

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL E A DEMOCRATIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Taciana Mara Corrêa MAIA¹

Resumo: Conforme a Lei magna, a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. Nesse paradigma, o princípio da soberania popular pressupõe a participação ativa e operante do povo em tudo o que é da coisa pública. Todavia, a criação de um Estado Democrático de Direito pelo poder constituinte não instaura per se a democracia. Estabelece, com a força normativa da Constituição promulgada, as condições jurídicas e políticas para o seu exercício. A participação não se resume na simples criação de entidades representativas, devendo haver, portanto, a presença do sujeito social-popular nas decisões que refletem a vontade do Estado e da Administração Pública. A constitucionalização da Administração Pública requer sua identificação com a realização universal do sistema de direitos e com toda a imensa gama de valores que a Constituição preconiza. Dessa forma, a exigência de participação do povo, como medida de legitimação, impõe a necessidade de novas modulações ao traçado do perfil da Administração Pública. Nesse viés, esse trabalho busca analisar a Administração Pública consensual e suas formas de expressão, como medida de realinhamento do direito administrativo a um discurso efetivamente moderno e apto ao seu papel essencial, qual seja, o de compatibilizar a existência de prerrogativas públicas, imprescindíveis à atuação estatal, com uma série de direitos e garantias fundamentais assegurados na Carta Política vigente, inserindo o ser humano na condição de aspecto nuclear na ordem jurídica.

Palavras-chave: Estado democrático de Direito, Administração Pública, participação popular.

¹ *Procuradora da Fazenda Nacional, Doutoranda em Direito Constitucional na USP, Mestre em Direito Público pela PUC-Minas.*

Abstract: *According Law magna, the Federative Republic of Brazil is a democratic state. In this paradigm, the principle of popular sovereignty presupposes the active participation of the people and active in everything from public affairs. However, the creation of a democratic state by introducing constitutional power not democracy per se. Establishes with the normative force of the Constitution enacted, the legal and political conditions for its exercise. Participation is not just the simple creation of representative bodies, and should be, therefore, the presence of the social-popular decisions that reflect the will of the State and Public Administration. The constitutionalization of Public Administration requires their identification with the universal realization of the rights system and the immense range of values that the Constitution calls for. Thus, the requirement of people's participation as a measure of legitimacy imposes the need for new modulations to trace the profile of the Public Administration. In this vein, this paper seeks to analyze the Public Administration and consensual forms of expression, such as realignment of administrative law to a speech effectively modern and fit for its essential role, namely, to reconcile the existence of State authority, are essential to the state action, with a number of fundamental rights and guarantees provided in the Charter Policy in force, inserting the human condition in the central aspect in the legal system.*

Keywords: *Democratic Rule of Law, Public Administration, public participation.*

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 definiu o Brasil como Estado Democrático de Direito, assegurando o exercício de poder pelo povo por meio de seus representantes ou de forma direta.

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. Nessa perspectiva, os destinatários das normas jurídicas seriam também os seus coautores, contribuindo sobremaneira para a efetivação de todo arcabouço normativo-institucional.

Diante do exposto, o presente trabalho tem por escopo analisar as potencialidades da Administração Pública consensual, mediante os novos institutos consensuais da ação administrativa.

A pesquisa que se propõe pertence à vertente jurídico-teórica, por se basear em aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários, no que se refere aos paradigmas do Estado, à Administração Pública consensual e suas formas de expressão. Por conseguinte, a pesquisa segue o tipo metodológico, chamado jurídico-exploratório, por meio da análise e decomposição dos institutos em questão, em seus diversos aspectos, e também o tipo jurídico-propositivo, uma vez que se parte do questionamento das diversas concepções doutrinárias existentes, com o intuito de deduzir das expressões a sua essencialidade.

De acordo com as técnicas de análise de conteúdo, afirma-se que se trata de uma pesquisa teórica, de modo que o procedimento adotado para que se compreenda a abordagem proposta é a análise de conteúdo de textos doutrinários especializados, nacionais e estrangeiros, de pareceres, de jurisprudência, de normas constitucionais pertinentes ao tema, de legislação infraconstitucional, de legislações comentadas e de artigos em periódicos.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A DEMOCRATIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado Democrático de Direito foi o paradigma do Direito adotado pela Constituição Federal de 1988 no País.

