

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PARA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Luciano Elias Reis ¹

Emerson Gabardo ²

Sumário:

I. Breve intróito; II. Eficiência como um dever-poder à atuação administrativa; III. A consensualidade no Atual Direito Administrativo; IV. A resolução de controvérsias e suas formas consensuais para eficiência da Administração; V. Conclusão; VI. Referências Bibliográficas.

I. Breve intróito

Atualmente no Brasil, segundo levantamento realizado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e relatado pelo ex-Conselheiro Federal, Romeu Felipe Bacellar Filho, 60% (sessenta por cento) das demandas que tramitam no Poder Judiciário Brasileiro tem cunho administrativo, isto é, são ações na área ambiental, tributária, econômica, administrativa e outros ramos que se desdobram a partir do Direito Administrativo (BACELLAR, 2012).

Para endossar este número, o “I Relatório Supremo em Números”, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas (FALCÃO, 2011), concluiu, em abril de 2011, que 92% dos casos que demandam o Supremo Tribunal Federal são processos recursais e, além disso, apenas 10 partes respondem por quase 65% desses processos. Dos dez maiores recorrentes perante a Corte Suprema do Brasil, nove estão diretamente ligados ao Poder Executivo (Caixa

¹ Mestre pela PUC-PR. Professor de Direito Administrativo do UNICURITIBA. Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da OAB-PR. Curitiba, Brasil, luciano@rcl.adv.br.

² Pós-Doutor pela Fordham University School of Law - N.Y. Doutor e Mestre pela UFPR. Professor de Direito Administrativo da UFPR e da PUC-PR. Curitiba, Brasil, e.gab@uol.com.br.

Econômica Federal, União, Instituto Nacional do Seguro Social, Estado de São Paulo, Banco Central do Brasil, Estado do Rio Grande do Sul, Município de São Paulo, Banco do Brasil e Estado de Minas Gerais).

Como consequência dos dados acima relatados, dessume-se que a Administração Pública Brasileira está envolvida, como parte ou interessada, na grande maioria das contendas judiciais que tramitam perante o Poder Judiciário, demonstrando dessa maneira a necessidade de um repensar à atuação administrativa.

Não se pode coadunar nas hodiernas linhas de pensamento do Direito Administrativo que a Administração Pública aproveite-se do Poder Judiciário para retardar ou deixar de cumprir com as suas obrigações, bem como auxilie ou fomenta a criação de obstáculos à satisfação dos direitos das pessoas (física ou jurídica), visto que tal conduta inviabiliza inclusive a legitimação do poder e da representação.

Neste ideário de raciocínio, as formas consensuais de solução de controvérsias contribuem para a eficiência da Administração Pública e deverão ser priorizadas pelos agentes públicos competentes.

II. Eficiência como um dever-poder à atuação administrativa

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 37, *caput*, preceitua que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. O princípio da eficiência não é decorrente do texto inicial da Constituição, mas sim foi inserido pelo Poder Constituinte Reformador, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98 (denominada de Reforma Administrativa). Apesar de a inserção constitucional da eficiência ser do ano de 1998, convém salientar que anteriormente em alguns textos normativos pretéritos já existiam menções à eficiência e até em decisão judicial.³

³ “RMS - ADMINISTRATIVO - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SERVIDOR PÚBLICO - VENCIMENTOS - PROVENTOS - ACUMULAÇÃO - A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E REGIDA POR VÁRIOS PRINCÍPIOS: LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE E PUBLICIDADE (CONST., ART. 37). OUTROS TAMBÉM SE EVIDENCIAM NA CARTA POLÍTICA. DENTRE ELES, O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.” (Superior Tribunal de

Por exemplo, o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa, prescreveu de modo explícito em seu artigo 26, inciso III, que a supervisão ministerial no tocante à Administração Indireta visa assegurar a eficiência administrativa. Além deste dispositivo, também houve a menção à eficiência neste diploma normativo nos artigos 27, *caput*; 30, § 2º, 100 e 116, inciso I.

Tais alusões à eficiência somente referem-se à transcrição expressão dos vernáculos “eficiência”, “eficiente” ou “ineficiência”, isto porque em diversas oportunidades o Decreto-Lei nº 200/67 correlaciona ao desiderato da eficiência, porém com outras palavras.

A Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Civis da União, estabelece em seu artigo 116 que são deveres dos servidores atender com presteza (inciso III) e zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público (inciso VII). Ou seja, diante dos preceptivos legais, infere-se que a eficiência é persecutida com um dever aos servidores públicos civis da União.

A Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, estipula em seu artigo 6º, § 1º, que toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, sendo que este é entendido como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

O Decreto Federal nº 1.171/94, que aprovou o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, também preconizou em seu inciso I, como regra deontológica de todos os servidores públicos civis federais, que a dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são primados maiores que devem nortear o servidor em sua atuação, seja no exercício do cargo ou função, ou fora dele.

