a jurisprudência já abordava timidamente o princípio da eficiência antes do advento da referida emenda” (TOURINHO, 2009, p.101), ficando demonstrado, assim, que a eficiência não é um instituto inédito no ordenamento jurídico brasileiro, contudo não estava inserido dentre os princípios administrativos constitucionais elencados no art. 37, caput, da Constituição Federal.

Retornando ao que concerne a emenda constitucional, acrescenta-se que esta instituiu a reforma constitucional da Administração Pública Brasileira, que buscou o

incremento da governança estatal, isto é, maior eficiência na realização das políticas públicas pela Administração (BARREIROS, 2017, p.35). Assim, segundo Bruno Miragem (2011, p.39), “a marca mais visível da reforma do Estado brasileiro foi a introdução da exigência de conduta eficiente, elevada à condição de princípio constitucional informador da Administração Pública pela EC 19/1998”.

Portanto, conforme exposto por Alexandre de Moraes (2002, p.107):

a EC nº19/98, seguindo os passos do Direito Comparado, a fim de pretender garantir maior qualidade na atividade pública e a prestação dos serviços públicos, passou a proclamar que a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverá obedecer, além dos tradicionais princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, também ao princípio da eficiência.

Conclui-se, deste modo, que o foco da reforma do Estado foi superar a conjuntura da Administração Pública ineficiente e incompleta (MIRAGEM, 2011, p.28), resultando na previsão, no art. 37, caput, do princípio constitucional da eficiência administrativa.

A conjuntura da Administração Pública ineficiente, que impulsionou a realização da reforma estatal, decorre da crise do modelo de Estado Providência. Este modelo estatal foi adotado pela Constituição de 88, como exposto por Dalton Santos Morais (2012, p.713) quando alega que “o poder constituinte originário de 1988 ainda sob os efeitos da embriaguez libertária decorrente do término do regime de exceção, pretendeu fixar como solução a todos os problemas do tecido social a atuação provedora do Estado brasileiro”. Deste modo:

O contexto da reforma administrativa brasileira, se não reconhecia estas questões, buscou responder a outro desafio que se colocou às diversas nações a partir de meados da década de 1970. Qual seja, a revisão do Estado como motor do desenvolvimento econômico dos países, mediante intervenção direta sobre o mercado, na qualidade de promotor de atividade econômicas ou em razão de sua forte presença na regulamentação das atividades privadas (MIRAGEM, 2011, p.25).

Sucedese-se que o Estado Providência consiste em uma Administração Pública atuante em diversos campos de atividade desenvolvida pela sociedade, almejando a busca pelo bem-estar social e a garantia dos direitos sociais elementares. No mesmo sentido, Onofre Alves Batista Júnior (2012, p.43) caracteriza o Estado Providência, ao afirmar que “pode-se autonomizar, dentro do Estado social, o Estado Providência quando o poder político chamou para si a satisfação de um leque ambiciosos de necessidades coletivas, com um declarado desígnio de igualdade, buscando

patamares mínimos de bem-estar econômico, social e cultural”.

Desta forma, segundo Bruno Miragem (2011, p. 25), a atuação do Estado Providencia consiste na “a) indução de comportamentos dos agentes sociais e econômicos; b) destacada regulamentação/direção das atividades econômicas privadas; c) a gestão pública de uma gama cada vez maior de serviços e atividades até então confiadas ao particular”.

Ressalta-se que a ascensão do Estado Providência, dentre outros fatores, decorre principalmente do colapso do modelo de Estado Liberal, marcadamente na crise de 1929, a Grande Depressão, quando o governo norte-americano instaurou a política intervencionista do New Deal, e de maneira geral, no fim da Segunda Guerra Mundial (MIRAGEM, 2011, p.25).

A “posição contemplativa do Poder Público” (MORAIS, 2012, p.712), característico de um Estado Liberal, falha ao alavancar as desigualdades sociais, agravando diversos problemas sociopolíticos, sendo que todo arcabouço jurídico resguarda os interesses da classe dominante, a burguesia. Logo, “em nome da necessária preservação da paz social, aos conflitos, abusos e problemas, o Estado não pôde ficar indiferente” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.40).

Além disso, o conceito de eficiência difere no modelo do Estado Liberal e no Estado Providência. Enquanto no Estado Liberal a atuação da Administração Pública eficiente é aquela que preserva a liberdade e a igualdade jurídica, no Estado Providência exige-se mais, alcança-se a eficiência preservando a liberdade, concedendo mais benefícios a sociedade para atender as demandas sociais, econômicas e cultural, em suma, garantido os diversos direitos sociais elementares materialmente, não se limitando a garantias formais (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.39).

No entanto, o Estado Providência demonstrou ser um modelo bastante ineficiente, incapaz de garantir os referidos direitos sociais elementares à diversa parcela da população. A autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 428) ratifica este fato ao declarar que:

O fracasso do Estado Social de Direito foi evidente. No Brasil, a exemplo do que ocorre em muitos outros países, não houve a mínima possibilidade de que milhões de pessoas tivessem garantidos direitos sociais dos mais elementares, como saúde, educação, previdência social, moradia. Grande parte da população não tem assegurado o direito a uma existência digna.

Relativamente as razões que proporcionaram a crise do Estado Providência,

Onofre Alves Batista Júnior (2012, p.44) alega que a atuação estatal em diversas searas da sociedade, acarretou no alargamento da base tributária, e no engrandecimento da máquina burocrática, multiplicando-se a quantidade de órgãos administrativos para executar os serviços públicos, formando uma estrutura que pôs em risco o papel do Estado.

Deste modo, como consequência da estrutura formada decorrente do referido modelo estatal, surgiram diversos fatores que produziu o esgotamento do Estado Providência, sendo eles: o aumento das contribuições tributárias dos cidadãos para o Estado, sem com que houvesse o proporcional retorno das prestações estatais, gerando um inconformismo na sociedade; a ineficiência econômica da intervenção estatal, que antes de gerar um aumento na qualidade de vida dos cidadãos, proporcionou somente o crescimento da burocracia; o aumento da corrupção e do nepotismo pelos administradores público; dentre outros fatores (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.44).

Ainda como causas acarretadoras do colapso do modelo Estado providência, podemos citar as elencadas por Bruno Miragem (2011, p.25), tais como:

Insuficiência de recursos financeiros estatais para fazer frente a todas as atividades que assume para si e conseqüente ineficiência da prestação de serviços públicos; o caráter crescentemente informacional e dinâmico da economia, em comparação a um alegado imobilismo/letargia estatal; o princípio da globalização, que tornaria relativo o alcance da jurisdição nacional estatal; a alteração de uma dada compreensão ideológica sobre o papel do Estado e suas relações com a sociedade, o que é historicamente vinculado ao advento de governos e políticas liberais nos Estados Unidos e no Reino Unido, entre fins da década de 1970 e o início da década seguinte.

Então, por causa da crise do Estado Providência brasileiro, o modelo burocrático da Administração Pública foi posto em xeque, exigindo-se uma correção, almejando alcançar uma maior eficiência (BATISTA JÚNIOR, p.64), entrando em cena a reforma administrativa nº 19/98.

Deste modo, a reforma constitucional da administração pública focou no conceito de uma Administração Pública eficiente, sobrelevando a eficiência à princípio constitucional. Portanto:

O princípio da eficiência passou a exercer papel central no contexto da reforma administrativa de gestão do Estado, sobretudo após a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, cujo art. 3º alterou o *caput* do art. 37 da CF/1998, vinculando expressamente a Administração Pública àquele princípio (BARREIROS, 2017, P.35).

No mesmo sentido, quanto ao papel central da eficiência na referida reforma

instituída pela EC 19/1998, pronuncia Bruno Miragem (2011, p.39):

A marca mais visível da reforma do Estado brasileiro foi a introdução da exigência de conduta eficiente, elevada à condição de princípio constitucional informador da Administração Pública pela EC 19/1998, como critério de avaliação sobre correção dos agentes públicos e da própria atuação administrativa.

Por conseguinte, busca-se um novo modelo estatal desburocratizado, com o intuito de alcançar a eficiência das atividades afetas ao Estado, aplicando-se técnicas menos formalistas e burocráticos à prestação de serviços pelo Poder Público, reservando a aplicação do regime publicístico, caracterizado por ser inflexível, a serviços públicos típicos estatais. Assim, “repudia-se a forma burocrática de organização da Administração Pública, baseada nas ideias de hierarquia, especialização, impessoalidade, que teria gerado a ineficiência na prestação dos serviços públicos” (DI PIETRO, 2003, p.430).

Enfim, a reforma do Estado Brasileiro, formulada em meados da década de 1990, transformou a Administração Pública, envolvendo-a em uma mudança cultural administrativa, forçando o emprego de novas técnicas de gestão e redefinindo a relação Estado Sociedade, utilizando-se, por exemplo, de medidas consensuais na execução das atividades administrativas, com o fim de se alcançar uma administração eficiente (MIRAGEM, 2011, p.63).

#### 4.4 O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

O tópico anterior tratou da reforma administrativa efetivada pela EC nº 19/1998, que inseriu no ordenamento jurídico o princípio da eficiência administrativa, modificando a maneira de atuar da Administração Pública, utilizando, por exemplo, de instrumentos consensuais para alcançar a atividade eficiente.

Isto posto, cumpre, neste momento, discorrer sobre o conteúdo jurídico do princípio da eficiência administrativa, devendo-se ressaltar, logo de início, que não compactuaremos com a posição que não considera a eficiência um princípio autônomo da Administração Pública, entendimento este sustentado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p.126) ao afirmar “que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito Italiano: o princípio da boa administração”.

Tecendo críticas ao entendimento de que a eficiência estaria compreendida no dever de “boa administração”, encontra-se Juliana Bonacorsi de Palma (2010, p.92), quando alega que:

Assim, a eficiência não seria uma inovação e sua constitucionalização no art. 37, caput, da Constituição Federal não geraria qualquer diretriz de gestão pública à Administração, pois destituído de valor metodológico enquanto mero desdobramento do dever de “boa administração” que sempre orientou o Poder Público. Conforme se verifica, esta corrente minimiza a funcionalidade da eficiência.