A norma democrática está radicada em todo o texto da Constituição Federal de 1988, configurando-se como um princípio geral constitucional, explicitado diretamente no art. 1º (por meio da definição da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito) e indiretamente mediante outros princípios (como o da igualdade, do sufrágio universal, dentre outros) ou de regras específicas (como o da periodicidade das eleições para o Executivo e o Legislativo, ou da liberdade de criação de partidos políticos).

Em um cenário complexo, permeado por uma sociedade pluralista, informada pela universalização da informação e pela crescente tecnização; afastada a possibilidade de retomada do *Welfare State*, o paradigma do Estado Democrático de Direito busca afirmar-se, mediante a reconstrução da idéia de Estado e de sociedade civil, ao visar à complementaridade do espaço público e do espaço privado.

Em busca da determinação do sentido do paradigma suposto e positivado pela Constituição de 1988, faz-se necessária uma análise do elemento peculiar que dá origem à sua adjetivação, qual seja, a democracia.

Bobbio (1991) afirma que o problema da importância ou não da democracia é antigo, sendo objeto de reformulações em todas as épocas. Durante período significativo da história, o termo democracia ostentou a conotação de degenerada forma de governo. Pires (2005) chama a atenção para o fato de que em Platão já se

encontra a advertência quanto ao perigo de se deixar o governo do Estado nas mãos do populacho inapto, incapaz de antever ideais superiores e de lutar por fins mais elevados do que o prazer momentâneo. Seguindo a concepção elitista dos clássicos, Aristóteles também entende a democracia como a forma degenerada da *politeia*, forma de governo em que o poder político é exercido por todos (todos, entendidos como os ricos e sábios).

A concepção elitista de governo é plenamente incorporada pelo governo romano. Ao Império Romano, é indiferente qualquer laivo democrático. Apesar dos momentos de esplendor da República, o que há de verdade é um governo de poucos, uma aristocracia, em que o Senado (e também o imperador, em certos momentos) resolve os mais importantes problemas, sem qualquer preocupação com questões que são centrais para o conceito atual de democracia, como legitimidade, pluralismo e regras do jogo.

Na Idade Média, como na Pré-renaissance, a democracia, muitas vezes denominada erroneamente de República, é vista como uma forma de governo fadada ao fracasso, principalmente pelo fato de os senhores feudais não admitirem qualquer contraposição ao seu poder pessoal, muito menos se ele tiver origem popular.

A discussão da democracia, em termos de operacionalidade, somente ganha expressão na realidade, com a Revolução Francesa, a partir da qual, o termo passou a fazer parte do vocabulário jurídico-político das sociedades.

Feitas as observações de caráter histórico, passa-se a uma breve discussão sobre a natureza e a função da democracia.

Para Bobbio (2004), é impossível, cientificamente, formular um conceito de democracia, haja vista a diversidade de países, com práticas diferentes entre si, que se auto-intitulam democráticos. Em razão disso, propõe um conceito de democracia de caráter meramente formal. Para ele, tudo o que se há de fazer é respeitar certas regras mínimas - vistas como regras do jogo, que não podem ser mudadas ou subvertidas - que moldam os contornos de qualquer democracia, calcadas no princípio do pluralismo, o qual impede o esmagamento da minoria pela maioria ou a inviabilização de que aquela, pelos meios institucionais, se torne maioria.

Já para Müller (2000), o problema da democracia deve ser repensado a partir da noção de povo, e não apenas em termos de técnica de representação e legislação, pois não só o termo *demos* deve ser levado mais a sério como problema; deve-se também repensar o termo *kraiten*. Governar significa tradicionalmente ser sujeito do poder decisório e do exercício do poder. Essa ótica reducionista concentra-se em correspondentes técnicas sociais, v.g., no âmbito do debate sobre democracia, nas técnicas de representação ou no plebiscito. Ocorre que *kraiten* significa aqui em grau hierarquicamente igual - ser efetivamente levado a sério como fator determinante, como fator decisivo com vistas à legitimação.

Conforme esse autor, devido ao fato de o conceito de povo ser algo artificial e complexo, encontrável apenas pela via do empirismo, leva-se a entender a democracia como um processo, sempre em contínuo movimento. Ele afirma que o discurso de legitimação de uma democracia, não tem só como imperativo a capacidade de ser democrática no seu conteúdo, pois, prescindiu-se que o significado desse adjetivo ‘democrático’ pode ser matéria de controvérsias. A legitimidade, bem como a normatividade jurídica deve ser um processo e não um valimento, um cerne ou mesmo uma qualidade de textos (MÜLLER, 2000).