Além de todos estes dispositivos normativos infraconstitucionais, impende lembrar ainda que a própria Constituição da República já espelhava a eficiência em sua redação inaugural. Tal reflexo encontra-se tanto no artigo 70 quanto no artigo 74, inciso II. O artigo 70 prescreve que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da

União e das entidades da administração direta e indireta será aferida quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas e será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Já o artigo 74, inciso II, determina que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de, dentre outras atribuições, 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.

Diante das normas infraconstitucionais e constitucionais alinhavadas, verifica-se que o princípio da eficiência em que pese não estar expressamente prescrito no texto constitucional antes da Emenda Constitucional nº 19/1998, já estava presente e irradiava os seus efeitos imanes apesar de constar com outras expressões. Isto é, conquanto não estipulado de forma literal, o sentido da eficiência já estava na Constituição e impunha-se como obrigação à Administração Pública em si.

Com “o advento do racionalismo administrativo característico da modernidade, a idéia de eficiência sempre esteve presente na Teoria do Estado e na Ciência da Administração, ainda que muito pouco dela se tenha tratado na doutrina, principalmente na do Direito Administrativo (que, é bom lembrar, conquistou seu lócus epistemológico muito recentemente)” (GABARDO, 2002, p. 94).

Romeu Felipe Bacellar Filho (BACELLAR FILHO, 1998, p. 194) pontua que a inteligência de tal princípio então gera duas consequências ao intérprete, quais sejam: (i) analisá-lo num processo contínuo de interpretação conforme a Constituição, “a fim de evitar rupturas ou fraudes constitucionais que atentem contra a identidade da Lei Fundamental e; (ii) respeitar a interação e ponderação com os demais princípios constitucionais da Administração Pública para a sua aplicação.

Dessa feita, é inexorável pensar em Administração Pública no afã da consecução do bem público de maneira a realizar uma atuação administrativa eficiente. Aquele que está no mister de perseguir o interesse público, tem o dever de agir almejando a atuação ótima, até para justificar e legitimar-se em sua conduta. O regime jurídico administrativo não autoriza determinadas prerrogativas e diferenças entre o interesse público e o interesse privado para

mero deleite das autoridades administrativas, muito pelo contrário, motiva-se tal desidério desde que haja a convergência da atuação com o interesse público. Para tais intentos e missões, não se pode esquecer da eficiência e do papel do Estado, por intermédio da imputação conferida aos seus agentes, a fim de alcançar os referidos objetivos ínsitos ao interesse público o qual, segundo Paulo Otero (OTERO, 2013, p. 63), “funciona como dimensão teleológica de toda atividade administrativa: a Administração Pública tem a sua pedra angular na prossecução do interesse público.”

Porém quando se fala em eficiência, há uma grande dificuldade na sua definição. Este obstáculo em defini-la se deve às diversas facetas e compreensões que recebe em cada ciência. O conceito de eficiência componente da ideia formativa do princípio deve ser classificado como um conceito jurídico indeterminado, visto que possui extensão imprecisa e sua aplicação deve ser sopesada no caso concreto (SOUZA, 1994). Mesmo que exista esta distinção da definição de eficiência de acordo com a ciência em trato, há que ressaltar que a partir do momento que tal é prescrito normativamente, então não se deve recorrer às outras ciências para emprestar ou copiar as definições, e sim deve cingir a interpretação e aplicação da eficiência de acordo com os ditames do Direito. Via de consequência, em que pese a curiosidade, os estudos e o conhecimento emprestados de outras ciências, não deve o aplicador do direito a partir do momento da prescrição jurídico-normativa da eficiência recorrer ou utilizar de raciocínio emprestado de outras ciências, pois cada ramo de conhecimento empresta “um conceito adequado aos seus propósitos” (MATTA, 2008, p. 21).

Por esta razão, Paulo Modesto (MODESTO, 2000, p. 66) enfatiza que o temor eficiência não é exclusivo e nem privativo de nenhuma ciência, pois “é um termo da língua natural, apropriado pelo legislador em sua acepção comum ou com sentido técnico próprio. São os juristas, como agentes ativos no processo de construção do sentido dos signos jurídicos, os responsáveis diretos pela exploração do conteúdo jurídico desse princípio no contexto do ordenamento normativo nacional.”

Corroborando com este raciocínio, é possível asseverar que é um enorme equívoco considerar o conceito de eficiência como eminentemente econômico, pois (i) a sua etimologia é independente e se correlaciona à atividade racional, a qual perquire o encontro dos melhores meios para a busca do fim colimado; e (ii) conquanto fosse considerado um conceito intrinsecamente econômico, perderia tal viés a partir do momento de seu albergue pela ordem

jurídica (GABARDO, 2002, p. 91).