Assim, a eficiência será tratada como um princípio autônomo, exigível e concretizável, direcionando a atuação dos agentes públicos e da Administração de maneira geral. Portanto, conforme exposição de Vladimir da Rocha França (2012, p. 1017), “a eficiência administrativa pode ser aceita como princípio na medida em que viabilize a invalidação de qualquer ato do Estado atentatório aos seus ditames”.

Por conseguinte, antecipa-se que o referido princípio, consoante Onofre Alves Batista Júnior (2012, p.91), tem raízes não jurídicas, tendo outras Ciências, antes do Direito, já se preocupado com o seu significado.

Na Ciência Econômica, por exemplo, “a eficácia de uma empresa refere-se a sua capacidade de satisfazer uma necessidade da sociedade por meio do suprimento de seus produtos (bens ou serviços), enquanto a eficiência seria uma relação técnica entre entradas e saídas” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.92).

Marçal Justen Filho (2016, p.67) também expõe a concepção econômica do referido princípio, afirmando que “um dos temas mais controvertido no âmbito da Economia é a eficiência”. Alega o autor, brevemente, que a eficiência na concepção econômica é a utilização dos recursos econômicos de forma mais produtiva, para se obter os melhores resultados, no entanto, ressalva que a eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica evidenciando que:

Numa empresa privada, busca-se a maior eficiência econômica. A autonomia permite organizar os fatores da produção segundo as finalidades perseguidas egoisticamente pelo empresário - o que autoriza, inclusive, a privilegiar a busca do lucro. Ao contrário, a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, e não apenas aqueles de cunho econômico (JUSTEN FILHO, 2016, p.67).

Ainda no que se refere a impropriedade da análise da eficiência somente pelo prisma econômico, conforme exposto por Marçal Justen Filho (2016, p.67), destaca-se, também, o exposto por Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2013, p.120) quando argui que:

Vale ressaltar, todavia, que a eficiência não pode ser analisada exclusivamente sob o prisma econômico, pois a Administração tem o dever de considerar outros aspectos igualmente fundamentais: qualidade do serviço ou do bem, durabilidade, confiabilidade, universalização do serviço para o maior número possível de pessoas, etc. Nem sempre a medida mais barata será a mais eficiente (“o barato pode custar caro”).

A Ciência da Administração também desenvolve o conceito de eficiência, demonstrando que para avaliar a eficiência de uma organização privada ou pública, é necessário que antes esteja claramente definido os objetivos da mesma. (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.92), ilustrando que os objetivos da Administração Pública Brasileira, por exemplo, estariam definidos no art. 3º da Constituição Federal.

Na referida seara, aduz-se que as organizações devem ser consideradas à luz da eficiência e da eficácia, simultaneamente, sendo que “a eficácia seria uma medida do alcance dos resultados, enquanto a eficiência, uma medida da utilização dos recursos nesse processo” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.93).

Assim expôs Ubirajara Costódio Filho (2012, p.1003), quando afirma que:

Dessas lições, extrai-se que, no âmbito da ciência da administração a eficiência está ligada à correta e adequada utilização dos recursos disponíveis, enquanto a eficácia se refere à efetiva consecução dos resultados desejados.

Deste modo, a eficiência preocupa-se com os meios, os métodos mais adequados para alcançar de forma mais otimizada as finalidades reveladas, “tem a ver com o fazer corretamente as coisas, com a melhor utilização dos recursos disponíveis, enfim, com a otimização da relação meio/fim” (BATISTA JÚNIOR, p.93). Por outro lado, a eficácia preocupa-se com os fins, averigua-se o alcance dos resultados, portanto “quando se refere ao alcance dos objetivos por meio dos recursos disponíveis, adentra-se na seara da eficácia” (BATISTA JÚNIOR, p.93).

Além disso, a Ciência da Administração considera que a eficiência e a eficácia nem sempre andam juntas, mas sendo necessária a sua convergência para alcançar a efetividade que “é a manifestação externa à organização daquilo que foi gerado dentro dela, ou seja, é o resultado verdadeiro” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.94). No Direito Público, por exemplo, a efetividade consistiria na satisfação do bem comum.

Por conseguinte, após a exposição do conceito da eficiência dentro do contexto da Ciência Econômica e da Ciência da Administração, é essencial ressaltar que quando há a recepção pelo Direito de um conceito pré-jurídico, este deverá ser remodelado pelas diretrizes do sistema jurídico para compatibilizar sua inserção no



ordenamento. Portanto, conforme Onofre Alves Batista Júnior (2012, p.97), “os princípios sofrem, assim, logo que o Direito os adota, uma deformação essencial, que se pode considerar uma deformação teleológica”.

Logo, o conceito pré-jurídico da eficiência, antes de adentrar ao mundo do Direito, passa pela referida deformação teleológica para incorporar os valores da justiça social e do Estado Democrático de Direito, tornando-o harmonizado ao ordenamento jurídico.

Assim, o conteúdo jurídico do referido princípio que será exposto, já estará imbuído com os aspectos elementares do ordenamento jurídico brasileiro.

Alexandre Santos de Aragão (2012, p. 554), ao apresentar o conteúdo jurídico da eficiência administrativa, afasta a concepção meramente econômica do referido princípio, conceituando-o em harmonia aos aspectos elementares do ordenamento jurídico. Assim aduz o autor que:

A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.

Alexandre de Moraes (2002, p. 108), do mesmo modo, ao expor o conteúdo jurídico do princípio discorrido, apresenta-o em harmonia as peculiaridades do sistema jurídico, portanto:

o princípio da eficiência é aquele que impões à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar o desperdícios e garantir maior rentabilidade social.

Onofre Alves Batista Júnior (2012, p.95), adapta o conteúdo do conceito de eficiência conferido pela Ciência da Administração ao ordenamento jurídico brasileiro, discorrendo que o princípio da eficiência administrativa:

Trata-se, pois, de um princípio voltado, em primeiro lugar, para organização, para a AP, instrumento de que o Estado se vale para persecução do bem comum. Da mesma forma, refere-se a um mandamento constitucional imperativo de eficiência e eficácia, de boa atuação da AP, a ser observado por todos os poderes do Estado, para que se possa atingir, na coletividade, o bem comum, com justiça social, ou seja, com efetividade

Bruno Miragem (2011, p.44), ao formular o conteúdo jurídico do princípio da

eficiência afasta também a concepção meramente econômica afirmando que o “conceito de eficiência na Administração Pública, em primeiro lugar, não se vincula à obtenção de menores custos financeiros”, afirmando que este conceito “é de economia que se trata”. Deste modo, transpondo o conceito econômico da eficiência para o mundo jurídico alega que:

O conceito jurídico de eficiência da Administração Pública, então, abrange a organização da estrutura administrativa, assim como a conduta concreta dos agentes públicos, vinculados à promoção das finalidades da Administração Pública em favor dos administrados, devendo para tanto coordenar os esforços relativos aos custos financeiros da atuação administrativa com os interesses legítimos das partes envolvidas e de toda a coletividade, de modo a realizar tais fins da forma mais satisfatória possível. Implica, naturalmente, no dever de atualização da Administração, em relação a métodos e conhecimentos técnico-científico acreditados, visando ao oferecimento dos melhores esforços com vistas à realização do interesse público, em acordo com a juridicidade da ação administrativa (MIRAGEM, 2011, p.44).

Ressalta-se que, Onofre Batista Júnior (2012, p.182) defende que a otimização dos resultados para melhor atingimento da finalidade pública, exigida para a concretização da eficiência, pode ser analisada em diversas vertentes, a saber, a produtividade, economicidade, celeridade e presteza, qualidade, continuidade na prestação dos serviços públicos e a desburocratização.

Deste modo, diante das doutrinas expostas, fica demonstrado o conteúdo-jurídico do princípio constitucional da eficiência após sua remodelação ajustando-o ao ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, deve-se fazer uma ressalva jurídica-semântica quanto a eficácia e eficiência. Como já exposto, a Ciência da Administração diferencia os dois princípios, alegando que a eficiência se refere utilização dos meios mais adequados para atingir certa finalidade, enquanto a eficácia corresponde a medida do alcance dos resultados finalísticos. No entanto, ressalta-se, conforme exposto por Onofre Alves Batista Júnior (2012, p. 95) que “em especial nos domínios do Direito Público, o conceito de eficiência adquire um sentido lato, apto englobar diversos aspectos, dentre eles o que *stricto sensu* é chamado de eficiência e eficácia”.

Ubirajara Costodio Filho (2012, p.1004), por exemplo, em artigo sobre o princípio da eficiência na Administração Pública, expõe que o melhor é utilizar o conceito de eficiência abarcando a eficácia, chamando de “sentido comum do vocábulo eficiência”. Aduz que deste modo, confere-se uma maior amplitude semântica para a eficiência, enaltecendo a força normativa do art. 37, caput, da

Constituição Federal.

Justifica-se, portanto, o motivo pelo qual, muitas vezes, a doutrina quando conceitua a eficiência administrativa, ao mesmo tempo abarca conceito de eficácia, como foi o caso das doutrinas supracitadas, e do presente trabalho ao utilizar o termo eficiência administrativa.

Desta maneira, exterioriza-se o conteúdo jurídico do princípio da eficiência administrativa o qual, como será demonstrado mais a frente, é bastante fomentado quando há uma atuação consensual pela administração.

#### 4.5 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ATRAVÉS DO PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA: A DISCRICIONARIEDADE LIMITADA

Conforme demonstrado no presente trabalho, a eficiência é um princípio constitucional reitor da atividade administrativa, sendo que o seu descumprimento resulta na violação da Constituição Federal. Assim, consoante o exposto por Onofre Alves Batista Júnior (2012, p. 252), o referido princípio deverá ser estimado nas diversas formas de atuação da Administração Pública.