Observa-se que as concepções de democracia desenvolvidas por Müller (2000) e Bobbio (2004) são permeadas de limitações - as do primeiro, por excesso de abstração; as do segundo, pelo formalismo.

A Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Habermas (1997) apresenta nova proposta para o projeto democrático, a transformação dos destinatários das normas jurídicas em seus autores.

A teoria mencionada pressupõe a institucionalização de procedimentos comunicativos para a formação de vontade e de opinião discursivas que, por sua vez, habilita o exercício da autonomia política dos indivíduos.

Feitas as digressões sobre democracia, pode-se adentrar a expressão que codifica o paradigma.

Uma narrativa coerente do Estado Democrático de Direito o considera como a síntese dos momentos anteriores, em que se acrescenta ao conteúdo do Estado Social a participação popular. Nessa compreensão, o paradigma caracterizar-se-ia, fundamentalmente, pelo resgate do princípio da soberania do povo numa combinação de entidades de representação democrática com instrumentos de democracia direta, sendo mantidas as obrigações anteriores do Poder Público, quanto ao desenvolvimento econômico, à proteção social, à distribuição de renda, isto porque, segundo Dias (2003) no Estado Democrático de Direito, o princípio da soberania popular pressupõe a participação ativa e operante do povo em tudo o que é da coisa pública. Para ela, a participação não se resume na simples criação de entidades representativas, devendo haver, portanto, a presença do sujeito social-popular nas decisões que refletem a vontade do Estado e da Administração Pública.

Nesse sentido, Pires (2005) defende que sob tal influência paradigmática, a cidadania, orientada pelo mote da democracia no nível discursivo da linguagem, deve ser considerada como resultado do processo participativo, pressupondo-se o cidadão sujeito e destinatário da construção democrática e, assim, liberto da artificialidade do tratamento de massa que o escraviza, enquanto o Direito deve ser compreendido como ordem aberta e inclusiva que projete segurança partilhada.

Todavia, a criação de um Estado Democrático de Direito pelo poder constituinte não instaura per se a democracia. Estabelece, com a força normativa

da Constituição promulgada, as condições jurídicas e políticas para o seu exercício. Isso é o máximo que o poder constituinte e uma Constituição democrática podem fazer. Daí por diante, cabe aos parceiros da nova ordem jurídica, seus operadores e estudiosos, extrair da Constituição o maior significado possível. É isso que se tenta realizar no Brasil desde a Constituição de 1988, no mesmo ambiente de disputa e divergência que caracteriza os regimes democráticos. A despeito das vicissitudes decorrentes da globalização hegemônica ou das configurações atuais do sistema econômico, permanece válida e, portanto, exigível a ordem jurídica.

Nessa ordem, a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (CF/88, art.1º), tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (CF/88, art. 1º, I a V). O poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (CF/88, art.1º, parágrafo único). Os seus objetivos fundamentais remetem necessariamente à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização; à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Sobre esses princípios fundamentais, é que se assentam todos os demais princípios e normas constitucionais, cujo conjunto estabelece o fundamento irrecusável da ordem jurídica infraconstitucional. Extrair o maior significado possível – num permanente fazer – não pode se traduzir em outra coisa senão na constitucionalização de todos os ramos do Direito e do Direito como um todo, do que decorre a vedação absoluta de se reduzi-lo à lei.

Esse horizonte de significado jurídico foi, por muito tempo, negado pelo Direito Administrativo e assim permanecerá enquanto o Direito Administrativo não se conciliar com o princípio democrático e demais princípios fundamentais, com os princípios que lhe são próprios e com a totalidade das normas constitucionais.

Para Justen Filho (1999), a concepção de um Estado Democrático de Direito é muito mais afirmada (semanticamente) na Constituição do que praticada na dimensão governativa. Isso deriva da ausência de incorporação, no âmbito do Direito administrativo, de concepções constitucionais fundamentais.

A constitucionalização do Direito Administrativo requer sua identificação com a realização universal do sistema de direitos e com toda a imensa gama de valores que a Constituição preconiza. Essa é a condição de não se enclausurar num dogmatismo muitas vezes estéril ou nos dilemas da própria Administração Pública, mas de pensá-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.

