

**POLÍTICA PÚBLICA DE CONSENSUALIDADE COMO
PARADIGMA PARA A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA:
REFLEXÕES SOBRE O INTERESSE PÚBLICO E A
PREFERÊNCIA DA SOLUÇÃO CONSENSUAL NOS CONFLITOS
QUE ENVOLVAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

***PUBLIC POLICY OF CONSENSUALITY AS A PARADIGM FOR
ADMINISTRATIVE ACTION: REFLECTIONS ON THE PUBLIC
INTEREST AND THE PREFERENCE FOR A CONSENSUAL
SOLUTION IN CONFLICTS INVOLVING THE PUBLIC
ADMINISTRATION***

Eliane Pires Araújo

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Público com capacitação para o Ensino no Magistério Superior. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Procuradora do Município de Goiânia-GO. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2539865354823511>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8265-6633>. E-mail: elipiresa@gmail.com.

Giovana Nahas Dafico Bernardes

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas, na Universidade Federal de Goiás. Pós-Graduada em Direito Imobiliário pelo Proordem. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2019/2), com extensão acadêmica na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal (2018/1.) Assessora Jurídica na Procuradoria-Geral do Estado de Goiás. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0045-4961>.

Cleuler Barbosa das Neves

Doutor em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Goiás (2006). Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (2001). Professor integrante dos quadros do Programa de Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da UFG. Procurador do Estado de Goiás (5/2/1999). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8319-0257>

Submetido em: 18/02/2021

Aprovado em: 03/11/2021

Resumo: o artigo tem como objetivo apresentar o estado da arte da consensualidade enquanto política pública e discutir, especificamente em relação à atuação administrativa consensual, a existência do poder-dever de consenso administrativo e da solução consensual como prioritária para a resolução dos conflitos que envolvam a Administração Pública. Além disso, pretende-se analisar se a atuação administrativa consensual implica na superação do princípio da indisponibilidade do interesse público, utilizando-se, para tanto, da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: política pública de consensualidade; interesse público; Administração Pública; poder-dever de consenso.

***Abstract:** the article aims to present the state of the art of consensuality as a public policy and discuss, specifically in relation to consensual administrative action, the existence of the power-duty of administrative consensus and the consensual solution as a priority for the resolution of conflicts involving the Public Administration. In addition, it is intended to analyze if the consensual administrative action implies overcoming the principle of unavailability of the public interest, using bibliographic research to do so.*

***Keywords:** public policy of consensuality; public interest; Public Administration; power-duty of consensus.*

Sumário: Introdução. 1. Da política pública de consensualidade. 2. Interesse público e reestruturação do direito público sob o primado da consensualidade. 3. A atuação administrativa consensual: existe dever de consensualidade pela administração pública? Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático e Social de Direito, consagrado pela Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, concretiza-se a partir da garantia dos direitos fundamentais, que dependem de políticas públicas para se realizarem no dia a dia do cidadão. No arranjo constitucional, a incumbência da elaboração e da implementação dessas políticas insere-se nas competências dos Poderes Legislativo e Executivo. Nada obstante, o Poder Judiciário tem se imiscuído na matéria sob pretexto da materialização daqueles direitos e da adequação hermenêutica do texto constitucional (VALLE, 2008).

A positivação de direitos fundamentais no nosso diploma constitucional implica a possibilidade de exigi-lo perante qualquer dos poderes constituídos. Dessume-se dessa ideia a opção do constituinte pela escolha de políticas públicas como principal instrumento de sua efetivação, a fim de, desde o início, fomentar a cooperação entre os Poderes para a efetivação de direitos fundamentais.

Nessa linha, a atual complexidade do Direito Administrativo, assim como a configuração do Estado Democrático, que reclama a participação popular,

têm, há um tempo, colocado em debate a legitimação da atuação unilateral da Administração Pública perante situações que, por exigirem respostas e decisões binárias, melhor seriam tomadas mediante um acordo entre administrador e administrado (PALMA, 2010, p. 10).

Assim, a consensualidade seria entendida como paradigma para a atuação administrativa e é sobre ela que devem ser lançadas as bases da solução dos conflitos que envolvam a Administração Pública, notadamente quando eles envolvem políticas públicas.