Portanto, como discorrido por Rita Tourinho (2009, p. 105):

O princípio da eficiência impõe a busca da otimização ou do melhor para o interesse público. Frente ao princípio da eficiência, os administradores não mais podem escolher de maneira aleatória entre várias opções disponíveis, pois o caso concreto poderá demonstrar que somente uma dentre as soluções possíveis é a melhor.

Por conseguinte, o agir administrativo, em uma democracia republicana, de acordo com o exposto por Marçal Justen Filho (2016, p.69), “não pode ser compreendida senão como atuação infralegal”. Assim, como bastante difundido doutrinariamente, a Administração somente poderá realizar aquilo que a lei autoriza, ficando, desta forma, exteriorizado o princípio da legalidade administrativa.

Ademais, é necessário fazer a ressalva de que “a expressão princípio da legalidade deve ser mantida sempre com a advertência de que os direitos e obrigações podem constar da Constituição, a qual modela toda a ordem jurídica” (JUSTEN FILHO, 2016, p.73). Deste modo, a atividade administrativa será fundamentada não só pela norma infralegal, mas também pela Constituição Federal.

Na mesma linha de entendimento, pode-se trazer o manifestado por Rita Tourinho (2009, p.19) quando afirma que “as atividades estatais, sobretudo as administrativas, refletem o cumprimento desta vontade geral, fixada inicialmente, no texto constitucional e, em seguida na lei”.

Em vista disso, verifica-se que a atuação da Administração Pública assenta-se no princípio da legalidade, estando a atividade administrativa vinculada à definição da lei e da magna-carta. No entanto, dependendo da densidade normativa conferida à lei em abstrato, a atuação administrativa poderá ser vinculada ou discricionária, conforme exposto por Marçal Justen Filho (2016, p.86) ao afirmar que:

a lei pode conter todos os elementos necessários à sua aplicação – a isso se denomina disciplina normativa vinculada. Por outro lado, pode demandar que alguns desses elementos sejam verificados em vista do caso concreto – a isso se denomina disciplina normativa discricionária.

Portanto, “quando a disciplina jurídica restringe a autonomia de escolhas da autoridade administrativa, há vinculação; quando a norma cria intencionalmente margens de autonomia, há discricionariedade” (JUSTEN FILHO, 2016, p.86).

Assim, podemos afirmar “que no exercício da competência vinculada, a administração limita-se a realização de exame de constatação, verificando se a hipótese de fato prevista na norma de forma completa se realizou” (TOURINHO, 2009, p.22), enquanto:

a discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico (JUSTEN FILHO, p. 86)

Além do mais, é importante destacar que não há um ato que seja completamente vinculado, nem discricionário (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 234), como percebido por Gustavo Binenbojm (2014, p. 39) ao afirmar que a norma impõe graus de vinculação à atuação da Administração. Assim, segundo Marçal Justen Filho (2016, p.92), “afirmar que certa atividade é discricionária ou vinculada consiste numa simplificação terminológica, que pode ser adotada para facilitar a comunicação, mas não permite identificar de modo mais preciso o grau de autonomia atribuído pela norma ao titular da função administrativa”.

Enfim, no que concerne ao atingimento da eficiência administrativa, será necessário fazer certas considerações sobre a atuação vinculada e discricionária do Poder Público.

Segundo Onofre Alves Batista Júnior (2012, p. 252), na atividade vinculada, a lei já define qual a opção adequada de conduta da Administração Pública, a escolha mais eficiente para o Poder Público vem estabelecida na lei. Deste modo, “se o ato é vinculado e se foi praticado nos termos da lei, a eventual ineficiência resultará diretamente da deficiente opção legal” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.252).

Verifica-se, então, que o fato da conduta do Poder Público estar aprioristicamente estabelecida em lei, não garante que a atuação administrativa seja eficiente, podendo o legislador não ter definido a melhor opção. Assim, “se a lei abstratamente não é capaz de proporcionar nenhuma hipótese a melhor solução para o bem comum, esta lei é contrária ao princípio constitucional da eficiência, portanto, é, pelo menos em tese, materialmente inconstitucional” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.253).

Tratar-se-á, portanto, de uma lei inconstitucional por ineficiência, podendo a conduta vinculada da administração ser invalidada através do controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais.

Deste modo, conforme manifestado por Onofre Alves Batista Júnior (2012, p.254), “os tribunais têm competência para controle da constitucionalidade das leis e pode (e devem) aplicar preceitos constitucionais mesmo que contrários a lei, mesmo que isto importe em uma reavaliação do juízo do legislador”.

Ademais, no que concerne ao exercício da competência discricionária, quando o administrador público possui a liberdade, conferida pela lei, para escolher a solução que atenderá as finalidades públicas, o princípio da eficiência exige que o administrador escolha a melhor solução (TOURINHO, 2009, p.105). Assim, mesmo investido da competência discricionária, se no caso concreto demonstrar-se que a melhor solução seja uma única, o administrador deverá escolhê-la, concretizando o princípio da eficiência administrativa (JUSTEN FILHO, p.87).

Por conseguinte, ressalta-se que a flexibilidade normativa, conferindo ao administrador a possibilidade de agir discricionariamente, é de suma importância para se alcançar a decisão mais eficiente.

Constata-se que é impossível ao legislador prever, adequadamente, e de forma eficiente, todas as situações que possam requerer a atuação da Administração Pública (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.233), “o legislador não dispõe de condições para

prever antecipadamente a solução mais satisfatória para todos os eventos futuros” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 88).

Acrescenta-se, também, que não é desejável que o legislador almeje sempre criar leis que contenham todas as soluções possíveis para quando necessária a atuação do Poder Público, “isso tornaria a atividade administrativa petrificada, sem possibilidade de adaptação para solucionar os problemas da realidade” (JUSTEN FILHO, p.2016, p.88).

Assim, segundo Onofre Alves Batista Júnior (2012, p.248):

Os referenciais para uma acertada decisão administrativa nunca poderão estar totalmente postos na lei, caso contrário retirar-se-ia a condição da decisão se ajustar às circunstâncias, muitas delas instáveis e conjunturais e, por vezes, só verificáveis quando da execução.

Deste modo, a flexibilização normativa, proporcionando a conduta discricionária, “possibilita a modelagem de decisões em conformidade com as exigências sempre mutantes da realidade cambiante do mundo moderno” (BATISTA JÚNIOR, p.247), permitindo-se o alcance da melhor decisão pelos administradores públicos, concretizando o princípio constitucional da eficiência administrativa.

Ainda, sobre a importância da discricionariedade, para o atingimento da eficiência administrativa, podemos citar Onofre Alves Batista Júnior (2012, p.268), quando alega que:

É o administrador quem se defronta com os casos concretos, daí, em um cenário multiforme e cambiante, usualmente, a melhor alternativa pode ser atribuir-lhe discricionariedade, isto é, a atuação continuada da Administração Pública, para propiciar um resultado eficiente, pode reclamar a abertura a margens discricionárias mais amplas.

Ademais, deve-se fazer a ressalva de que não obstante a existência da discricionariedade, concedendo uma margem de liberdade para o administrador escolher qual forma irá realizar o interesse coletivo, obrigatoriamente a escolha deverá atender o referido interesse da maneira mais eficiente. Este é o entendimento de Rita Tourinho (2009, p.106), ao manifestar que:

Ora, sendo assim, dentro desta margem de liberdade conferida ao administrador público, deve este, dentre as alternativas possíveis, escolher aquela mais eficiente, ou seja, aquela que melhor atenda ao interesse público. Assim, a necessidade de otimização, contida no princípio da eficiência, é requisito de validade jurídica da atuação administrativa.

Do mesmo modo, expõe Onofre Alves Batista Júnior (2012, p. 269), quando alega que:

O intuito que deve balizar sempre a atuação de qualquer agente público é o de melhor velar pelo bem comum. Assim na faixa discricionária, diante do caso concreto, a questão não se resume, pura e simplesmente a uma mera opção do administrador pela solução que lhe aprouver, segundo seus juízos subjetivos. Se o Estado deve bem cumprir os seus fins; se o legislador deve dar condições para que se tenha a solução ótima; se a Administração Pública deve ser eficiente, então, o administrador não tem uma prerrogativa de livre escolha.

Perante o exposto, demonstra-se a obrigatoriedade da Administração Pública, no exercício da competência discricionária, escolher o caminho mais eficiente para a realização do interesse público. A conduta ineficiente, por outro lado, acarreta na invalidade do ato, e ainda, se possível, a responsabilização do agente público (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.271), defendendo-se, portanto, a possibilidade do controle judicial da eficiência na atuação administrativa (TOURINHO, 2009, p. 106).

Quanto ao controle judicial da eficiência administrativa há certo debate doutrinário em relação à sua possibilidade.

Vladimir da Rocha França (2012, p.1022) defende que não concerne ao poder judiciário controlar integralmente a eficiência da conduta do Poder Público, afirmando que a mesma é objeto de controle interno da Administração. Discorre, ainda, que “não cabe ao Poder Judiciário definir a melhor técnica aplicável, mas sim se esta ateu-se aos limites do ordenamento jurídico” (FRANÇA, 2012, p.1023), e acrescenta que “somente a administração pública tem competência e aptidão para, preventivamente, retirar do regime jurídico-administrativo um ato que passou a se mostrar ineficiente para a satisfação do interesse público” (FRANÇA, 2012, p.1024).

Dalton Santos Morais (2012, p. 740), em uma posição intermediária não defende a total insidicabilidade judicial da eficiência administrativa, mas alega que a possibilidade da realização do controle judicial deverá ser averiguado no caso concreto:

considerando-se que se de um lado a discricionariedade administrativa pelo Estado-Juiz, de outro tem-se a necessidade de observância ao princípio constitucional previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, a qual, caso não ocorra espontaneamente, dar-se-á mediante imposição do Poder Judiciário, em cumprimento de sua missão institucional de guardião da Constituição (MORAIS, 2012, p.740).