A exigência de participação do povo, como medida de legitimação, impõe a necessidade de novas modulações ao traçado do perfil da Administração Pública.

O panorama atual exige a ampliação dos canais de comunicação pública e uma visão procedimentalista na formação do Direito. Exige-se, assim, uma reestruturação da posição da sociedade civil perante o Estado: que deixe de lado o seu papel de cliente da prestação administrativa, para assumir o papel de ator de um direito legítimo, emergente da opinião e da formação de vontades discursivas de cidadãos, igualmente titulares de um Estado.

Em consonância com esse entendimento, a teoria discursiva do Direito e da democracia de Habermas (1997) busca reconstruir e ampliar o conceito de sociedade civil para além do setor privado, projetando-a para a esfera pública, emparelhando-a com o Estado na defesa do público. Dessa forma, baliza a discussão acerca do papel do Estado a partir da ruptura com a tradicional dicotomia Estado-Sociedade e a mudança de perspectiva do processo de legitimação.

O problema da legitimidade democrática da Administração Pública é examinado com detida preocupação por Habermas (1997). Entendendo como ideal uma Administração Pública do tipo racional, vinculada à lei e ao Direito, o pensador alemão reconhece, no entanto, que a complexidade de tarefas a impede de se reduzir à execução de leis de modo neutro e competente, no quadro de atribuições normativas claras. Isso porque, na Administração Pública moderna, acumulam-se funções de planejamento, regulação e prestações, e avolumam-se problemas que exigem o escalonamento de bens coletivos, a escolha entre fins concorrentes e a avaliação normativa de casos particulares. Esse quilate de atribuições extrapola o quadro profissional de realizações pragmáticas de tarefas, pois envolve a implementação de programas de leis abertos, diante dos quais não pode se abster de lançar mão de argumentos normativos. Impõe-se, pois, que a Administração desenvolva formas de comunicação pública e procedimentos que satisfaçam às condições de legitimidade do Estado Democrático de Direito.

Bobbio (2004) advoga que a Administração Pública e a grande empresa até o momento sequer foram tocados pelo processo de democratização. Para ele, enquanto estes dois setores combaterem a agressão das forças que mobilizam e pressionam a partir da organização das minorias, o processo de transformação democrática da sociedade não poderá ser entendida como realidade. O filósofo político afirma que não se pode dizer sequer que essa transformação seja possível, pode-se apenas refletir que, se o avanço da democracia ocorrer pela conquista de espaços, até então, preenchidos por segmentos de poder não-democráticos, os espaços de democracia desejáveis podem estar muito distantes e incertos.

Entretanto essa afirmação não pode ser atribuída em sua integralidade à Administração Pública no Brasil. Pois, apesar de não se poder afirmar que no País,

haja uma Administração Pública democrática, são diversificados os instrumentos e mecanismos legais de participação - audiências e consultas públicas, cooperação de entidades da sociedade civil, participação e cooperação dos usuários na prestação de serviços públicos, orçamento participativo, ouvidorias gerais, gestão paritária de serviços e políticas públicas.

Aos poucos, a concepção monopolista e autoritária, responsável por concentrar na Administração a exclusividade da decisão quanto ao interesse público e por fazê-la atuar quase sempre de modo unilateral, vem cedendo espaço aos chamados dos interessados, por meio de procedimentos formais, alguns com força vinculante, outros apenas opinativos.

Em reação às distorções apontadas, Dias (2003) aponta como principal solução a instituição do paradigma procedimental, o qual tem por escopo restabelecer a comunicação pública em todas as suas instâncias. Essa reestruturação do sistema político faz com que a força mobilizadora da legislação deva acordar na população o seu papel de ator enquanto um público de cidadãos – e não apenas ‘clientes’ da prestação jurisdicional e da Administração Pública.