No entanto, antes de adotá-la como paradigma, emerge o problema de primeiro definir se existe uma política pública de consensualidade que abarque os entes públicos e, a partir dessa resposta, verificar se ela implica em poder-dever para a Administração Pública ou mera faculdade. Há ainda que se responder se a consensualidade reclama a superação do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Para tanto, o presente artigo pretende inicialmente analisar a compreensão da consensualidade enquanto política pública, o que será feito mediante revisão do estado da arte e da constatação de esforços dos diversos Poderes no sentido de trazer efetividade aos mecanismos de consensualidade na atuação estatal. Posteriormente, a despeito da instituição da consensualidade enquanto política pública, emerge a necessidade de confrontar as críticas direcionadas à possibilidade de atuação administrativa consensual, o que ganha destaque com a observância do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Por fim, com o intuito de compreender se consensualidade pode ser apreendida como paradigma para a atuação administrativa, busca-se responder se há para a Administração Pública um poder-dever de consensualidade.

1. DA POLÍTICA PÚBLICA DE CONSENSUALIDADE

O Estado Democrático de Direito concretiza-se a partir da garantia dos direitos fundamentais, cuja realização/concretude depende de políticas públicas. A despeito de tratar-se de termo polissêmico, na literatura jurídica assentou-se a conceituação do termo utilizada por Bucci, para quem política pública é o programa ação governamental que visa coordenar os meios à disposição do Estado e a atividade privada para a realização de fins socialmente relevantes e politicamente determinados (2006, p. 39).

Como preceitua Pinto, alguns modelos teóricos foram formulados nas últimas décadas com o objetivo de melhor entender os processos de decisões das políticas públicas. A autora destaca, inicialmente, três das dimensões da política:

i) institucional (reconhecida na expressão *polity*), voltada às questões próprias da política e do jogo de poder nela organizado; ii) processual (*politics*), relacionado ao processo político e às “perdas e ganhos” temporários dos atores políticos nesse processo; e iii) material (*policy*), que diz respeito ao conteúdo em si da política pública (2008, p. 28).

Além disso, a autora enuncia, fundada nos estudos de Kingdon, uma das teorias que tentam explicar esse processo decisório das políticas públicas, qual seja, a teoria do ciclo das políticas públicas, cujas fases – que não são estanques, influenciam e são influenciadas reciprocamente – envolvem desde a definição da agenda, passando pela formulação e pela implementação das políticas públicas e “finalizando” na sua avaliação (2008, p. 29).

O estudo das políticas públicas é essencial para a compreensão das opções de agir estatais. Schmidt pontua que “a compreensão bem embasada das políticas permite a ação cidadã mais qualificada e mais potente” e acrescenta que “o estudo científico das políticas permite perceber a complexidade que envolve a gestão pública, evitando simplificações e reducionismos, que frequentemente levam ao entusiasmo por soluções autoritárias” (2019, p. 122).

A compreensão da consensualidade enquanto política pública insere-se na abordagem Direito e Políticas Públicas, notadamente diante da complexidade dos problemas que circundam a dialogicidade da Administração Pública e pelo fato de envolver uma “ação governamental coordenada e em escala ampla [...] a serviço de uma estratégia informada por elementos jurídicos (e não jurídicos)” (BUCCI, 2019, p. 792).

Especialmente considerando o entendimento de Schmidt, para quem “a política pública é uma resposta a um problema político” (2019, p. 122), a formulação e a implementação da política pública de consensualidade resultaram dos efeitos do aumento crescente e exponencial do número de ações judiciais em trâmite e da necessidade de que cada conflito recebesse tratamento adequado a suas particularidades.

Do ponto de vista constitucional, a moralidade, a boa-fé administrativa e a proteção da confiança fundamentam o poder-dever de consenso por parte do Poder Público (BRANCO, 2020, p. 29).

Sob o aspecto infraconstitucional, o Código de Processo Civil reservou uma seção inteira à solução consensual dos conflitos, como forma de dar sobrevida útil ao diploma diante das tendências futuras da sociedade brasileira. Do mesmo modo, a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, traduz o ideal conciliatório e consolida expressamente a mediação, conciliação e autocomposição pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Diante desse contexto, antes mesmo do ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, que instituiu a política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses.

Relativamente ao direito fundamental à saúde, o CNJ expediu, naquele mesmo ano, a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2015, com orientações para o aperfeiçoamento da prestação judicial em matéria de assistência à saúde, em atenção ao diálogo interinstitucional e à valorização das formas adequadas de solução de conflitos. Ainda no mesmo ano, o Conselho instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, conforme se vê na Resolução nº 107, de 06 de abril de 2015.

A Resolução nº 238, de 06 de setembro de 2016, do CNJ, que inaugurou os Comitês Estaduais de Saúde pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, também acentuou o diálogo crítico e plural a respeito da matéria e, sobretudo, privilegiando e incentivando medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário. Além disso, determinou a especialização de varas em matéria de saúde pública.