Por fim, é importante expor o entendimento da autora Rita Tourinho, que defende a possibilidade da realização do controle judicial da eficiência administrativa, entendimento este que é o adotado neste trabalho, in verbis:

Desta forma, entendemos possível o controle judicial da eficiência da atuação

administrativa, afinal, não se pode pensar em um dever sem um direito correspondente, quer dizer, não podemos admitir que a Administração Pública tenha o dever de eficiência sem um remédio jurídico correspondente, capaz de exigir uma atuação eficaz voltada a um melhor atendimento do interesse público. (TOURINHO, 2009, p.106).

Demonstra-se assim, a obrigatoriedade do atingimento da eficiência administrativa sobretudo no exercício da competência discricionária, quando se faz necessário que a atuação administrativa otimize os meios para a satisfatoriedade dos resultados.

Por certo que a consensualidade administrativa, direciona-se à eficiência administrativa, refletida na busca de melhores resultados.



## **5. A CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA COMO ELEMENTO FOMENTADOR DA EFICIÊNCIA**

### **5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente trabalho, tem como objetivo demonstrar que o exercício do consenso, pelo Poder Público, resulta no atingimento de melhores resultados, concretizando, assim, o princípio constitucional da eficiência administrativa. Deste modo, nos capítulos antecedentes, tratou-se sobre os dois referidos institutos, para agora fazer a interligação entre a atuação consensual pela Administração e o atingimento da eficiência administrativa.

Como forma de verificar a tese defendida, será discorrido sobre instrumentos consensuais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando que a sua utilização proporcionara o alcance de melhores resultados para a sociedade. No entanto, antes de partir para a exposição dos instrumentos consensuais, será exposto as tratativas já realizadas por filósofos e estudiosos do Direito sobre a interligação existente entre a consensualidade e a obtenção do resultado eficiente.

### **5.2 CONSENSO E EFICIÊNCIA.**

#### **5.2.1 A consensualidade na literatura sociopolítica**

De início, deve-se ressaltar, que a ideia de que o Estado impositor, “cuja nota característica encontra-se justamente no poder de impor obrigações, exercido em razão do atributo da autoridade, imanente ao poder político ou estatal” (OLIVEIRA; SCHWANKA, 2009, p. 310), não seria a melhor forma de governo é bastante difundida. Acrescenta-se que em regra, o Estado impositor, ao assumir a responsabilidade em planejar as minuciosidades da sociedade, torna-se mais intervencionista, e, conseqüentemente, gera a ineficiência da atuação administrativa, como já demonstrado no item 3.2 do presente trabalho.

Assim, percebe-se que as políticas impositivas que afastam o papel da sociedade na tomada de decisão e, também, na realização das demandas sociais, acarretam no surgimento de uma Administração deficitária, ineficiente. Conclui-se, deste modo, que a ausência de uma Administração consensual contribui com a ineficiência.

Esta ideia é sustentada pelo filósofo britânico Roger Scruton (2015, p.59), ao defender que imposições realizadas pelo Estado à sociedade, sem haver o devido diálogo, leva a ineficiência da medida adotada. Logo, considera o autor, que as políticas predeterminadas devem ser evitadas, elas poderão ser ineficientes ao ignorar as demandas da sociedade. Acrescenta, então, que é importante a aproximação da sociedade com a Administração, necessitando a existência do diálogo e cooperação entre os dois, devendo a sociedade ser tratada como um organismo com vontade e personalidade.

Deste modo:

Políticos podem ter objetivos e pretensões em relação ao povo que pretendem governar. Uma sociedade, porém, é mais do que um organismo mudo. Ela tem personalidade e vontade. Sua história, suas instituições e sua cultura são os repositórios dos valores humanos – em suma, ela tem tanto o caráter de fim quanto o de meio. Um político que deseja impor-lhe determinado conjunto de objetivos, e que não procura compreender os valores e as argumentações que a sociedade propõe em troca, age contra a amizade. Não obstante, onde mais está o direito de governar senão na comunhão de interesses com uma ordem social? Segundo a perspectiva conservadora, a submissão da política a objetivos determinantes, por mais que pareçam “bons em si mesmo”, é irracional, já que destrói a própria relação da qual o governo depende. (SCRUTON, 2015, p.59).

Do mesmo modo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p.159), em ensaio sobre a consensualidade administrativa, faz uma análise do consenso em seu sentido específico, afastado do Direito, demonstrando que possui um papel fundamental na evolução cultural e individual de uma sociedade.

Afirma o autor (MOREIRA NETO, 2016, p.160), que o poder, em seu emprego construtivo, resulta na formação dos acervos institucionais que juntos formarão certa cultura, e possivelmente uma civilização. Acresce, que o poder poderá ter uma relação cratológica antagônica, que tem a competição como forma de progresso, podendo esta competição ser pacífica, privilegiando o aspecto arquitetônico, no entanto, não sendo pacífica, será nociva a população, precisando ser evitada. Trata-se de uma relação mais limitada do que o seu opositor, a cooperação que é:

o tipo de relacionamento que possibilita uma coordenação de diversas expressões de poder com vistas ao atingimento de fins comuns, gerando e desenvolvendo virtudes sociais como a tolerância e a confiança, que possibilitam a concertação de vontades e o surgimento do consenso (MOREIRA NETO, 2016, p.160).

Assim, finaliza o autor, alegando que a cooperação, que resulta no consenso, é eticamente e funcionalmente superior ao poder utilizado de forma impositiva, antagônica. A confiança entre os indivíduos, que é reforçada quando existe o consenso, é fundamental para a evolução da sociedade, a confiança promove a iniciativa pessoal, ocasionando uma maior contribuição de cada cidadão para a sociedade.

Demonstra-se, desta maneira, que a moderna literatura sociopolítica realça a importância da atuação consensual para alcançar melhores resultados para a sociedade, salientando que medidas consensuais são mais eficientes.

### **5.2.2 A Consensualidade na Administração Pública: o alcance da eficiência**

A inserção da eficiência no art. 37 da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional nº 19/1998, vinculou expressamente a Administração Pública ao referido princípio. Almejou-se, portanto, reformular a atuação debilitada do Poder Público brasileiro para efetivar o princípio constitucional da eficiência administrativa.

Desta forma, a doutrina brasileira, de uma forma geral, vem adotando o entendimento segundo o qual uma maior participação cooperativa da sociedade junto à Administração Pública, horizontalizando, relativamente, a relação sociedade x Estado, acarretaria no alcance de resultados mais eficientes. Assim, conforme exposto por Lorena Mirando Santos Barreiros (2016, p.36): “para a concretização do princípio da eficiência, tornava-se imperiosa a adoção pela Administração Pública, de uma postura mais flexível e paritário do seu relacionamento com o administrado.”

Do mesmo modo, Onofre Alves Batista Junior (2012, p.250), defende que para a Administração atuar eficientemente há necessidade de cooperação entre a sociedade e indivíduos, logo, “para funcionar eficientemente, descobriu-se que a organização deve, antes de tudo, favorecer a cooperação, o diálogo, as comunicações entre os indivíduos, aproveitando sua capacidade de iniciativa e inovação”.

Acresce, também, o exposto por Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2013, p.122), defendendo a necessidade da adoção da Administração consensual para alcançar uma atuação administrativa eficiente, assim, “na relação com particulares, é possível perceber uma forte tendência em se substituir a administração “autoritária”, que impõe a vontade estatal ao cidadão por meio de atos unilaterais, por uma administração consensual, com legitimidade democrática reforçada, que busca na parceira a legitimidade e a eficiência administrativa”.

Por fim, podemos ainda citar Vladimir Rocha França (2012, p. 1022) ao afirmar que “o direito subjetivo do administrado à participação tem forte ligação com o princípio da eficiência, constituindo sua instituição e as garantias constitucionais nele inspiradas um grande instrumental jurídico para a concretização normativa da eficiência”.

Assim, diante do exposto, verifica-se que a abertura do Direito à atuação administrativa consensual, que “é uma realidade inexorável e em expansão no ordenamento jurídico brasileiro” (BARREIROS, 2017, p.49), é um dos caminhos adotados para o alcance do princípio constitucional da eficiência, e, como já afirmado, é um fato que já é percebido pelos doutrinadores brasileiro, repercutindo no nosso ordenamento jurídico.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p.176), por exemplo, ao enumerar as vantagens proporcionadas pelo consenso, alega que a eficiência seria uma delas, in verbis:

É inegável que o consenso, como modo alternativo de ação estatal, representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois, como já se teve ocasião de descrever, contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).

Enfim, conclui-se, por certo, que a democratização das posturas administrativas, com a adoção da consensualidade na tomada de decisões, contribui para uma maior eficiência, o que passamos a demonstrar na análise de alguns instrumentos consensuais, já consolidados no ordenamento jurídico brasileiro.

### 5.3 OS INSTRUMENTOS CONSENSUAIS COMO FATORES FOMENTADORES DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Objetivando confirmar a tese defendida no presente trabalho, de que a atuação consensual pelo Poder Público é um caminho que leva à eficiência, será realizado a análise de alguns instrumentos consensuais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, verificando as suas aptidões em gerar melhores resultados, concretizando o princípio constitucional da eficiência administrativa.

Previamente, é importante lembrar que a Administração Pública consensual, consistiu em “sobrelevar o papel do cidadão nas relações jurídico-administrativas” (MAIA, 2014, p.77), valorizando-se, deste modo, a cooperação entre o Poder Público e a sociedade. Assim, como já mencionado no tópico que trata das concepções sobre a consensualidade (vide 2.2), será considerado uma manifestação da consensualidade qualquer atuação administrativa junto à sociedade, adotando-se, deste modo, a concepção em sentido amplo da consensualidade administrativa. Como exposto por Lorena Miranda Santos Barreiros (2017, p. 45):

Qualifica-se como atuação administrativa consensual, em sentido amplo, toda e qualquer forma de agir da Administração Pública pautada em acordo de vontades, na esfera administrativa ou na judicial, quer se trate de relacionamento travados no âmbito da própria Administração, quer se refira a relações havidas com o administrado.