José Afonso da Silva (SILVA, 2008, p. 672) descreve o referido princípio ao dizer que ele “consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, consoante previsão do inciso LXXVIII do artigo 5º (EC-45/2004) e em condições econômicas de igualdade dos consumidores.” Consoante se verifica, o autor define o princípio num aspecto mais de racionalidade e organização dos meios e recursos humanos da Administração. Todavia, vale mencionar que o referido jurista expõe a dificuldade em transpor a eficiência para a atividade administrativa, visto que está arraigada a uma noção típica da atividade econômica, a qual leva em conta a relação *input/output* (insumo/produto), sendo que não raras vezes inexistente *output* (produto) identificável.⁴

Alexandre de Moraes (MORAES, 2002, p. 317) define, de forma mais ampla, o princípio da eficiência como aquele que determina à Administração Direta e Indireta, bem como a seus agentes públicos, “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 desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.” O autor enfatiza que o princípio da eficiência não é uma relevação da tecnocracia, e sim ao contrário, posto que “dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.”

Neste viés coletivista, Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, 2004, p. 01) defende que a eficiência não pode ser encarada somente sob o viés econômico, e “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

⁴ Vale advertir sobre a posição cética de Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2008, p. 122) com relação ao princípio da eficiência, pois, segundo o autor, o princípio “não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência.” Nesta linha, o autor deduz que o princípio da eficiência “não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado.” No mesmo diapasão, Lúcia Valle Figueiredo (FIGUEIREDO, 2006, p. 64) defende que a inserção do princípio da eficiência significou muito pouco de substancialmente novo. Discorda-se desta posição de Bandeira de Mello e Lúcia Figueiredo, como pode ser verificado em trabalho anterior (GABARDO, 2002).

ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.” Em sentido similar, Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2010, p. 137) explica que “eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica. Numa empresa privada, 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.” Por estes motivos “quando se afirma que atividade estatal é norteada pela eficiência, não se impõe a subordinação da atividade administrativa à racionalidade econômica, norteada pela busca do lucro e da acumulação da riqueza.”

De forma um pouco diversa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (PIETRO, 2006, p. 98) segmenta o princípio da eficiência sob dois viés: em relação ao modo de atuação do agente público e frente ao modo de organização, estruturação e disciplinamento da Administração Pública. Ou seja, a autora dá um enfoque mais verticalizado sobre o aparato administrativo, inclusive aos agentes públicos. Segundo Roberto Dormi (DROMI, 2004, p. 236) “*la dimensión axiológica encuentra en la eficiencia administrativa la congruencia en la proyección, la acción y el resultado del que hacer administrativo, y a tales fines confluyen las siguientes acciones: 1) realizar el adecuado diagnóstico de las necesidades públicas, 2) cumplir los objetivos en el marco espacio-temporal programado, 3) alcanzar la finalidad política, 4) obedecer al control público, 5) satisfacer las necesidades públicas con costos razonables, 6) respetar reglas de celeridad y sencillez, e 7) actuar con economía procesal y preservar la legalidad administrativa.*” Por sua vez, Diogo Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, 2007, p. 18-19) elenca os princípios da eficiência e da legitimidade como os novos princípios fundantes do novo conceito de administração pública, no que se refere à governabilidade. Para o autor, três novas circunstâncias levaram a crise da governabilidade e à elevação de tais princípios, quais sejam: (i) a maior sobrecarga de demandas nos regimes democráticos em comparação com regimes autocráticos; (ii) a maior conflitualidade social nos regimes democráticos e sociais; (iii) a maior distribuição e desconcentração de poder nas sociedades democráticas. Diogo Figueiredo (MOREIRA NETO, 2007, p. 185) contempla até, quando fala da necessidade de eficiência e não mais só eficácia, que existe um “direito cidadão, de natureza constitucional, não apenas à rigorosa observância da legalidade estrita, mas à satisfação da legitimidade da pretensão juspolítica garantida que tem as pessoas à eficiência;

em síntese – a uma boa administração.”

Claus Offe (OFFE, 1990, p. 118) também destaca que a manutenção da eficiência e da legitimidade nos modernos regimes democráticos é uma tarefa principal e por tal razão diversos ramos e instituições do sistema político são especializadas para fornecer estes requisitos funcionais. Claus Offe (OFFE, 1990, p. 121) indaga e inclusive alça como ponto nodal o seguinte questionamento: é possível o Estado desempenhar as suas funções com eficiência ou há contradições sistemáticas na própria atividade estatal que impedem o Estado de manejar com êxito as contradições do modo capitalista de produção? Tal discussão é realmente importante e relevante, obrigando o Direito Administrativo e o Direito Constitucional a uma incursão na Teoria do Estado, na história e na filosofia política, para poder compreender o fenômeno de forma mais adequada.⁵

Trespasadas tais posições doutrinárias, não se pode perder de vista que não há grandes debates jurídicos acerca do fato de o princípio da eficiência albergar tanto o procedimento quanto os resultados buscados pela ação administrativa. Parece também que a eficiência assume um papel fundamental à legitimação da governabilidade dos agentes públicos. O cidadão precisa ser respeitado e sentir-se dessa maneira ao analisar a eficiência na atuação dos administradores públicos. Abre-se parêntese desde já para asseverar que a falta de eficiência administrativa na resolução dos conflitos pelos órgãos e entidades da Administração Pública significa um verdadeiro bloqueio ao sentimento de representação pelos cidadãos ante o Estado e, conseqüentemente, desencadeia numa fuga deste cidadão para com o Estado, já que possui sentimento de desamparo, orfandade ou até às vezes de adversariedade.