Outro exemplo da implementação da política pública de consensualidade em conexão com os direitos fundamentais pode ser extraído da Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, que estabelece as condições e requisitos para que a União, por meio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, celebre acordo de transação de seus créditos de natureza tributária ou não tributária, sob a justificativa de se alcançar a redução do estoque desses créditos, assim como o incremento da arrecadação fiscal e a redução da prática de criação periódica de parcelamentos especiais.

A despeito da instituição da consensualidade enquanto política pública, ainda restam críticas a respeito da sua aplicação nos conflitos que envolvem os entes públicos, o que será discutido nos tópicos a seguir.

2. INTERESSE PÚBLICO E RESTRUTURAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO SOB O PRIMADO DA CONSENSUALIDADE

Ainda no início do século XXI, Diogo de Figueiredo Moreira Neto anunciou o consenso como uma das novas tendências da democracia e do Direito Público. Associado ao que denominou “revolução substantiva da democracia”, o “primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado”, reflete bem a evolução histórica das democracias formais, próprias das sociedades mono e biclasse, fundadas nas instituições de comando/coerção,

para as democracias substanciais, que atendem à pluralidade que marca a vida moderna em sociedade e para os quais as instituições devem basear-se na construção da confiança, cuja base é o consenso (2006, p. 58-62).

Em resumo, o autor esclarece que não basta apenas o consenso de pessoas mediante o voto formal, mas que é fundamental a busca por um consenso mais amplo, no sentido de que as escolhas de políticas públicas sejam feitas mediante a vontade participativa, o que importa em um processo decisório democrático. (2006, p. 58-59)

A reestruturação do Direito Público sob o pilar da consensualidade tem como pano de fundo o fenômeno da constitucionalização do Direito, que ocorre à luz do denominado novo constitucionalismo e cujos pilares democráticos são elencados, em síntese, pelo autor como: i) direitos fundamentais; ii) subsidiaridade do poder - checks and balances; iii) legitimidade da ação do poder público (aproximação entre reivindicações da sociedade e a atuação administrativa); e iv) normatividade da Constituição (NETO, 2006).

Ainda, o incremento da consensualidade nas transformações do Direito Administrativo tem se tornado uma tendência quando se trata da apropriação de práticas do Direito Privado para o Direito Público. Técnicas contratuais, como a negociação de conflitos, realizada mediante acordos de transação, negócios jurídicos ou arbitragem ganham cada vez mais espaço dentro da atuação administrativa. (BUISSA; BEVILACQUA, 2015, p. 48)

Já em países de tradição jurídica anglo-saxã a consensualidade não é tema novo. O regime jurídico aplicado aos particulares é o mesmo para os conflitos envolvendo entes públicos. No entanto, nos países de tradição jurídica romano-germânica, trata-se de ponto recente, notadamente pela distinção do regime jurídico aplicado para os entes públicos. (NEVES; FERREIRA FILHO, 2018, p.65).

Nas administrações públicas contemporâneas ainda persiste a presença de sistemas que limitam a participação da sociedade interessada e que perpetuam a centralização do poder governamental, de modo que o aprimoramento da gestão pública importa na democratização do Estado e na efetiva implementação de mecanismos de participação social (SENRA, 2018, p. 988).

Para tanto, segundo Locken, entre os sete princípios-chave propostos por Denhardt e Denhardt para a reorientação da atividade administrativa, destaca-se a fundamental posição de participação ativa dos indivíduos, tendo em vista que os governos mais sólidos são, segundo Robert Puntam, aqueles em que há o apoio de uma sociedade civil ativa, de modo que a liderança e a gestão pública também estejam comprometidas com os valores da cidadania democrática. (2018, p.196-197).

Assim, entre as várias razões que estimulam o desenvolvimento do consenso dentro da atuação administrativa, destaca-se que, diante de tantas questões complexas que envolvem os interesses públicos e privados, a atuação unilateral e hierarquizada da administração pública não se mostra eficaz na busca por bons resultados, de modo que a ampliação da noção de democracia nos procedimentos decisórios da administração pública, faz-se fundamental para o aperfeiçoamento da gestão pública (BITENCOURT NETO, 2018, p. 18-19)

Dessa forma, muito além de um eixo de análise da governança pública, a concertação administrativa se apresenta como um meio capaz de afirmar a participação social nos procedimentos decisórios mediante a intensificação de práticas democráticas. (NOHARA, 2018, p. 45)

Nessa linha, a substituição da instauração de um procedimento sancionatório por um compromisso negociado e acordado de reparação de danos representa a correção da atuação administrativa em prol da participação, do consenso, da legitimação direta da atuação administrativa e até mesmo obtenção de decisões administrativas imparciais e eficientes. (BITENCOURT NETO, 2018, p. 31 e 99)

A nova arquitetura do Direito Público, cujo fundamento material consiste na busca da eficiência das políticas públicas e cujo fundamento formal estabeleceu-se no rigor do atendimento da processualidade, pressupõem que se recordem os fundamentos e o conceito do interesse público, especialmente porque há necessária atuação concorrente da sociedade para realizá-lo. No ponto, adverte o autor: “[...] jamais se cogita negociar o interesse público, mas sim, de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência” (MOREIRA NETO, 2006, p. 59).