A compreensão procedimental do Direito permite que a participação deixe de ser uma expressão meramente retórica e passe a representar a medida de legitimação da atuação administrativa mediante a ampliação dos canais de comunicação existentes na periferia da esfera pública para o centro do subsistema administrativo.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

Segundo Leal (2006), a legitimidade da Administração Pública no Estado Democrático de Direito perpassa a existência de um processo democrático de comunicação política, que institua um espaço permanente de construção de entendimentos racionais sobre o que se pretende em termos de sociedade e governo, a partir da organização de mecanismos e instrumentos de cogestão que garantam a visibilidade, compreensão e debate das questões comunitárias relevantes (inclusive na definição de quais sejam), para, em seguida, se passar ao nível dos seus dimensionamentos em políticas públicas efetivadoras das demandas que elas representam. A seguir, de maneira não menos importante, para o autor citado, mister é que o processo democrático de cogestão se estenda ao plano da executoriedade e avaliação daquelas políticas definidas, eis que momento particular de esvaziamento do que até então se estabeleceu como tal (por expedientes de cooptação ideológica ou desvio de finalidade política).

Nesse cenário, aponta-se para o surgimento de uma Administração pública dialógica, a qual contrastaria com a Administração pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade.

Pode-se entender como administração pública dialógica ou consensual o realinhamento do direito administrativo a um discurso efetivamente moderno e apto ao seu papel essencial, qual seja, o de compatibilizar a existência de prerrogativas públicas, imprescindíveis à atuação estatal, com uma série de direitos e garantias fundamentais assegurados na Carta Política vigente, inserindo o ser humano na condição de aspecto nuclear na ordem jurídica.

Essa perspectiva do direito administrativo pretende sobrelevar o papel do cidadão nas relações jurídico-administrativas. 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, ou seja, alguém que tão somente “sofre” a função administrativa. Busca-se nesse novo paradigma, em que esse, demais de obviamente ser o 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. Trata-se de uma decorrência do princípio da participação, o qual há de se colocar em relevante patamar no horizonte de paradigmas que se inclinam à modernização e racionalização do direito administrativo.

Dessa maneira, mediante a Administração Pública Dialógica busca-se impor como condição para a atuação administrativa a prévia realização de um verdadeiro e efetivo diálogo com todos aqueles que terão suas esferas de direitos atingidas pela atuação estatal.

Odete Medauar (2003, p. 78) destaca a importância do consensualismo no âmbito da Administração contemporânea:

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

Por sua vez, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000, p. 39) assevera que “pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento”.

Configurada a Administração Consensual e apresentados os seus fundamentos dogmáticos, a seguir serão expostas algumas de suas formas de expressão e de seus instrumentos de ação.

4. INSTRUMENTOS DE AÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

A administração pública consensual pode manifestar-se na função decisória administrativa, na função executiva administrativa e na função judicativa administrativa.

O consenso na tomada de decisão administrativa pode manifestar-se como elemento coadjuvante ou como elemento determinante na formação da vontade administrativa.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p.87) pode-se elencar como exemplos de consenso como elemento coadjuvante da formação da vontade administrativa: coleta de opinião, debate público, audiência pública e assessoria externa.

Nesses institutos consensuais, a Administração deve buscar a audiência dos interessados e, se possível, com eles manter o diálogo e a negociação de interesses, mas somente a ela caberá a decisão.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p.86):

Pela coleta de opinião possibilita-se à Administração valer-se dos meios de comunicação em geral para recolher subsídios, em forma de tendências, preferências e de razões, dos segmentos sociais interessados na decisão.

No debate público a participação dos interessados é mais intensa, possibilitando-se à Administração não apenas conhecer as tendências, preferências e razões dos interessados como abrir uma instância de negociação.

Na audiência pública, como no debate público, amplia-se também a participação dos interessados na decisão, inclusive com instância de negociação, mas, distintamente, se caracteriza por estar submetida a maior formalidade processual podendo servir tanto a uma atuação coadjuvante, a de que aqui se trata, como a uma atuação determinante por parte de interessados regularmente habilitados à participação. Na assessoria externa a participação coadjuvante será proporcionada por um ou mais representantes das categorias de interesses que poderão ser atingidos pela decisão. Os

assessores externos, que deverão ser nomeados entre pessoas estranhas aos quadros burocráticos da entidade pública a ser assessorada, com ou sem remuneração (múnus público), serão indicados livremente, desde que caracterizada a relação legitimatória do candidato, ou em lista vinculante, devendo, depois de nomeados, serem necessariamente consultados pelo órgão decisório e consignadas as suas contribuições.