Em que pese todo este panorama doutrinário exposto, conclui-se que o princípio jurídico da eficiência refere-se “à análise de todos os aspectos exclusivamente restritos à eficiência, no seu viés economicista e sociológico, incrementada por caracteres eminentemente jurídicos. Do resultado desta operação somatória é que nasce o princípio, que se qualifica ainda mais pela natureza constitucional.” (GABARDO, 2002, p. 98) E, conforme a definição de eficiência ora adotada, dessume-se de maneira incontroversa que a eficiência é um dever imposto a todos que exercem a função administrativa, sendo conclusivo ainda que o seu não respeito é um flagrante atentado de legitimação do poder conferido aos agentes públicos.

⁵ Uma análise mais aprofundada do tema “Eficiência e Legitimidade” foi realizada em trabalho anterior (GABARDO, 2003).

III. A consensualidade no Atual Direito Administrativo

A partir do final do século passado o Direito Administrativo idealiza-se para uma nova concepção da atuação da Administração Pública perante a sociedade e na cura dos interesses públicos. Com esta nova fase, há uma alavanca à participação da sociedade nos atos administrativos e na atuação da Administração Pública em si, o que per si repercute em uma mitigação das atividades administrativas com base na unilateralidade pura, sem qualquer participação de terceiros. Segundo Vasco Pereira da Silva (SILVA, 1998, p. 40), no período correspondente ao Estado Liberal de Direito, que se aproxima com o século XIX e início do século XX, “o modo normal (praticamente exclusivo) de actuação da Administração Pública era o acto administrativo”, porém há uma mudança de paradigma, visto que, como dito por José Luiz Esquível (ESQUÍVEL, 2004, p. 19), no “último quartel do século XX, o Estado Pós-Social, traz consigo uma Administração Pública que opta pela concertação e pela cooperação com a sociedade civil, para conseguir dar satisfação a um interesse público cada vez mais diversificado e planeado.”⁶

Em mesma reflexão, Gustavo Justino de Oliveira (OLIVEIRA, 2010, p. 217 e 219) menciona que surge uma “Administração Pública dialógica, a qual contrastaria com a Administração Pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade”, isto porque o Direito Administrativo com base no modelo liberal de Estado, contextualizado à época do início do século XIX, era marcado pelo unilateralismo em razão da autoridade dos agentes públicos da Administração. Nesta linha, Gustavo Justino sintetiza este aspecto quando aborda que “o binômio autoridade-liberdade – matizador do direito administrativo desde sua origem – tem fundamento no surgimento da Administração Pública; é o momento da Administração autoritária com seus traços característicos de: a) desigualdade entre a Administração e os indivíduos; e b) atribuição aos órgãos e entes administrativos de poderes de autoridade sobre os mesmos.”

⁶ Sobre a consensualização na atuação da Administração Pública, vide a obra “Convênio administrativo: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado” (REIS, 2013, p. 207-228).

Todavia, nas últimas e recentes décadas,⁷ verifica-se que o Direito Administrativo demanda uma nova concepção. Segundo Odete Medauar (MEDAUAR, 2003, p. 210), um conjunto de fatores propiciou esse novo modo de atuar, dentre os quais: a afirmação pluralista; a heterogeneidade de interesses detectados numa sociedade complexa; a maior proximidade entre Estado e sociedade; o desenvolvimento ao lado dos mecanismos democráticos clássicos; a crise da lei formal como ordenadora de interesses; o processo de “desregulation”; a emergência de interesses metaindividuais; à exigência de racionalidade, modernização e simplificação da atividade administrativa e; necessidade de maior eficiência e produtividade. Nesta linha, Almiro Couto e Silva (SILVA, 2006, p. 283) quando aborda sobre os atos administrativos expõe:

Modernamente desenvolveu-se a chamada administração consensual, *soft administration*, administração concertada ou administração participativa. Em vez de o Estado proceder por meios unilaterais, impondo desde logo sua decisão, ele chama os interessados, ouve-os e obtém seu consentimento para as medidas que irá tomar. Por vezes essa administração consensual assume formas institucionalizadas, como acontece especialmente no direito francês, alemão e italiano. Outras vezes, porém, o consenso é obtido por contatos informais a que se segue o ato administrativo. No plano jurídico, o que entra e o que aparece é apenas o ato administrativo. No direito brasileiro, a administração consensual se realiza quase sempre dessa maneira, sendo muito utilizada no direito urbanístico e no direito administrativo da economia, onde protocolos e cartas de intenção são com certa frequência assinados. Esses documentos, entretanto, as mais das vezes não criam outros vínculos jurídicos daqueles decorrentes da proteção da confiança e da responsabilidade extracontratual do Estado.