No mesmo sentido, Buissa e Bevilacqua destacam que a consensualidade, especialmente no âmbito do Direito Administrativo, implica a reanálise de princípios base do regime jurídico de direito público, quais sejam a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público (2015, p. 47).

A despeito da opinião dos autores, não é necessário a releitura dos princípios mencionados, mas, antes, recordar o conceito de interesse público, pedra de toque de todo o Direito Público.

As noções relativas ao interesse público e aos seus princípios corolários (supremacia e indisponibilidade, que, juntos, compõem o regime jurídico-administrativo brasileiro) são frutos de construção doutrinária formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello (HACHEM, 2011). Para ele, “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (MELLO, 2009, p. 61).

Relativamente ao seu conteúdo, “a concreta individualização dos diversos interesses qualificáveis como públicos só pode ser encontrada no próprio Direito Positivo”. Segue a advertência do autor, para quem “a estrutura do conceito de interesse público responde a uma categoria lógico-jurídica, que reclama tal identificação. Inversamente, a individuação dos múltiplos interesses públicos responde a conceitos jurídico-positivos” (MELLO, 2009, p. 67).

Sob o influxo das normas constitucionais, a identificação do interesse público passa, necessariamente, pelas categorias constitucionais-positivas (GABARDO, 2009). Esclarece o administrativista que aquele “não se confunde com uma noção incipiente característica da filosofia política liberal-revolucionária, ligada à vontade geral do povo; nem mesmo equivale ao ‘interesse geral’ contido no conceito de ‘serviço público’” (GABARDO, 2009, p. 285).

Apesar das críticas de autores como Ávila e Binenbojm, para o fato de que o conceito de interesse público é pouco preciso e de difícil identificação e concretização fática, defende-se a resposta de que “definir interesse público não é mais difícil que conceituar ‘justiça’, ‘eficiência’ ou mesmo ‘moralidade’ (GABARDO, 2009, p. 287). No mesmo sentido, Justen Filho, para quem “a indeterminação não é um defeito do conceito, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso (1999, p. 116).

A indeterminação, ao contrário de oferecer respostas prévias e absolutas, coaduna-se com a flexibilização própria do cotidiano administrativista e a sua flexibilidade pode conduzir à melhores respostas, sempre amparadas no seu escopo normativo. Em verdade, é a sua indeterminação que dá espaço para que a consensualidade se torne paradigma do Direito Público.

A composição de diferentes e juridicamente válidas noções do interesse público no caso concreto é fundamento de qualquer atividade administrativa que se pretenda democrática e, portanto, consensual.

A compreensão de interesse público que será utilizada na pesquisa em andamento é a apresentada por Hachem, que a biparte em (i) interesse público em sentido amplo e (ii) interesse público em sentido estrito. Quanto ao primeiro:

[...] trata-se do interesse público genericamente considerado, que compreende todos os interesses juridicamente protegidos, englobando tanto o interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral) quanto interesses individuais e coletivos (interesses específicos), quando albergados pelo Direito positivo (2011, p. 162).

O segundo refere-se ao “interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral), a ser identificado no caso concreto pela Administração Pública,

em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico” (HACHEM, 2011, p. 162).

Enquanto o interesse em sentido amplo consiste em um pressuposto negativo de validade, o interesse em sentido estrito é um pressuposto positivo de validade. Aquele impede a prática de qualquer ato que o contrarie (com escopo no princípio da finalidade) e esse só autoriza a prática do ato quando presente o interesse público protegido pelo sistema jurídico-normativo (HACHEM, 2011, p.162).

Quanto ao processo de definição do interesse público em sentido amplo, ele ocorre em etapas, a primeira, reservada ao legislador constituinte, que estabelece os valores e os fins fundamentais a serem perseguidos pelo Estado; a segunda, reservada à legislação infraconstitucional, seguida da especificação do conteúdo daquele por atos normativos infralegais, editados pelo Poder Executivo no âmbito do seu poder regulamentar; finalmente, no caso concreto e diante da realidade fática, à Administração Pública caberá a edição de atos administrativos concretos, a fim de identificá-lo e persegui-lo, segundo a sua finalidade subjacente (HACHEM, 2011, p. 166-169).