Desta forma, os instrumentos consensuais que serão discorridos são aqueles que proporcionam a participação cooperativa da Administração com os indivíduos, no intuito de alcançar o melhor resultado. Assim, o presente trabalho tratará sobre o consenso na tomada de decisão administrativa, na execução administrativa; e, por fim, no consenso na composição de conflitos.

#### 5.3.1 A audiência pública e a eficiência

Inicialmente, é importante ressaltar, que a audiência pública é uma espécie de instrumento consensual na tomada de decisão administrativa pelo poder público.

Constata-se que a consensualidade no campo da Administração Pública

gradativamente vem ganhando espaço, “ainda porque a todo momento são identificadas novas atividades em que o Estado pode atuar mais eficientemente e com menores custos em relações de coordenação do que o faria nas clássicas relações de subordinação” (MOREIRA NETO, 2007, p.253).

Convêm, ainda, salientar que a relação consensual entre Estado e sociedade, incrementando a participação popular, decorre do princípio democrático, conforme exposto por Vinícius Francisco Toazza e Janaína Rigo Santin (2013, p.449), quando afirma “que a participação está estreitamente ligada à democracia”.

Assim, a audiência pública, previsto no nosso ordenamento jurídico, insere-se neste contexto, sendo um instituto consensual propagador da eficiência administrativa e com “um amplíssimo campo para prosperar e realizar, no dia a dia da gestão dos interesses públicos cometidos ao Estado, o que se contém e se promete na afirmação de um Estado Democrático de Direito” (MOREIRA NETO, 2007, p.257).

Por conseguinte, conforme definido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2007, p. 256):

O instituto da audiência pública é um processo administrativo de participação aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração Pública, criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculatória, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual.

Acrescenta o autor (MOREIRA NETO, 2007, p.258), que o referido instrumento consensual é fortemente embasado por diversos princípios fundamentais da ordem jurídica brasileira. Dentre eles, há o princípio democrático que se desdobra no princípio da cidadania, reconhecendo à sociedade “o poder político elementar de decisão sobre a coisa pública”, e no princípio da participação política, que instrumenta o poder político “para a escolha do conteúdo político ou administrativo das decisões públicas, consensualmente deliberadas” (MOREIRA NETO, 2007, p.258).

Afirma, também, que há o embasamento pelo princípio da publicidade, no viés do direito à informação (MOREIRA NETO, 2007, p.259); pelo princípio da prevenção de litígios, que acarreta na pré-identificação das fontes de litígios, devendo as soluções, se possível, já serem equacionadas no decorrer da audiência pública (MOREIRA NETO, 2007, p.260); dentre outros.

As audiências públicas só poderão ocorrer “mediante lei instituidora que lhes

defina o processo e a eficácia”, inclusive “nos casos em que o legislador constitucional já lhes deu previsão” (MOREIRA NETO, 2007, p.265). Assim as previsões constitucionais relativas ao exercício da audiência pública, como o caso do art. 29, XII, que concebe a cooperação das associações representativas no planejamento municipal; do art. 194, parágrafo único, VII, que prevê a participação na seguridade social; do art. 198, III, que determina a diretriz da participação da comunidade nas ações de serviço público e de saúde; do art. 204, II, que prevê a participação da sociedade na assistência social por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis; do art. 225, caput, que determina a participação da população na defesa do meio ambiente; deverão ter uma lei instituidora para que sejam efetivadas (MOREIRA NETO, 2007, p.266)

Assim, existem algumas normas infralegais instituindo o exercício da audiência pública. Em matéria de contratação e licitação, por exemplo, há o art. 39, caput, da Lei 8.666/93 (Lei de Licitação e Contrato), que prevê a necessidade da realização de audiência pública para licitação de grande vulto, definida na própria lei. Ressalta-se que, “a audiência pública, se não efetuada, quando ocorrente o pressuposto descrito na norma, invalida a licitação” (FIGUEIREDO, 2003, p.383).

Em matéria ambiental, há o art. 225 da Constituição Federal, o qual institui a participação da sociedade na defesa do meio ambiente, que é regulado pelo art. 8º, II, da Lei 6.938/81 que autoriza o CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente, “órgão por ela instituído, a determinar, sempre que necessário, a convocação de entidades privadas para atuar informativamente para apreciação de estudos de impacto ambiental” (MOREIRA NETO, 2007, p.267). Acresce que “o CONAMA regulou, por seu turno, essa previsão na Resolução nº 009/87, dispondo no seu art 2º, caput, que a providência acima autorizada seria processada como audiência pública” (MOREIRA NETO, 2007, p.267).

Como destacado por Lucia Valle Figueiredo (2003, p.389), “a finalidade da audiência pública é a publicidade, neste entendida a possibilidade de participação ampla dos cidadãos”. A autora também defende que a audiência pública não poderá ser somente uma etapa formal de um procedimento, a participação da sociedade deverá ter uma efetiva repercussão na decisão da Administração, assim, acresce sobre o instituto que:

Sua finalidade precípua é a ampla discussão, a ampla transparência, para que sejam exibidos os fundamentos necessários para o modelo escolhido e para que se ouça, se questione a possibilidade da proposição de outras formas. (FIGUEIREDO, 2003, p.390).

Verifica-se, então, que se a audiência pública for realizada da maneira que concretize a sua essência, não sendo tratada como mero aspecto formal de um procedimento, e sim de modo a concretizar o princípio da participação, proporcionando a Administração a obtenção de maiores informações para realizar a melhor decisão, contribuirá para a concretização do princípio constitucional da eficiência administrativa. Sublinha-se que este entendimento, da correlação existente entre o exercício do presente instrumento consensual e a obtenção de melhores resultados, concretizando o princípio da eficiência, é difundido doutrinariamente.

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2013, p.153), expõe as vantagens decorrente da participação da sociedade na tomada das decisões administrativas, demonstrando que permite o atingimento de melhores resultados, in verbis:

A participação administrativa permite uma melhor ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses dos particulares, identificando, com maior precisão, os problemas e as diferentes consequências possíveis da futura decisão. Ademais, a participação aumenta a probabilidade de aceitação dos destinatários das decisões administrativas, constituindo, por isso, importante favor de legitimidade democrática da atuação da Administração pública.

Também é o entendimento de Lucia Valle Figueiredo (2003, p. 397), ao afirmar que a atuação eficiente é alcançada através do dialogo entre a Administração e o Poder Público, assim:

Agir com eficiência significa contemplar todas as possibilidades de obter o melhor contrato, a melhor decisão (sobretudo legítima por obter o consenso dos administrados), possibilitando, sem dúvidas, que se discuta amplamente os modelos e que, ademais, tais modelos possam estar estribados em fortes elementos de convicção e nunca dependerem de escolhas discricionárias, sem limites, portanto, até arbitrárias da Administração, sem peias ou amarras (FIGUEIREDO, 2003, p.397).

Conclui, então, a autora (FIGUEIREDO, 2003, p.398) que, “a audiência pública, se convenientemente executada, trará legitimidade e eficiência para decisões administrativas tomadas”.

Enfim, demonstra-se que a realização da audiência pública, ao promover o diálogo entre a Administração e a sociedade, proporciona ao Poder Público maior concepção sobre as necessidades da população, obtendo, assim, melhores possibilidades para tomar a decisão mais eficiente.



### 5.3.2 As Parceiras Públicas Privadas e a eficiência

As Parcerias Públicas Privadas é um instrumento consensual na modalidade execução administrativa associada por contrato.

Produz-se, assim, uma parceria entre a Administração Pública e os entes da sociedade com o intuito de satisfazer o interesse público da maneira mais eficiente. Justifica-se, deste modo, a parceria, no momento em que a Administração, através da consensualidade, satisfaz o interesse público de forma mais eficiente, fato este que não seria alcançado se agisse unilateralmente. Portanto:

Aduza-se que toda PPP deve, quando celebrada, observar fielmente o princípio da eficiência. Esses ajustes devem ser efetivamente capazes de reduzir as despesas do Estado e de proporcionar aos cidadãos melhores serviços e obras. Caso contrário, o instituto deve ser posto de lado. (ARAUJO, 2006, p. 734).

A institucionalização da Parceria Públicas Privadas através da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, conforme exposto por Lorena Miranda Santos Barreiros (2017, p.74), decorre, principalmente, da incapacidade do Estado em se endividar, impossibilitando a destinação de verbas em obras e serviços de grande porte reivindicados pela sociedade. Acrescenta-se ainda que “a transferência da execução de um serviço ou de uma obra mediante concessão ou permissão ao particular também não tem sido medida suficiente em determinados casos” (ARAUJO, 2006, p. 733), principalmente naqueles casos em que o serviço público prestado, não se revele economicamente autossustentável (BARREIROS, 2017, p.74). Em suma:

As parcerias públicas-privadas surgem como uma tentativa de o Estado e a iniciativa privada dividirem os custos com a implantação de infraestruturas, já que nenhum deles teria condição de arcar individualmente: o Estado por não ter condições financeiras, e a iniciativa privada porque a tarifa seria insuficiente (ou em alguns casos até inexistentes) para cobrir todos os custos e a legítima margem de lucro do negócio. (ARAGÃO, 2013, p.634)

Este cenário, então, compõe-se em um obstáculo para o Estado alcançar uma maior eficiência administrativa na prestação de serviços não autossustentáveis economicamente, e na prática de investimentos em infraestrutura (BARREIROS, 2017, p.74).

Assim, “nesse contexto, o esforço conjunto a ser empreendido pelo Estado e pelos particulares com amparo na Lei. nº 11.079 é medida salutar” (ARAUJO, 2006, p.733). A Parceria Pública Privada é instituto que apresenta maiores atrativos para os investimentos da iniciativa privada, principalmente por ampliar a margem de

negociação entre o Poder Público e os parceiros privados, resultando em uma “maior horizontalização na relação concertada entre o Poder Público e administrado” (BARREIROS, 2017, p.74), ou seja, estendendo o espaço de consensualidade da atuação administrativa.

Por conseguinte, é essencial tratar das especificidades da Parceria Públicas Privadas, que por proporcionar uma maior margem de negociação entre o ente privado e a Administração, e oportunizar a utilização de instrumentos consensuais durante o procedimento, fomenta o atingimento de melhores resultados.