Jessé Torres Pereira Júnior e Marines Restelatto Dotti (PEREIRA JÚNIOR, 2010, p. 11) também comentam a mudança de concepção no Direito Administrativo, de uma visão unilateral para uma posição de diálogo, negociação, acordos, coordenação, descentralização, cooperação e colaboração. Em sentido análogo, Diogo Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, 2011, p. 55-56) descreve que “embora, ao lado do consenso, coexista o fenômeno antípoda da pura imposição da força, assim como de qualquer outra modalidade coercitiva, que poderia ser até uma simples ameaça ou mero temor reverencial – o que também dela faz uma fonte de agregação e de organização – a essencial distinção social entre ambos – o consenso e a coerção – está em que as relações fundadas apenas ou predominantemente na coerção jamais serão tão duradouras quanto as que se lastreiem no consenso.”

Juarez Freitas (FREITAS, 2010, p. 14) também comenta que dois paradigmas em

⁷ A partir da década de 1990, conforme a obra “O Direito Administrativo em Evolução” (MEDAUAR, 2003, p. 131).

conflito na vivência do Direito Administrativo, em uma faceta o autoritarismo, o irracionalismo ou o emotivismo decisionista, noutra faceta a “racionalidade dialógica, pluralista e democrática, com plasticidade adaptativa acoplada às exigências de fundamentação consistente e endereçada ao cumprimento coerente e coeso das metas superiores da Constituição.”

Ao comentar sobre o Estado Pós-Moderno, Jacques Chevallier (CHEVALLIER, 2009, p. 160) descreve o impacto da flexibilização e da consensualidade nos ajustes firmados, pontuando que “o direito pós-moderno se apresenta como um direito pragmático, sustentado por uma vontade de ação sobre o real; essa preocupação de eficácia modifica a concepção tradicional da normatividade; à rigidez toma lugar a flexibilidade e à estabilidade a adaptabilidade.” Neste rumo, verifica-se que antes do final do século XX, era absolutamente dominante a ideia de que, face à indisponibilidade do interesse público, não seria possível uma entidade ou um órgão dela titular negociar um pacto cooperativo para seu emprego, porque estaria renunciando o exercício da competência que era própria da Administração Pública.

Todavia, como bem explica Diogo Figueiredo (MOREIRA NETO, 2007, p. 41), resguardado na ideia de que a titularidade de competência não implica em monopólio do interesse público e a delegabilidade não importa em alienação, mas sim partilha de responsabilidade, fica então desobstruída a via da coordenação de atividades e de esforços dos setores público e privado. O autor esposava a necessidade de consensualidade e da participação para o avanço da democracia contemporânea, pois tais “contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidas (ordem).” Além destes aspectos, não se deve esquecer que a participação é “relevante para as finalidades da transparência da Administração Pública e, por isso mesmo, para o bom andamento e imparcialidade desta última, em razão da clarificação e da precisão do quadro cognoscitivo à disposição da Administração Pública” (SUORDEM, 1995, p. 140).

Com efeito, verifica-se que a Administração Pública está mudando porque o Estado está se transformando, pressionado pela sociedade. Esta não é uma realidade brasileira, e sim mundial. Sob este viés, porém com o enfoque do Estado Democrático de Direito, Maria Sylvia

Zanella Di Pietro (PIETRO, 2005, p. 32-33) aponta que a participação do cidadão e o aspecto da justiça material configuram atualmente o Estado Democrático de Direito, o qual procura substituir o Estado Legal puramente formalista por um Estado de Direito vinculado aos ideais de justiça.

Além disso, os avanços nos veículos de informação tornam clarividentes que as pessoas têm tido cada vez mais acesso às informações da atuação estatal em si, o que per se por vezes desencadeia diversas revoltas que geram conseqüências, rupturas de modelos “tradicionais” e reflexos diretos e indiretos para a sociedade. Desta feita, dessume-se que é muito produtivo e saudável para a sociedade que persevere o Estado Pluriclasse, até porque a sociedade pluralista estará zelando pelo interesse público, que é a ideia nuclear do regime jurídico administrativo (BLANCHET, 2012).

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (ENTERRÍA, 1999, p. 665) denominam a Administração neste contexto como Administração-concertada e aduzem que esta renúncia ao imperativo unilateral dos seus poderes para acordar com os particulares, a fim de obter uma maior participação dos particulares no exercício da atividade administrativa, bem como auxilia na minoração dos litígios envolvendo particular e Administração. Seguindo este ideário Gustavo Justino de Oliveira e Odete Medauar (OLIVEIRA, 2006, p. 31) endossam o fortalecimento da negociação na esfera da Administração Pública por via de acordos como um desses novos paradigmas.