Importa registrar a assertiva conclusiva do autor quanto à questão:

Assim, quando as normas constitucionais, legais e regulamentares estipularem de forma objetiva quais interesses estão sendo por ela protegidos, que vincularão a atividade administrativa na sua efetivação, está-se diante do interesse público em sentido amplo: interesses juridicamente tutelados pelo ordenamento jurídico. Quanto tais normas capacitarem a Administração a detectar qual é o interesse público no caso concreto, mediante a atribuição de competências discricionárias ou o recurso ao interesse público como conceito legal, aí estará presente o interesse público em sentido estrito, desde que a presença desse interesse público especial seja um pressuposto para autorizar a atividade administrativa, permitindo-lhe fazer preponderar o interesse geral (da coletividade) sobre um interesse específico (individuais ou coletivos), quando ambos estiverem resguardados pelo Direito positivo (HACHEM, 2011, p. 169-170).

Tratando-se de interesse público em sentido estrito, a escolha do administrador no caso, que lhe dará concretude, depende de motivação, exatamente para que se tornem claros os motivos de fato e de direito que o levaram à uma dentre possíveis opções igualmente hábeis e em conformidade com o ordenamento jurídico. Inclusive, é na motivação que se torna clara a necessária opção pela escolha que mais atenda ao princípio constitucional da eficiência. E é também por inter-

médio dela que o controle posterior (interno e externo) do ato administrativo pode ser levado à cabo.

Quanto à escolha prática em si, assevera HACHEM que:

[...] os conceitos jurídicos indeterminados, por mais imprecisos que possam parecer, possuem um núcleo de certeza positiva, em que se localizam as situações fáticas que incontestavelmente correspondem àquele conceito, um extenso halo (ou auréola) de imprecisão ou de incerteza, e uma zona de certeza negativa, na qual se situam as hipóteses que sem dúvida alguma não se enquadram no conceito.

O processo de identificação, no mundo dos fatos, das situações que se encaixam na noção de interesse público nada mais é do que um problema de interpretação jurídica. E essa interpretação deve ser iluminada pelo brilho do núcleo desse conceito (2011, p. 192).

No caso brasileiro, a zona de certeza positiva é composta pelos valores e princípios fundamentais identificados no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e nos seus artigos 1º a 4º, além dos direitos e garantias fundamentais (HACHEM, 2011, p. 192-193).

Explicita (interesse público como conceito legal) ou implicitamente (atribuição de discricionariedade), o interesse público em sentido estrito necessariamente deve ser identificado por intermédio da motivação e apenas se fundamenta quando se encontra respaldado pelo ordenamento jurídico, notadamente pelas normas que compõem a zona de certeza positiva acima mencionada.

Estabelecido o conceito de interesse público do qual se valerá o trabalho, cumpre afastar as premissas sobre as quais se fundam algumas das objeções teóricas à possibilidade da utilização do consenso na e pela Administração Pública, especialmente no que diz respeito à mediação, à conciliação e à arbitragem: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público.

A consensualidade não implica releitura desses princípios, mas a sua leitura adequada e que considere os fundamentos teóricos de sua existência.

Preliminarmente, no que tange ao possível conflito entre interesse público e interesse “privado”, convém registrar a conclusão a que chegou Gabardo: “[...] o direito positivo brasileiro não possui nenhuma norma (regra ou princípio) que declare a impossibilidade jurídica da desarmonia de interesses, ou mesmo que a proíba” (2009, p. 290). Para ele, trata-se da

[...] supremacia do ‘interesse’ público sobre o ‘interesse’ privado e não do ‘direito’ público sobre o ‘direito’ privado ou mesmo do ‘interesse pú-

blico' sobre o 'direito subjetivo privado'. O princípio não trata, portanto, de direitos, mas de interesses, a partir de uma alocação do público em situação de preferência normativa e axiológica em face do particular (2009, p. 292)

O autor resume a tendência de negação à supremacia do interesse público como princípio ao incremento das ideias neoliberais da década de 1990, com a crescente mentalidade de “fuga para o Direito privado” e flexibilização do regime jurídico-administrativo, especialmente a partir da redução das atividades do Estado (HACHEM, 2009, p. 293).