A Parceria Pública Privada foi instituída em 30 de dezembro de 2004, pela Lei de n 11.079, inaugurando duas novas modalidades de concessão administrativa: a concessão patrocinada e a concessão administrativa (BARREIROS, 2017, p.72).

A concessão patrocinada, no teor do § 1º do art. 2º da Lei 11.079/2004, “é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (BRASIL, 2004). Deste modo, caracteriza-se por ter como contraprestação ao parceiro privado, além da tarifa cobrada pelos usuários, uma contraprestação do parceiro público, sendo este o fator diferenciador dessa modalidade de concessão para a comum (BARREIROS, 2017, p.72).

De outro modo, a concessão administrativa, no teor do § 2 do art. 2º da Lei 11.079/2004, “é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” (BRASIL, 2004). Nesta modalidade, a contraprestação devida ao ente privado é integralmente paga pelo parceiro público, ressaltando-se que a cobrança de tarifas, nesta situação, é incompatível com o referido instituto, difere-se dos contratos de prestação de serviços, regidos pela Lei nº 8.666/93, dentre outras coisas, pelos investimentos iniciais à cargo do parceiro privado (ARAGÃO, 2013, p.643).

No que concerne, ainda, à remuneração das respectivas concessões, conforme exposto por Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 647) há uma especificidade que estimula a efetivação do princípio da eficiência através da atividade dos entes privados. Consiste no fato que:

nas concessões administrativas a forma de cálculo do valor a ser pago a empresa deve ser variável de acordo com as utilidades concretamente prestadas à Administração Pública ou à população, o que decorre do Princípio da Eficiência e da necessidade de compartilhamento de riscos que animam as parcerias público-privadas. (ARAGÃO, 2013, p.647).

Desta forma, reforçando o supracitado, nos contratos regidos pela Lei nº 11.079/04, admite-se a remuneração variável do parceiro privado em virtude do seu desempenho, levando em consideração a qualidade, eficiência, da atividade prestada à população, conforme preconiza o §2º, do art. 6º, do referido diploma legal.

Por outro lado, a possibilidade de compartilhamento dos riscos nos contratos de Parcerias Público-Privadas, constante do inciso III, do art. 5º, da Lei, constitui inovação reflexa da consensualidade administrativa, implementadora do princípio da eficiência. Diferente das relações contratuais travadas sob a égide da Lei nº 8.666/93, cujos riscos são alocados, na sua maioria, à Administração contratante (ARAGÃO, 2013, p. 674), os ajustes estabelecidos com fundamento na Lei 11.079/04 garantem uma maior flexibilização no compartilhamento de riscos, traçados a partir de diálogo com os possíveis interessados em audiências públicas, ou através de consultas (art. 10, VI, da Lei nº 11.079/04), possibilitando ajustes mais satisfatórios ao atendimento do interesse público.

Deve-se, também, destacar, como manifestado por Bruno Miragem (2011, p. 147), que a PPP prevê diversos instrumentos ao parceiro privado, para protegê-lo dos episódios de descontinuidade administrativa, e de alterações de orientação política ou técnica do Poder Público, superando a desconfiança gerada ao ente privado em torno da Administração Pública, fomentando, desta forma, maiores investimentos.

Além disso, as garantias proporcionadas pela lei 11.079/2004 ao parceiro privado mitiga as prerrogativas da Administração Pública, acarretando na maior horizontalização na relação entre o Poder Público e administrado, enaltecendo a essência da consensualidade administrativa. Assim, segundo Bruno Miragem (2011, p.147):

A noção de parceria associada às concessões, sob regime da Lei 11.079/2004, vem aproximar o interesse das partes contratantes e, mais do que isso, diminuir a distância que separam concedente e concessionária, mitigando, de certo modo, o conjunto de prerrogativas da Administração, no sentido de um maior equilíbrio de interesses do Poder Público e do particular.

Dentre os instrumentos que ocasionam maiores garantias ao parceiro privado, tem-se a possibilidade de utilização da arbitragem, constante do inciso III, do art. 11,

da Lei nº 11.079/2004, instrumento de solução de conflito mais eficiente. A utilização da arbitragem permite a solução de conflitos de interesses de forma mais célere, com a exclusão de entraves existentes à continuidade da prestação contratual.

A fase interna da licitação é tratada no art. 10, da Lei. De início, deve-se justificar a adoção da referida modalidade de concessão em detrimento da concessão comum (ARAGÃO, 2013, p.668). Assim, conforme exposto por Bruno Miragem (2011, p.13), “na fase interna da licitação, o procedimento administrativo do qual decorre o ato de autorização da licitação deve estar instruído com estudo técnico que demonstre a conveniência e oportunidade da contratação, com detalhamento das razões que justifiquem a adoção da concessão sob PPP”.

Neste ponto, cumpre mais uma vez mencionar o inciso VI, do art. 10, que estabelece a:

Submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital (BRASIL, 2004).

A consulta permitirá a abertura de diálogo com os possíveis interessados que disporão de prazo para apresentação de sugestões, que poderão ser acolhidas pela Administração contratante, consistindo sua realização requisito de validade do edital (ARAGÃO, p.2013, p.669). Por certo que tal diálogo contribuirá para a formalização de contratos mais eficientes, adequados à realidade, capazes de atender a um só tempo às expectativas do parceiro privado e a sociedade beneficiária do ajuste. Saliente-se também, que além da consulta pública, poderá ser realizada audiência pública, com a aplicação subsidiária do art. 39, da Lei nº 8.666/93.

Por fim, no que concerne a fase externa da licitação, conforme previsto no art. 11, inciso II, Lei nº 11.079/2004, destaca-se a possibilidade do parceiro privado apresentar o projeto básico e executivo do contrato, contando, assim, com a “expertise privada para dar melhores soluções às necessidades públicas” (ARAGÃO, 2013, p.670). Deste modo, enaltece a ideia do ganho da eficiência gerada pela maior atuação dos entes privados na execução do contrato, assim:

A *ratio* de todo o sistema da Lei nº 11.079/2004 é justamente se valer dos benefícios oriundos de se ter uma parceria com a iniciativa privada, inclusive para que ela elabore o melhor detalhamento possível de como o objeto

contratual será realizado, o que é justamente o papel do projeto básico. (ARAGÃO, 2013, p.671)

Resta, então, demonstrado que a Lei nº 11.079/04 apresenta um viés de consensualidade, possibilitando, através do aproveitamento da expertise privada, a formalização de contratos mais eficientes.

### 5.3.3 O orçamento participativo e a eficiência

O orçamento participativo, é uma forma consensual do agir administrativo na tomada de decisão. Antes de tratarmos deste instrumento consensual é necessário discorrer sobre o orçamento em sua generalidade.

O orçamento, como bem define Regis Fernandes de Oliveira (2015, p.606) é:

a lei periódica que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do comportamento do agente público.

Acrescenta, ainda, o autor:

Através dele é que se fixam os objetivos a serem atingidos. Por meio dele é que o Estado assume funções reais de intervenção no domínio econômico. Em suma, deixa de ser mero documento estático de previsão de receitas e autorização de despesas para se constituir no documento dinâmico solene de atuação do Estado perante a sociedade, nela intervindo e dirigindo seus rumos (OLIVEIRA, 2015, p.601).

Vê-se, portanto, que através do que é previsto no orçamento que o estado determina como irá atuar no domínio econômico.

Ademais, “as metas para a elaboração da proposta orçamentária são definidas pelo Plano Plurianual (PPA) e são priorizadas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)” (MIRANDA, 2012, p.670).

Assim, o Plano Plurianual define o planejamento das atividades governamentais, estabelecendo, conforme previsto no art. 165, §1º da Constituição Federal, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal relativamente as despesas de capital e aos programas de duração continuada (OLIVEIRA, 2015, p.639)

Por outro lado, a lei de diretrizes orçamentárias “deve traçar metas e prioridades que deverão contar no plano plurianual, orientando a elaboração da lei orçamentária

anual, ou seja, o que deve ela conter” (OLIVEIRA, 2015, p.641), conforme previsto no art. 165, §2º da Constituição Federal.

É importante ressaltar que é o Chefe do Executivo quem elabora os orçamentos, restando a ele a última palavra na sua estruturação. No entanto, ao realizar o orçamento deve-se ter em conta as demandas da sociedade, realizando-se um plano orçamentário compatível às necessidades sociais (OLIVEIRA, 2015, p.610).

Por conseguinte, verifica-se que uma das causas da crise orçamentária, constantes nos governos brasileiros, como apontou o economista Eduardo R. Lacher (1995, p.221), é a falta de projetos articulados de desenvolvimento de médio e longo prazos. Decorre, este fato, principalmente da falta de sintonia entre o administrado e a Administração conforme percebido pelo autor:

Na realidade, os agentes políticos e a sociedade civil organizada não têm articulado de forma efetiva a discussão sobre projetos de desenvolvimento econômico e social. Assim, podemos admitir que praticamente inexistente o debate de alternativas articuladas de desenvolvimento para o País (LACHER, 1995, p.222).

Este fato também é percebido por Danton Cesar Cordeiro de Miranda, ao alegar que

O Orçamento Público Brasileiro não vem sendo elaborado de forma que o destino dos dinheiros esteja atendendo aos anseios maiores da população, face à realidade econômica enfrentada pela Nação e os compromissos financeiros firmados com entes internacionais (MIRANDA, 2012, p.673).

O orçamento participativo, neste caso, poderá contribuir para a superar este empecilho. Trata-se de um instrumento consensual que proporciona uma aproximação entre os indivíduos e o Poder Público para a elaboração do plano orçamentário (OLIVEIRA, 2015, p.589).