Neste viés, segundo Diogo Figueiredo (MOREIRA NETO, 2007, p. 124-125), várias características podem ser retiradas das novas tendências do Estado e da Sociedade quanto à administração dos interesses públicos, dentre estas há o destaque para: a imparcialidade da Administração Pública em sua atuação; a abertura da administração pública à participação do administrado para dela receber orientação para que possa colaborar; a eficiência na ação administrativa, não se espera mais só eficácia (produzir os resultados esperados) e sim eficiência (melhor nível de qualidade e com o mínimo de dispêndio de recursos públicos) e; a preferência às atividades concertadas consensualmente pela Administração Pública sobrepujando à coercitividade e o autoritarismo. Além destes, o autor menciona ainda outros aspectos como “a valorização da legitimidade e da licitude, *pari passu* com a legalidade, a ascendência da uniformização e da processualidade administrativas, o avanço da principiologia jurídica e da discricionariedade técnica.” Todavia, é importante que se diga que

todas estas tendências foram acolhidas pela Constituição e tem sido defendidas pela doutrina administrativista majoritária. O problema maior não é exatamente da teoria do Direito Administrativo e sim das práticas da Administração que ainda não a acolheram. Críticas, portanto, ao princípio da supremacia do interesse público não fazem sentido e denotam equívocos teóricos graves a partir de uma forte confusão entre a teoria e a prática do Direito Administrativo. (HACHEM, 2011, p. 219)

Pelo exposto, pode-se dizer que a consensualidade evidencia uma realidade que permeia os Estados, inclusive o Estado Brasileiro, e que fortalece o Estado Democrático de Direito com uma elevada participação popular, a qual serve de fundamento legitimador para a atuação estatal, principalmente sob o enfoque de principal interessada na atuação em prol do interesse público primário. Nesta cadência, “a participação deve ocorrer tanto no viés de mobilização política no plano das mentalidades, com ênfase na prática eminentemente cultural, quanto no sentido propriamente de atuação no Estado e, obviamente, fora dele, no espaço público não-estatal.” (GABARDO, 2003, p. 165)

IV. A resolução de controvérsias e suas formas consensuais para eficiência da Administração

Como dito alhures, o Estado Brasileiro é um dos maiores litigantes perante o Poder Judiciário do Brasil o que traz severos empecilhos para o aumento das atividades e investimentos negociais no país, bem como gera uma insopitável crise de representação e legitimação perante os cidadãos.

Sobre a relação das atividades negociais e o prejuízo à imagem brasileira ante a resolução de conflitos com a Administração Pública ou com terceiros perante o Poder Judiciário, os dados do Banco Mundial demonstram que o Brasil atualmente é qualificado como o 116º país para se fazer negócios de 189 países analisados. Esta pesquisa leva em consideração os seguintes fatores: (i) abertura de empresas; (ii) obtenção de alvarás de construção; (iii) obtenção de eletricidade; (iv) registro de propriedade; (v) obtenção de crédito; (vi) proteção de investidores; (vii) pagamento de impostos; (viii) comércio entre fronteiras; (ix) execução de contratos e; (x) resolução de insolvência (WORLD BANK, 2013).

Percebe-se pelos fatores analisados pelo Banco Mundial que vários deles estão

relacionados direta ou, no mínimo, indiretamente com a atuação administrativa na resolução de conflitos. Tudo isso é analisado e estudado para se pensar em investimentos e demonstra, no mínimo em parte, o raciocínio atual da pessoa (física ou jurídica) que se relacionará com a Administração Pública, bem como dela necessitará uma atuação mais eficiente e consensual.

Atualmente, vários mecanismos jurídicos existentes no ordenamento jurídico pátrio podem auxiliar em muito para minorar o número de contendas envolvendo os órgãos e entidades da Administração Pública Brasileira. Exemplificam-se adiante alguns institutos e ferramentas já preconizados no sistema jurídico brasileiro.

A Lei Federal nº 9.469 prescreve a possibilidade de acordos judiciais nos processos em que a União seja parte, desde que respeitadas algumas condições e estatui como valor máximo as causas de até R\$ 500.000,00, bem como autorizado pelo Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e pelos dirigentes máximos das empresas públicas federais. Da mesma forma, permite as transações a serem implementadas pelo Procurador-Geral da União, pelo Procurador-Geral Federal e pelos dirigentes máximos das empresas públicas federais e do Banco Central do Brasil em processos que não resulte o pagamento de débitos de valores não superiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Quando se fala em transações e acordos judiciais para a resolução de controvérsias, não se pode pensar tão somente numa atuação ativa de terceiros estranhos à Administração Pública. Esta deverá sempre primar pela feitura de acordos, mormente quando se tratar de demandas de elevado cunho social e que somente gerarão maiores prejuízos à própria Administração Pública e ao interesse público. Não se está a incentivar aqui a transação de direitos indisponíveis ou acordos a qualquer custo e em qualquer caso, mas sim uma postura mais consensual e eficiente da própria Administração Pública para diminuir o número de contendas perante o Poder Judiciário.⁸