Ao afastar as críticas de renomados administrativistas, ele explica que “o elemento a adquirir supremacia é o ‘interesse público’; não é o ‘princípio da supremacia do interesse público’ que detém supremacia” (2009, p. 295) e conclui que “o princípio da supremacia do interesse público, por ser princípio, estipula um condicionante a priori estabelecido, mas que não traduz como, aliás, ocorre com todos os demais princípios, um caráter invencível” (2009, p. 298).

É na interação com os demais princípios que compõe o ordenamento jurídico que aquele se manifesta. E é na sua origem que está a sua compatibilização com o princípio da proporcionalidade, ou, caso contrário, não se estaria diante de um regime jurídico-administrativo cujos pilares são não apenas prerrogativas, mas também sujeições.

A despeito da utilização de exemplos de má-gestão de administradores públicos para a fundamentação de uma possível superação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, não se pode confundir antecedente e consequente. A aplicação desviada e/ou incorreta do princípio não lhe retira a validade de seus fundamentos.

Mello, que construiu as bases teóricas dos princípios que compõe o regime jurídico-administrativo (supremacia do interesse público e sua indisponibilidade), salienta que o seu valor “não é perene e imutável” (2009, p. 56) e que “os poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades” (2009, p. 71). É por isso que se denominam poderes-deveres e não apenas poderes administrativos. Além da sua instrumentalidade intrínseca, o autor ressalta que os princípios se sujeitam à limites e temperamentos, em conformidade com o sistema normativo e sempre à vista da finalidade e da proporcionalidade (2009, p. 73).

Na análise dos elementos que estruturam a construção teórica de Mello sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, Hachem assevera, em arremate, que:

[...] o exercício das prerrogativas decorrentes do princípio: (i) deve situar-se sempre nos termos e nos limites da legalidade, respeitando a lei em sentido formal; (ii) restringe-se às limitações e temperamentos traçados pelo sistema normativo; (iii) deve ser compreendido de forma equilibrada com o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, que impõe sujeições especiais à Administração, tais como: finalidade, proporcionalidade, razoabilidade, motivação, impessoalidade, publicidade, moralidade, responsabilidade do Estado e controle jurisdicional; (iv) por possuir caráter instrumental em relação aos deveres da Administração, só pode ser manejado para cumprir a finalidade que é imposta pelo sistema normativo (dever-poder); (v) não pode ser invocado abstratamente, mas tão somente de acordo com a extensão definida pelo ordenamento jurídico, jamais podendo ser empregado para contrariar a Constituição e as leis; (vi) não pode ser aplicado de forma excessiva, mas apenas na medida necessária para a consecução da finalidade estampada na norma jurídica (2011, p. 67-68).

É interessante pontuar que no estágio atual do Estado Pós-Moderno, a Administração Pública não exerce apenas a função de ditar o que é o interesse público aprioristicamente. A “configuração do Estado coloca à Administração Pública a função de arbitradora dos interesses que devem prevalecer no caso concreto, de forma motivada e observadas as especificidades que cada caso envolve” (PALMA, 2015, p. 169-170).

Para Palma, “tratando-se da ação administrativa consensual, tais interesses podem ser harmonizados para celebração de acordos administrativos, quando a Administração irá utilizar a função de composição de interesses” (2015, p. 171).

A aplicação das técnicas de ponderação é imprescindível para que a ação administrativa seja qualificada pelo processo racional de enunciação dos motivos pelos quais no caso específico concreto uma escolha seja realizada, explicando e concretizando o interesse público.

A respeito das relações entre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o Estado Social proclamado pela Constituição Federal de 1988, Gabardo enuncia que:

[ele] a partir de uma perspectiva constitucionalizada deve possuir diferentes níveis de significação, dentre os quais necessita reconhecer que: 1. a atuação do Estado deve se ocupar não só do bem-estar dos indivíduos atuais, mas também das gerações posteriores; 2. O interesse público tem que relevar não somente interesses nacionais, mas também os que ultrapassam esta esfera, considerando a humanidade como um todo. Ademais, ‘um dos fatores fundamentais favoráveis ao sucesso de

uma de uma democracia é um público imbuído de interesse público'. Logo, não basta um reconhecimento eminentemente jurídico se não existe um 'lastro social' que dê respaldo à existência de um interesse público formalmente estabelecido (2009, p. 321).

Com fulcro no Estado Social e Democrático de Direito, "o Direito Administrativo exsurge [...] como um instrumento de proteção do cidadão em face desse intervencionismo, uma vez que, a um só tempo, legitima essa ingerência estatal e lhe impõe limites" (HACHEM, 2011, p. 104).