Verifica-se que a realização do orçamento participativo já acontece nos municípios, como demonstrado por Regis Fernandes de Oliveira (2015, p.590):

o art.43 do denominado Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) estabeleceu que haja órgãos colegiados, debates audiências, conferências sobre assuntos de interesse urbano e consultas públicas e iniciativa popular de projeto de lei e planos (incisos I a IV). A elaboração do Plano Diretor dos Municípios exige “a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade” (inciso I do § 4º. Do art. 40). Pressupõe, para a validade da proposta orçamentária, que haja discussão, debates, audiências e consultas “como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal” (art.44).

Diante do exposto, percebe-se que é imperiosa a participação popular no plano municipal.

Assim, o orçamento participativo, ao realizar a aproximação da sociedade ao Poder Público na realização do orçamento, concede maiores probabilidades de a Administração atingir o resultado mais eficiente, neste caso, atingir um plano orçamentário que atenda as demandas sociais, não sendo, portanto, deficiente. Deste modo, “consagra-se, expressamente, a participação popular como instrumento de eficiência administrativa, na elaboração dos orçamentos” (OLIVEIRA, 2015, p.592).

Registra-se que a forma como se desenvolve o orçamento participativo na prática é bastante semelhante as audiências públicas. Regis Fernandes de Oliveira (2015, p. 671) resumiu como ocorre a realização do orçamento participativo, afirmando que

O poder público convoca a sociedade (ato de poder) para que ela venha até o espaço público para dizer o que pretende para sua comunidade (delimitação do espaço. Em dia aprazado, a autoridade legitimada pelo exercício funcional, coloca as possibilidades em discussão. A partir daí, a sociedade se vê habilitada a discussão.

Portanto, retoma-se o discorrido por Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, apresentado no tópico 5.3.1 do presente trabalho, tratando dos benefícios da audiência pública, muito semelhante as vantagens na utilização do instrumento consensual aqui discutido. A participação administrativa, conforme exposto pelo autor, ao proporcionar à administração o conhecimento das principais demandas da sociedade, permite que o Poder Público tome a melhor decisão (Carvalho, 2013, p.153). Portanto, o orçamento participativo pode ser um meio que proporciona a concretização da eficiência administrativa.

Concluindo, como já exposto, a consensualidade é uma nova tendência do agir administrativo e os seus benefícios são inegáveis. O orçamento participativo, que já é realidade na seara municipal, também é benéfico. A consensualidade sempre estará em busca da eficiência e do direito fundamental a boa administração.

### 5.3.4 A arbitragem na administração e eficiência.

A arbitragem, assim como a conciliação e a mediação consiste no consenso na composição de conflitos (MOREIRA NETO, 2016, p. 188), sendo “reconhecida como uma das principais exteriorizações da consensualidade na prática do Direito Administrativo” (PALMA, 2010, p.138).

Ressalta-se, ainda, que as formas alternativas de composição de conflitos foram enaltecidas pelo NCPC, como meio de desafogar a demanda ao Judiciário e fomentar as resoluções consensuais de litígios. Assim, o art. 3, §2º do NCPC, afirma que o Estado sempre promoverá, quando possível, a resolução consensual de conflitos, como a utilização da via arbitral (CARVALHO FILHO, 2015, p.96)

Trata-se de um método heterocompositivo na resolução de litígios (POZZO; FECURI, 2017, p. 241), que constitui, segundo Lorena Miranda Santos Barreiros (2017, p.75):

em método jurisdicional extrajudicial adjudicativo de solução de conflitos por intermédio do qual as partes nele envolvidas conferem a um terceiro imparcial, consensualmente, o poder de dirimir a controvérsia surgida quando a direitos patrimoniais disponíveis, de modo impositivo.

Saliente-se que, para a utilização da via arbitral, é necessário que se preencha os requisitos da arbitrabilidade subjetiva e da arbitrabilidade objetiva, sendo o primeiro referente a capacidade do sujeito a se submeter à arbitragem e a segunda referente ao objeto em litígio (BARREIROS, 2017, p.74).

No que concerne a arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública, conforme exposto por Lorena Barreiros (2017, p. 76), “foi, há muito, definida em sentido positivo pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar paradigmático Caso Lege, no ano de 1973 (AI nº 52.181)”. No referido julgamento, afastou-se o entendimento de que os entes públicos, por apresentarem esta natureza, estariam inaptos a compor os conflitos na via arbitral.

Assim, a grande discussão relativa a utilização da arbitragem pelo Poder Público, concentrou-se na arbitrabilidade objetiva (BARREIROS, 2017, p.76), isto é, no que tange as matérias que poderiam ser submetidas ao juízo arbitral pela Administração.



Deste modo, os óbices apontados pela doutrina ao advento da utilização da Arbitragem pelo Poder Público seriam o princípio da legalidade administrativa, o princípio da indisponibilidade do interesse público, e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (BARREIROS, 2017, p.77).

No que tange ao óbice conferido pelo princípio da legalidade, parte da doutrina defendia que para a Administração se submeter a via arbitral deveria existir uma previsão legal permitindo. Dennys Zimmermann (2012, p.1202) discorrendo sobre o fundamento doutrinário do referido óbice expos:

Seu fundamento – para os que sustentam – residiria em quem assim como o particular dependeria da outorga de poderes especiais para dispor da jurisdição estatal para a solução de litígios decorrentes de determinado negócio jurídico, nos contratos em que figure a Administração tais poderes ser-lhe-iam concedidos por lei que assim denotaria o instrumento por meio do qual se veicularia a autorização emanada do titular do direito, “isto é, do povo”, para a prática de tal ato de disposição.

Com vista a superar este obstáculo, “houve uma proliferação de normas específicas autorizadoras do uso da via arbitral em diversos diplomas especiais” (BARREIROS, 2017, p.77).

O outro empecilho à utilização do referido instrumento consensual era o princípio da indisponibilidade do interesse público. Parte da doutrina sustentava, consoante o exposto por Diogo Moreira Neto (2016, p.188), que “a negociação na esfera administrativa seria negociar com o interesse público, o que proscreveria todos os instrumentos do gênero: a conciliação, a mediação, a arbitragem, e os ajustes de conduta”. No entanto:

distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo de forma com maior eficiência. (MOREIRA NETO, 2016, p.188)

Constata-se, assim, que a Administração Pública ao se submeter a via arbitral, não estará dispondo do interesse público, mas sim selecionando o meio mais eficiente para atingi-lo, que em alguns casos poderá não ser a via judicial (BARREIROS, 2017, p.79).

Por fim, quanto ao óbice referente ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, este é mitigado “ante a possibilidade de a sentença arbitral ser invalidada judicialmente se contiver vício” (BARREIROS, 2017, p.79), não existindo, deste modo, a absoluta renúncia à jurisdição estatal.

Não obstante, a promulgação da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 que alterou dispositivos da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), encerrou a divergência doutrinária demonstrada, ao permitir expressamente que o Poder Público se submeta a via arbitral na composição de conflitos no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis (BARREIROS,.2017, p.79).

Por conseguinte, verifica-se, então, um incremento nos métodos consensuais na resolução de conflito, principalmente em razão de suas vantagens “como flexibilidade, tecnicidade e celeridade – largamente consideradas inerentes ao instituto da arbitragem” (PALMA, 2010, p.139), e no que concerne ao Poder Público, proporcionando atingimento do interesse público com mais eficiência, como será demonstrado.

A primeira qualidade da utilização da via arbitral consiste em “conquistar a tão sonhada celeridade na solução das controvérsias” (POZZO; FECURI). Ressalta-se que a celeridade é um aspecto básico do princípio da eficiência administrativa, assim previsto por Onofre Batista Júnior (2012, p.196), ao afirmar que: “é quase intuitivo, ou melhor, deriva da própria observância prática do que ocorre diariamente, a visão de que a eficiência da atuação da Administração Pública exige e pede a celeridade e presteza”.

A possibilidade das partes, consensualmente, estipularem o prazo em que será proferida a decisão arbitral, como previsto no art.23, caput, da Lei nº 9.307/1996, é um fator que contribui com a existência do elemento celeridade (SOARES, 2016, p. 41).

Acresce que na arbitragem há a possibilidade da escolha consensual do arbitro pelas partes, conforme estipulado no art. 13, §3º, da Lei nº 9.307/1996, permitindo, assim, “a intervenção de especialistas na matéria em litígio” (MOREIRA NETO, 2007, p.276).

Deste modo, consoante o exposto por Tamírames de Almeida Damásio Soares (2016, p. 44), a escolha do arbitro pelas partes leva a duas vantagens, consistindo a primeira na maior segurança em relação ao julgamento, no momento em que as partes escolherão, em regra, uma pessoa a qual possuam mais confiança, assim, “a tendência lógica é que as partes sintam-se mais seguras e confiantes quanto à imparcialidade, dedicação, competência e independência do julgador no litígio”.

Enquanto a segunda vantagem reside na viabilidade da escolha consensual, pelas partes, do árbitro com melhores capacidades técnicas para compor o conflito, incrementando a qualidade do procedimento, proporcionando maior eficiência. Portanto, conforme exposto pela autora:

há predisposição de que sejam escolhidos julgadores que detenham o conhecimento técnico especializado na matéria objeto do contrato em que nasceu a controvérsia. Essa margem de escolha, ao contrário do que ocorre no Poder Judiciário, permite que a decisão seja tecnicamente mais adequada e mais precisa do que aquela que seria prolatada pelo juiz togado (SOARES, 2016, p. 44).

Trata-se do mesmo entendimento de Juliana de Palma quanto a qualidade da decisão proferidas pelos árbitros com maiores capacidades técnica, *in verbis*:

Outra motivação substancial corresponde à qualidade das decisões de resolução de conflitos. As sentenças arbitrais são largamente reconhecidas como técnicas porquanto proferidas por profissionais da escolha dos compromissários, geralmente ambientados com o objeto de discussão<sup>429</sup>. O diferencial técnico vale significativamente para garantia da execução do objeto contratual. (PALMA, 2010, p. 2015)

Outra vantagem que poderá ser atingida com a utilização da via arbitral é a economicidade, no entanto, como demonstrado por Tamírames Damásio Soares (2006, p.46), é necessário analisar o caso concreto para confirmar se a hipótese da economicidade será concretizada. Ainda, é importante ressaltar que “a economicidade, entretanto, é uma das facetas da eficiência *stricto sensu*, aspecto da ideia maior de eficiência *lato sensu*” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p.186).