Entende-se sempre como deveras saudável a procura das pessoas ao Poder Judiciário, visto que o acesso à justiça é uma garantia assegurada na Constituição Federal de 1988, entretantes não se considera justa e legítima a demora de décadas para julgar em definitivo (com trânsito em julgado) a demanda de um cidadão ou de uma empresa. O que se está a

⁸ Sobre os assuntos “Meios consensuais de solução de conflitos” e, particularmente, “Mediação”, os melhores trabalhos escritos na literatura jurídica brasileira são os de Luciane Moessa de Souza, pelo que, recomenda-se sua leitura. (SOUZA, 2012, A e SOUZA, 2012, B)

repelir e criticar é o colapso que existe no Poder Judiciário do Brasil, o qual serve de afugentamento de investimentos estrangeiros e descrença pelos cidadãos que recorrem ao Poder Judiciário, os quais se sentem desamparados, repercutindo dessa forma numa crise de representação.

Outro instrumento jurídico apto e extremamente saudável é o Termo de Ajuste de Conduta previsto na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85). O termo de ajuste de conduta permite aos órgãos públicos legitimados para a propositura da respectiva ação que firmem com os interessados um compromisso de ajustamento de conduta a fim de atendimento das exigências legais, inclusive com a inserção de cominações ante o seu descumprimento e conferindo eficácia de título executivo extrajudicial.

Na mesma esteira de resolução de conflitos da maneira mais célere e buscando a pacificação de litígios, os contratos de concessão de serviço público (concessão comum, concessão patrocinada e concessão administrativa)⁹ podem prever a possibilidade de arbitragem, o que pactua com um anseio de investimento e desenvolvimento do Estado. O investidor que pretende participar de uma licitação e celebrar um contrato de concessão, caso seja o vencedor, tem a sua prospecção de remuneração baseada em riscos, inclusive envolvendo o risco de um litígio que envolva, por exemplo, a discussão tarifária ou um pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, e não pode coadunar com a ideia de aguardar uma década para ter a plena satisfação dos seus direitos.

Além disso, ancorado pelos números vestibularmente retratados, salienta-se que no Brasil foi implantada pelo Conselho Nacional de Justiça, a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, por meio da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, e posteriormente alterada pela Emenda n. 01/2013. Pelo ato normativo em questão, o Conselho Nacional de Justiça visa “a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade” (artigo 1º). Em seu parágrafo único do artigo 1º ainda preceitua que “aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.”

⁹ Os três modelos legalmente existentes no sistema jurídico brasileiro, conforme a Lei nº 8.987/95 e a Lei nº 11.079/2004.

Mas não se pode falar em fomento à resolução de conflitos por intermédio de técnicas de consensuais se não houver uma indução à participação da Administração Pública enquanto litigante ou uma mudança de postura da Administração Pública em seus processos. Ainda é vagaroso o repensar dos órgãos e entidades da Administração Pública para as transações e resolução de controvérsias, bem como é incipiente a sua respectiva participação neste programa idealizado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Além da atuação administrativa para a resolução de controvérsia em demandas já alocadas no Poder Judiciário, insta ressaltar que a Administração Pública pode evitar o conflito a partir de uma conduta preventiva, mais precisamente para evitar que se forme uma demanda. A própria atuação da Administração Pública na desapropriação pela legislação brasileira pode ajudar a evitar a propagação de controvérsias. Como se sabe, a desapropriação possui as fases declaratória e executória. A fase executória deverá desenvolver-se inicialmente em sede extrajudicial e tão somente incorrendo êxito deve-se buscar a ação judicial de desapropriação. Não se pode coadunar com o pensamento de o Estado desapropriar um terceiro sem buscar a composição extrajudicial do conflito antes de ir à fase judicial. Da mesma forma, a realização de um arguto processo administrativo prévio e com avaliações sérias e fidedignas são condições essenciais para um acordo em sede extrajudicial.

No mesmo diapasão, em sede extrajudicial, chama-se atenção para a fiscalização dos contratos administrativos como forma de diminuição de controvérsias e eficiência administrativa. A Lei nº 8.666/1993 prevê como cláusula exorbitante, dentre outras, o dever de fiscalizar o contrato administrativo. Muitos contratos administrativos geram repercussões e conflitos de interesses a partir de uma omissão na atuação perante a contratualização e sua execução.