Assim, a consensualidade na e pela Administração Pública não implica superar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, mas efetuar uma leitura constitucionalmente adequada dele. A mesma lógica aplica-se ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

A consensualidade é corolário do princípio da proporcionalidade, que, por sua vez, tem como fundamento o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Mello explica que "a indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis" (2009, p. 73-74).

Como já mencionado, a consensualidade não implica a releitura do princípio, uma vez que, como bem assinala Palma:

[...] as funcionalidades das prerrogativas públicas salientadas nas doutrinas brasileiras de direito administrativo podem ser categorizadas em três assertivas: (i) as prerrogativas públicas existem para tutelar o interesse público; (ii) as prerrogativas públicas existem para afirmar o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; e (iii) as prerrogativas públicas existem para melhor consecução da finalidade pública (2015, p. 149).

Nenhum princípio é um fim em si mesmo. Não existe princípio que se pretenda absoluto. No caso do princípio da indisponibilidade do interesse público, bem como no do princípio da superioridade do interesse público sobre o privado, eles apenas possuem razão de existir enquanto instrumentais à realização dos fins do Estado e apenas na medida em que adequados à juridicidade do sistema a que pertencem.

A indisponibilidade do interesse público não constitui óbice intransponível à consensualidade administrativa. Pensar nos extremos traz logicidade à afirmação. Imagine se, no caso concreto, o interesse público fosse mais bem atendido

se a Administração, ao invés de despendere um milhão de reais em uma só vez pudesse, por acordo entre ela e o particular envolvido – ou outro ente público envolvido – realizá-lo em doze vezes, sem qualquer acréscimo. Note que o valor não seria alterado, apenas a forma pela qual o pagamento seria efetuado. Apenas pela utilização retórica do princípio, poder-se-ia negar à prática do acordo? A resposta parece ser negativa.

Palma assevera que o caráter instrumental das prerrogativas públicas também implica a possibilidade de a elas não se recorrer no caso concreto ou de as utilizar de formas diferentes, com possibilidade de dialogicidade com o administrado e/ou demais envolvidos (2015, p. 181).

Ressalte-se que a consensualidade traz consigo a necessidade de exposição de motivos de fato e de direito (princípio da motivação) a respeito da melhor forma de atender ao interesse público no caso concreto (e, portanto, concretizar os princípios da finalidade, da eficiência e da proporcionalidade), qualificando-se a atuação administrativa e possibilitando o seu controle, em plena adequação constitucional.

Frise-se que os pressupostos teóricos para a atuação administrativa consensual têm conformidade constitucional e propõem um novo paradigma para a Administração Pública brasileira. Palma os enuncia em sua obra: (i) eficiência administrativa; (ii) participação deliberativa; e (iii) governança pública (2015).

A utilização retórica do princípio da indisponibilidade do interesse público para afastar a possibilidade de acordos pela Administração pode conduzir à assertiva de que, para existir consensualidade, é necessário a sua superação ou a sua releitura. No entanto, por todo o exposto, resta claro que a sua leitura adequada à Constituição e alinhada aos pressupostos de sua formação teórica original implica reconhecer que os acordos administrativos também fazem parte da atuação administrativa finalisticamente orientada à consecução do interesse público.

À guisa de conclusão deste tópico, cumpre advertir que há limites para a atividade consensual da Administração Pública. Eles são impostos pelo ordenamento jurídico explícita ou implicitamente e impõem a identificação do que pode ou não ser objeto de transação por ela. Nesse ponto, Palma enuncia que “a princípio a atuação administrativa consensual pode envolver qualquer objeto do direito administrativo, ressalvadas as vedações legais ou, ainda, os casos de vinculação administrativa”. Embora não seja objeto do presente trabalho, é necessária uma advertência final: ainda não estão claros quais são aqueles limites e é preciso que haja engajamento de pesquisadores a fim de tornar mais explícitas as balizas para o consenso administrativo.

3. A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONSENSUAL: EXISTE DEVER DE CONSENSUALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

Na análise dos fenômenos de globalização e de mutações no Estado Social, Ferraz pontua que a administração contemporânea postula pelo diálogo entre o poder público e os particulares, de modo que se tem o desenvolvimento de ‘novo estilo de administração’, marcado pela participação, flexibilidade e consensualidade. (2019, p. 77).

Para o autor, a Administração consensual preza pela abertura ao diálogo (‘dialogicidade’) e pelo apelo ao uso de técnicas contratuais (‘contratualização’) (FERRAZ, 2019, p. 78).