Por sua vez, pode-se elencar como exemplos em que o consenso é elemento determinante da formação da vontade administrativa : plebiscito, referendo, audiência pública, co-gestão e delegação atípica

Entende-se por plebiscito a modalidade constitucional e formal da consulta pública pelo qual o cidadão é convocado a manifestar-se sobre um fato, quase sempre no sentido de conferir-lhe ou não valoração jurídica. A Constituição tratou em cinco dispositivos desse instituto participativo destinado à busca de um consenso popular vinculante: em termos genéricos, nos arts. 14, I, e 49, XV, este para o exposto fim de outorgar ao Congresso Nacional a competência exclusiva para convocar o plebiscito, e para efeitos específicos, no art. 18, §§ 3º e 4º, e no art. 2º do ADCT.

Já o referendo destina-se a recolher a manifestação dos cidadãos sobre decisões dos órgãos legislativos e administrativos para que se as mantenham ou se as desconstituam, sendo, assim, uma hipótese rara em que está admitido o exercício da democracia direta, de autogoverno popular, restrita embora aos precisos termos em que se convoca o povo à apreciação de atos praticados. A Constituição previu o instituto no art. 14, II e, no art. 49, XV, reservou com exclusividade ao Congresso Nacional a competência para autorizar a realização de referendos.

A audiência pública admite as duas modalidades quanto à vinculação da Administração a seus resultados, mas caberá à lei definir entre uma ou outra ou optar por uma solução compósita. Com efeito, o legislador, tal como se prevê constitucionalmente, salvo cláusula impeditiva expressa, poderá deixar de legislar especificamente sobre quaisquer das matérias de sua competência, optando alternativamente por delas dispor como melhor lhe pareça (art. 48; caput), o que inclui em geral e a toda evidência, fazê-lo visando à realização de quaisquer modalidades decisórias substitutivas como o são as referendárias, as de consulta pública ou as de deslegalização.

Pela co-gestão, o legislador poderá abrir a participação na direção de entidades públicas a pessoas qualificadas e para esse propósito especificamente nomeadas. Nesta hipótese, os co-gestores nomeados, normalmente atuando em colegiados, são investidos na competência decisória, no que difere o instituto da

assessoria externa, acima examinado. A modalidade tem ampla utilização no caso de autarquias e de paraestatais de toda natureza, mas na educação, a co-gestão do ensino público tem expressa previsão constitucional (art. 206, VI).

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

Por sua vez, pode-se elencar como exemplos de consenso na execução Administrativa os contratos administrativos de parceria e acordos administrativos de coordenação

A execução associada apresenta, entre outras virtudes, uma notável característica de potenciar a capacidade de ação do Estado pela composição e pela soma de esforços entre os setores público e privado.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006), as modalidades contratuais de parceria tendem a se multiplicar no Direito Administrativo contemporâneo e isso em razão mesmo da extrema diversidade de situações encontradas na área econômica, como um simples elenco exemplificativo o demonstra: concessões de serviços públicos e de uso de bem público, permissão de serviços públicos, arrendamento portuário, arrendamento operacional, franquia pública, gerenciamento privado de entidade pública, venda de bilheteria e contrato de risco.

Por outro lado, a coordenação da atuação da Administração Pública pode dar-se por cooperação ou por colaboração. A cooperação pode ser acordada por consórcios, convênios, acordos de programa ou conferência de serviços celebrados com outras entidades públicas, porque terão todas o dever comum de prossecução do interesse público. A colaboração pode ser ajustada por convênios e acordos de programa e celebrados com entidades privadas.

Por fim, no que atine ao consenso na função judicativa administrativa pode-se fazer a seguinte divisão: a) o consenso na prevenção de conflitos administrativos e o consenso na composição de conflitos administrativos.

Pode-se elencar como exemplos da utilização do consenso na prevenção de conflitos administrativos: Comissões de Conflito e Acordos Substitutivos.

Instrumentos pouco conhecidos na doutrina pátria, têm ambos, não obstante, um imenso potencial aplicativo, notadamente na administração setorial autônoma, como a praticada no âmbito do Direito Regulatório.

Conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006), as comissões de conflito são um instrumento administrativo permanente que, de ofício ou por provocação de

interessados, devem atuar sempre que se descortinar a possibilidade e iminência de instaurar-se um conflito de interesses no âmbito de sua competência. Sua atuação exige um processo contraditório amplo e aberto a quaisquer interessados, uma vez que a decisão deverá ter latitude suficiente para cobrir as situações análogas porventura existentes, dando-lhes, a todas, tratamento homogêneo, como, por exemplo, através de normas regulatórias específicas, no âmbito das atividades deslegalizadas.