Sobre o aumento de problemas oriundos dos contratos administrativos, esta situação é facilmente perceptível pela Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 e seus impactos na responsabilidade subsidiária e solidária da Administração Pública contratante em desfavor de terceiros (artigo 71 da Lei nº 8.666/1993). O julgamento da referida ADC nº 16 teve forte impacto, principalmente, nos julgamentos sobre a responsabilidade subsidiária trabalhista, tanto que houve a reforma do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Neste ponto, pode-se observar que a grande celeuma está na adequada e devida fiscalização do contrato administrativo como medida mínima e capaz de evitar maiores prejuízos e vitoriosos

conflitos com os contratados.

Todos esses exemplos aludidos representam a existência atual de diversos mecanismos e instrumentos já previstos no sistema jurídico brasileiro aptos a melhorar a resolução de controvérsias envolvendo a Administração Pública. Todavia, tais instrumentos ainda carecem de maiores estudos e de maior efetividade na transformação do sistema. Notadamente, é preciso que sejam feitas mais análises fora do ambiente jurídico, relevando a impactação dos diferentes instrumentos disponíveis para a incrementação da eficiência. Neste sentido, as ferramentas da análise econômica do Direito poderiam ser bastante úteis. (RIBEIRO e KLEIN, 2011).

V. Conclusão

Deve-se pensar de maneira macro e dinâmica sobre a resolução das controvérsias nos conflitos envolvendo a Administração Pública. Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro possui excelentes ferramentas e previsões normativas. Basta ao aplicador e ao intérprete utilizá-las adequadamente, visto que uma atuação administrativa eficiente nas formas consensuais de resolução de controvérsias impactará irremediavelmente no desenvolvimento do Estado Brasileiro e no aumento da confiabilidade da sociedade sobre o Estado.

Para complementar, compete pontuar também que a Administração consensual ou concertada não pode ser visualizada como um desprestígio do ato administrativo, como aponta Almiro Couto e Silva (SILVA, 2006, p. 291) ao escrever que o “progresso da Administração Pública concertada ou consensual, da participação popular nas deliberações administrativas do Estado, que enriquecem o Direito Administração de nossos dias pelo saudável ar democrático que injetam, não pode ser visto como um fato de desprestígio do ato administrativo”, e sim pelo contrário, deve servir como “predicados que lhe permitem, com bons governantes, tornar ágil e eficiente a máquina administrativa do Estado Democrático de Direito.” Por todas estas razões, é imperioso que a Administração Pública assuma o seu papel e utilize as formas consensuais de solução de controvérsias para propalar maior confiança e consensualidade em sua atuação administrativa, o que repercutirá no desenvolvimento do Estado e em uma maior legitimidade de representação.

VI. Referências Bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 237, jul. 2004, p. 01-06.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, 358 p.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A avalanche de processos nos tribunais. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 27. abr. 2012.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Direito Administrativo: o Estado, o particular e o desenvolvimento sustentável**. 6 ed., Curitiba: Juruá, 2012, 240 p.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, 309 p.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, 1630 p.

ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. 1. Madrid: Civitas, 1999, 786 p.

ESQUÍVEL, José Luiz. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004, 335 p.

FALCÃO, Joaquim et al. **I Relatório Supremo em Números - O Múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, Disponível em: <http://supremoemnumeros.fgv.br> Acesso em 22 de dez.2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, 711 p.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações brasileiras. **Interesse Público**, ano 12, n. 60, p. 13-24, abr/abr. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003, 207 p.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Malheiros, 2002, 159 p.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, 426 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 1330 p.

MEDAUAR, Odete e OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Consórcios públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 174 p.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 298 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, 1073 p.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista Interesse Público**. São Paulo: Notadez, n. 07, jul-set., 2000.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, 836 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 475 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização *in memorium* de Marcos Juruena Villela Souto**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, 180 p.

MOREIRA, Alinie da Matta. O princípio da eficiência e sua aplicabilidade na Administração Pública. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 3, n. 33, set. 2008.

OFFE, Claus. **Contradicciones en el Estado del Bienestar**. Trad. Antônio Escohotado. Alianza Editorial, 1990, 309 p.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, 245 p.

OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2013, 596 p.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marines Restelatto. **Convênios e outros instrumentos de Administração Consensual na Gestão Pública do Século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, 205 p.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, 823 p.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, 449 p.

REIS, Luciano Elias. **Convênio Administrativo: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado**. Curitiba: Juruá, 2013, 300 p.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coords.). **O que é análise econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, 182 p.

SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o conceito de ato administrativo. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e OSÓRIO, Fábio Medina (coord). **Direito administrativo – Estudos em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 271-292.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, 926 p.

SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almeida, 1998, 777 p.

SOUZA, Antonio Francisco de. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994, 268 p.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos coletivos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 258 p.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 448 p.

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. **O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, 476 p.

WORLD BANK. 2013. *Doing business*. Disponível em: <http://portugues.doingbusiness.org/rankings> Acesso em 22 de dez.2013.