Desta forma, diante do discorrido, verifica-se que utilização da arbitragem pela Administração, quando for possível, poderá concretizar o princípio constitucional da eficiência administrativa, devido as vantagens supracitadas. Assim, cumpre transcrever o evidenciado por Dennys Zimmermann (2016, p.1190):

Longe de contradizer o interesse público, situações fatuais existe – e não são poucas – em que a previsão contratual da arbitragem se constitui no único viés possível – e, por que não dizer, eficiente (e novamente o adjetivo não está sendo utilizado de maneira desarrazoada, como se verá adiante – de se satisfazê-lo, em razão das garantias de celeridade, efetividade e imparcialidade que somente a consagração consensual desta via proporciona aos parceiros privados da Administração.

Há, portanto, na via arbitral, maior espaço para negociação da formatação do procedimento, deixando de lado, o Poder Público, suas prerrogativas impositivas, sendo possível realizar uma atuação mais eficiente decorrente da consensualidade administrativa.

## 6. CONCLUSÃO

A exigência da atuação eficiente da Administração Pública foi elevada a um princípio constitucional através da Emenda Constitucional 19/98. Em razão da força imperativa dos princípios constitucionais o Poder Público deverá, como já exposto no presente trabalho, sempre estar em busca do melhor resultado, realizar o interesse público de forma eficiente, ressaltando que até na conduta discricionária o resultado mais eficiente é exigível.

Outrossim, o panorama da Administração Pública brasileira vem sofrendo certas mudanças, ficando cada vez mais obsoleta a ideia de um Poder Público que atua através de atos unilaterais, no viés impositivo, utilizando sempre das prerrogativas, afastando as possibilidades da realização de acordos e atuação em conjunto da sociedade e Estado. Percebe-se então, que de modo geral, esta não é a melhor forma para se concretizar o princípio constitucional da eficiência administrativa.

Por conta disto a presente monografia defendeu que a ascensão da consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro, proporcionada pelos vetores discorridos, como a presença dos direitos fundamentais na Constituição, a Constituição Federal como ordem de valores, a procedimentalização do ato administrativo, o princípio da subsidiariedade, redistribuição dos papéis dos indivíduos na sociedade e a redefinição do conceito de interesse público, é um caminho à concretização do princípio da eficiência, e ainda, um elemento fomentador do princípio democrático.

A administração consensual promove a horizontalização da relação Poder Público e indivíduo, proporcionando uma participação mais contundente da sociedade junto à administração. Sustentou-se que a administração dialógica, afastando as medidas imperativas, promovendo a atuação concertada da administração, proporciona a concretização da eficiência. Assim, a utilização da expertise privada, o melhor conhecimento das demandas da sociedade, a realização de acordos entre o Estado e o indivíduo, são fatores que acarretam na melhor forma de atingimento do interesse público.

O ordenamento jurídico brasileiro contém alguns instrumentos consensuais, e para defender a presente tese, foi utilizado como exemplo alguns institutos, demonstrando a sua aptidão em promover o referido princípio.

A audiência pública, por exemplo, ao aproximar administrados e administradores nas tomadas de decisão, concede a estes melhores informações sobre as demandas sociais, possibilitando que a Administração realize a melhor decisão, e ainda, que esta seja mais receptível pelos administrados.

A Parceria Pública Privada, que foi instituída em 30 de dezembro de 2004, pela Lei de n 11.079, é um instrumento consensual, e como foi demonstrado, tem o condão de promover a concretização da eficiência. Este instituto possui a peculiaridade em ampliar a margem de negociação entre o Poder Público e os parceiros privados, possibilitando ajustes mais satisfatórios à realização do interesse público, e, também, na utilização da expertise privada, realizando demandas que não seria possível unilateralmente.

Discorreu-se também sobre o orçamento participativo, já utilizado na seara municipal, tratando-se de um instrumento consensual que acarreta na aproximação entre os indivíduos e o Poder Público para a elaboração do plano orçamentário. Verifica-se assim, que o plano orçamentário realizado com a atuação da sociedade poderá vir a ser mais eficiente, na ocasião em que se terá melhores informações sobre as peculiaridades do cotidiano social.

Por fim, a utilização da via arbitral pela administração, também instrumento consensual, proporciona a horizontalização da relação entre administrado e Poder Público na resolução de conflito. Por conseguinte, propicia uma abertura para a negociação do tramite do procedimento arbitral, como a possibilidade de escolha do árbitro e a definição dos prazos. Deste modo, conforme já demonstrado em tópico específico, essas características possibilitam o ganho da flexibilidade, tecnicidade e celeridade, largamente consideradas inerentes ao instituto da arbitragem, sendo fatores que colaboram na concretização do princípio da eficiência.

Diante do exposto, demonstrou-se que a relativa abertura no ordenamento brasileiro à consensualidade contribui na concretização da imposição realizada pelo art. 37 da Constituição Federal: a atuação administrativa pautada na concretização do princípio da eficiência.

Por certo, tem-se ainda um longo caminho na construção da efetiva Administração consensual, porém, uma vez trilhado, certamente mais próximo se estará da eficiência administrativa.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Mecanismos de consenso no Direito Administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no Direito Administrativo: Acordos regulatórios e contratos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n.167, p. 293-309, jul/set 2005. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/850/R167-18.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 2a ed. Rio Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito dos serviços públicos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. **Princípio da Eficiência**. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella de; SUNDFIELD, Carlos Ari (org.). *Fundamentos e princípios do direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 – (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo: v.1).

ARAUJO, Valter Shuenquener de. **Parcerias Públicas-Privadas – Breve Panorama da Lei Federal nº 11.079 de 30/12/2004**. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto (org.). *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: JusPodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BEÇAK, Rubens. **Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. 14a ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 mai 2018.

BRASIL. **Lei no 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)>. Acesso em: 20 abr 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O estado em juízo no novo CPC.** São Paulo: Atlas, 2016.

COSTODIO FILHO, Ubirajara. **A Emenda Constitucional 19/98 e princípio da eficiência na administração pública.** In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella de; SUNDFIELD, Carlos Ari (org.). Fundamentos e princípios do direito administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 – (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo: v.1).

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 10a ed. Salvador: JusPodivn, 2016.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e suas finalidades.** In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (org.). Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência administrativa na Constituição Federal.** In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella de; SUNDFIELD, Carlos Ari (org.). Fundamentos e princípios do direito administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 – (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo: v.1).

GOYARD-FABRE. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A participação popular e a consensualidade na Administração Pública.** In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella de; SUNDFIELD, Carlos Ari (org.). Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 – (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo: v.3)

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 12a ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

KIRK, Russel. **A Política da Prudência.** São Paulo: É Realizações Editora, 2013.

LACHER, E. R. Notas sobre a atual problemática do orçamento público no Brasil e o Orçamento Participativo. **Indicadores Econômicos FEE**, v. 22, n. 4, p. 219-237, 1995. Disponível em: <<https://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/viewFile/890/1166>>. Acesso em 8 mar. 2018.

MAGLIANO FILHO, Raymundo. **Um caminho para o Brasil: a reciprocidade entre a sociedade civil e instituições.** São Paulo: Contexto, 2017.

MAIA, Taciana Mara Corrêa. A Administração Pública Consensual e a Democratização da Atividade Administrativa. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 16, n. 31, p. 69-85, jan/jun 2014. Disponível em:



<[http://www.unigran.br/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/31/artigos/artigo03.pdf](http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo03.pdf)>. Acesso em 20 Dez. 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5a ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Administração Pública: do ato ao processo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

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

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Dalton Cesar Cordeiro. **Orçamento Público Participativo Federativo: uma proposta de elaboração**. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella de; SUNDFIELD, Carlos Ari (org.). *Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 – (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo: v.3).

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAIS, Dalton Santos. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella de; SUNDFIELD, Carlos Ari (org.). *Fundamentos e princípios do direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 – (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo: v.1).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Novas Mutações Juspólicas**: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OLIVEIRA, G. J. SCHWANKA, C. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão o e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan/dez 2009. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>>. Acesso em 14 Jan. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 7a ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual: Estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador.** Dissertação de mestrado (Departamento de Direito do Estado) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>>. Acesso em 5 Fev. 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo.** 29a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. **Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares.** In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (org.). *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

POZZO, A. G. D. FECURI, A. C. **Panorama acerca da nova lei de mediação e seus reflexos na administração pública.** In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito.* São Paulo: Malheiros, 2017.

SANTIN, J.R. TOAZZA, V. F. Princípio da participação, consensualismo e audiências públicas. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Curitiba, v. 13, n. 54, p. 207-231, out/dez 2013. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/119>>. Acesso em 10 Fev. 2018.

SARMENTO, Daniel. **Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade.** In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCRUTON, Roger. **O que é conservadorismo?.** 1ª ed. São Paulo: É realizações, 2015.

SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional.** São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido.** Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** 1a ed, 4a tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOARES, Tamírames de Almeida Damásio. As vantagens e desvantagens do procedimento arbitral e o limite mínimo da publicidade nas controvérsias que envolvem a administração pública. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, Brasília, v.2, n. 1, p 37 – 55, Jan/Jun. 2016. Disponível em:<<http://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/638>>. Acesso em: 10 abr 2018.

\_\_\_\_\_. **Discrecionariiedade administrativa: ação de impobridade e controle principiológico.** 2a ed. Curitiba: Juará, 2009.

\_\_\_\_\_. **O ato administrativo municipal: questões polêmicas.** *In:* NASCIMENTO, Carlos Valder do; PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MENDES, Gilma Ferreira (org.). Tratado DE Direito Municipal. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZIMMERMANN, Dennys. **Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça:** por uma nova concepção do que seja interesse público. *In:* PIETRO, Maria Sylvia Zanella de; SUNDFIELD, Carlos Ari (org.). Licitação e contratos administrativos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 – (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo: v.4).