Os acordos substitutivos 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, mais duradouro, mais célere ou com menores custos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p. 94) colaciona como exemplo bem sucedido no direito brasileiro, ainda que insuficientemente processualizado para surtir efeitos com desejável amplitude o ajustamento de conduta, previsto no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Lado outro, o consenso na composição de conflitos administrativos encontra-se presente na conciliação, mediação, arbitragem, e similares.

A formas de composição consensual de conflitos pela via administrativa apresentam-se como vias de fomento de civismo, de aperfeiçoamento da participação cívica e de agilização das relações sócio-econômicas.

O atraso na aceitação das vias negociais administrativas se deve à visão imperativa, que as considerava interditas para o Direito Administrativo, uma visão herdada da doutrina francesa e bastante arraigada em todos os sistemas que, como o nosso, receberam durante muitos anos sua influência quase hegemônica.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006, p.95) aponta que a objeção central se prendia à interpretação do princípio da indisponibilidade do interesse público. Segundo a óptica então dominante, 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.

Ocorre que, 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 de negociar o interesse público, mas de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência.

É que coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo. Esse interesse em dirimir o conflito, e retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa, é indubitavelmente da maior importância, tanto na esfera social como na econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse

público envolvido, que não aqueles que deveriam ser unilateralmente aplicados pelo poder Público.

Os institutos da conciliação, da mediação e da arbitragem são três graus em que se apresenta a composição consensual de conflitos: no primeiro instituto, as partes devem envidar esforços para promover um acordo que ponha fim ao conflito, centrando-se na figura de um conciliador que teria a tarefa de conduzir as partes na negociação e oferecer-lhes alternativas; no segundo instituto, a condução das negociações por um mediador dar-se-á de modo a reduzir as divergências identificadas e a ampliar as convergências, levantando os inconvenientes de prolongar-se o conflito, de modo a que seja encontrada uma solução satisfatória para as partes; no terceiro instituto, as partes aceitarão a solução do conflito decidida por árbitros. Nas versões administrativas nada impede que o Poder Público possa assumir, agora sim, com a imparcialidade a que está constitucionalmente obrigado, as funções conciliatórias, mediatórias ou arbitrais.

O Direito Administrativo brasileiro, ultrapassando rapidamente as objeções que durante tanto tempo impediam o desenvolvimento das formas alternativas de composição de conflitos, avançou celeremente nessa linha, como o demonstra fartamente a série de legislação produzida na linha do Direito Regulatório a partir de meados da década de noventa.

Essa legislação contempla, quase sempre, uma atividade administrativa judicativa para as agências reguladoras, variando, embora, na extensão dessas funções: a Agência Nacional de Energia Elétrica-ANEEL, no art. 3º, V. da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1966; a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, no art. 19, XVII, da Lei nº 9.427, de 16 de julho de 1997; a Agência Nacional do Petróleo - ANP, no art. 20, da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997; a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, no art. 29, II, b, da Lei nº 10.223, de 6 de junho de 2001 e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, no art. 20, II, b, da mesma Lei criadora da ANTT.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O paradigma do Estado Democrático de Direito busca afirmar-se, mediante a reconstrução da idéia de Estado e de sociedade civil, ao visar à complementaridade do espaço público e do espaço privado. Nesse paradigma, acrescenta-se ao conteúdo do Estado Social a participação popular. Dessa forma, o paradigma caracterizar-se-ia, fundamentalmente, pelo resgate do princípio da soberania do povo numa combinação de entidades de representação democrática com instrumentos de democracia direta, sendo mantidas as obrigações anteriores do Poder Público, quanto ao desenvolvimento econômico, à proteção social, à distribuição de renda, pois a participação não se resume na simples criação de entidades representativas,

devendo haver, portanto, a presença do sujeito social-popular nas decisões que refletem a vontade do Estado e da Administração Pública.

A exigência de participação do povo, como medida de legitimação, impõe a necessidade de novas modulações ao traçado do perfil da Administração Pública.

O panorama atual exige a ampliação dos canais de comunicação pública e uma visão procedimentalista na formação do Direito. Exige-se, assim, uma reestruturação da posição da sociedade civil perante o Estado: que deixe de lado o seu papel de cliente da prestação administrativa, para assumir o papel de ator de um direito legítimo, emergente da opinião e da formação de vontades discursivas de cidadãos, igualmente titulares de um Estado.

Apesar de não se poder afirmar que no País, haja uma Administração Pública democrática, são diversificados os instrumentos e mecanismos legais de participação - audiências e consultas públicas, cooperação de entidades da sociedade civil, participação e cooperação dos usuários na prestação de serviços públicos, orçamento participativo, ouvidorias gerais, gestão paritária de serviços e políticas públicas.

Aos poucos, a concepção monopolista e autoritária, responsável por concentrar na Administração a exclusividade da decisão quanto ao interesse público e por fazê-la atuar quase sempre de modo unilateral, vem cedendo espaço aos chamados dos interessados, por meio de procedimentos formais, alguns com força vinculante, outros apenas opinativos.

Os movimentos transformadores do Estado contemporâneo visaram não somente à reavaliação dos fins do Estado, mas uma nova forma de administrar, cujas referências são o diálogo, a negociação, o acordo, a coordenação, a descentralização, a cooperação e a colaboração. Assim, o processo de determinação do interesse público passa a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva consensual e dialógica.

Trata-se da Administração Consensual, a qual contrasta com a dominante perspectiva imperativa e monológica, avessa à utilização de mecanismos comunicacionais internos e externos à organização administrativa.

Busca-se dessa forma a transição de um modelo de gestão pública fechado e autoritário para um modelo aberto e democrático, habilitando o Estado contemporâneo a bem desempenhar suas tarefas e atingir os seus objetivos, preferencialmente, de modo compartilhado com os cidadãos.

A administração pública consensual pode manifestar-se na função decisória administrativa, na função executiva administrativa e na função judicativa administrativa.

A utilização de meios consensuais pela Administração ganha relevância na medida em que estes se transformam em instrumentos da participação dos particulares — diretamente envolvidos ou simplesmente interessados — no processo de tomada das decisões administrativas, possibilitando mais aceitação do que imposição, especialmente no âmbito das relações contratuais administrativas.

Diante o exposto, acredita-se que, aos poucos, a participação deixa de ser uma expressão meramente retórica e passa a representar a medida de legitimação da atuação administrativa em consonância com o democrático paradigma de Estado adotado.

REFERÊNCIAS

- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BOBBIO, Norberto *et. al. Dicionário de política*. Coord. da tradução: José Ferreira e Luís G. Cascais. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991, v.1.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 9. ed.. São Paulo: Paz e Terra, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constitucionalismo e geologia da good governance*. In: _____. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 325-334.
- CASSESE, Sabino. *La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado*. In: _____. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p. 101-160.
- CASTELLS, Manuel. *A era da informação: a sociedade em rede*. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001. v. 1.
- CASTELLS, Manuel. *A era da informação: fim de milênio*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 3.
- CHEVALLIER, Jacques. Synthèse. In: FORTIN, Yvonne (Dir.). *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*. Paris: L’Harmattan, 1999. p. 397-414.
- DIAS, Maria Teresa Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, 1999. v. 1.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FUKUYAMA, Francis. *Construção de Estados: governo e organização mundial no século XXI*. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol.1 e Vol 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de interesse público e a "Personalização" do Direito Administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público, n.26, p.115-136. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. *Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?* Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, maio/jun. 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: Novos Paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MACHADO, João Baptista. *Participação e descentralização: democratização e neutralidade na Constituição de 76*. Coimbra: Almedina, 1982.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica*. Revista brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, Ano 4, n. 13, p. 147-166, abr./jun. 2006.

_____. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Sociedade, Estado e Administração Pública: perspectivas visando o realinhamento constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.

_____. *Uma nova Administração Pública*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 220, p. 179-182, abr./jun. 2000.

_____. *Novos institutos consensuais da ação administrativa*. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Temas de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 63-98.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almeida, 1997.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2000.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte.

_____. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008.

_____; SCHWANKA, Cristiane. *A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 31-50, abr./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntdn=53672>>. Acesso em: 23 maio 2013.

PRATSI CATALÀ, Joan; VIDAL BELTRÀN, José Maria (Coord.). *Governança: Diálogo Euro-Iberoamericano sobre el buen gobierno*. Madrid: INAP: Colex, 2005. p. 21-76.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Recebido em: 23/05/2014

Aceito em: 15/07/2014