A respeito da expressão “Administração consensual”, é preciso que se faça a distinção proposta por Neves e Ferreira Filho. Materialmente, a consensualidade em sentido amplo envolve a prática de qualquer tipo de acordo (encontro de vontades) que tenha em um dos polos a Administração Pública. Já a consensualidade *stricto sensu* equivale à concertação administrativa, a aplicação dos métodos adequados de resolução de conflitos (mediação e conciliação extrajudicial e judicial e arbitragem) que a envolvam (NEVES; FERREIRA FILHO, 2018, p. 64).

Para ambos, dois diplomas normativos brasileiros recentes (Código de Processo Civil de 2015 e Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015) expressam a opção do legislador – e, portanto, norte para o administrador – pela consensualidade como solução prioritária para a resolução dos conflitos:

Há, portanto, uma escolha consciente em estabelecer uma ordem preferencial entre as formas de solução dos conflitos (sistema multiportas), em que pese o modelo brasileiro de consensualidade ser pautado por normas esparsas (PALMA, 2015, p. 236), especialmente no campo administrativo. Nesse sentido, apesar de não ser afastada a apreciação judicial em todos os casos (princípio da inafastabilidade de jurisdição), há preferência pela conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos (NEVES; FERREIRA FILHO, 2018, p. 68).

A consensualidade passa a exigir que o interesse público em sua face concreta e prática seja levada em consideração pelo administrador público. Para Neves e Ferreira Filho, existe, à luz de interpretação sistemática e histórica do ordenamento jurídico brasileiro, um dever de consensualidade para aquele.

Na análise de uma nova prioridade sistêmica do Direito Administrativo, Freitas justifica que “o pressuposto nuclear é o de que a administração pública não é livre para agir como parte qualquer. [...] Ou seja, está obrigada a se engajar

a favor do império das razões, da prevenção de conflitos e da pacificação duradoura” (2017, p. 31).

Freitas defende que a consensualidade (ou, nos seus termos, “postura não adversarial”) deve ser estratégia preferencial para a solução dos conflitos nas relações administrativas, observando-se sempre o princípio da juridicidade e os limites que ele a impõe. Além disso, “a postura não adversarial amplia sobremaneira o campo da justa deferência — judicial e legislativa — para com decisões administrativas em geral, se levadas a cabo com independência e congruente motivação” (2017, p. 31-32).

Como mencionado no tópico anterior, a consensualidade implica atuação administrativa qualificada, racional e motivada. A exposição do modo como a obtenção do consenso no caso concreto concretizará os princípios que norteiam a atividade administrativa garante transparência e possibilita o controle social, jurídico e político.

É no bojo da processualidade adequada da indicação dos critérios utilizados para a composição da decisão administrativa baseada no consenso que se pode falar em respeito à decisão qualificada e, portanto, em deferência para com as escolhas administrativas. A esse respeito, também pondera Bourges que “(...) é pelo procedimento que a Administração terá a possibilidade de reunir informações e ponderações de diversos segmentos para atuar de modo mais efetivo e legítimo” (2018, p. 47).

Quanto à necessidade de maior justificação da escolha administrativa consensual, Freitas elucida que a apesar de a negociação administrativa, ante incertezas existentes, exigir maior tempo e preparação, ela possui maior êxito do que os processos judiciais que se arrastam de “modo mecânico” (2017, p. 39).

Na defesa de um Direito Administrativo Social, o modelo de gestão administrativa dialógica e consensual possibilita que a Administração atue de forma democrática, mediante a participação do cidadão e da coletividade, de modo que direitos sejam reconhecidos e danos sejam reparados por meio do diálogo ao invés da longa espera por uma decisão judicial com trânsito em julgado. (FREITAS, 2018, p. 45)

Assim, a consensualidade incorpora-se ao ordenamento jurídico e às necessidades da Administração Pública face aos “novos paradigmas finalísticos”, que impõem eficiência e participação, muito embora esse dever enfrente alguns problemas, a exemplo de (i) regulamentação com delimitação de critérios para a atuação consensual; (ii) dependência de estruturas administrativas a serem criadas e/ou aperfeiçoadas; e (iii) delimitação do controle a ser exercido pelos órgãos internos e externos (NEVES; FERREIRA FILHO, 2018, p. 78-79).

A despeito da existência de dificuldades na atuação consensual, cabe ressaltar a necessidade da solução consensual de conflitos que envolvam a Administração Pública e que o seu “requisito-chave é a troca de pré-compreensões, com o desiderato firme de ultrapassar a mentalidade de beligerância contagiosa e consolidar uma sociedade pacífica, propensa a soluções honestas, respeitadas e amigáveis” (FREITAS, 2017, p. 43).

A consensualidade deve ser entendida como novo paradigma para a atuação administrativa. Nos termos de Bourges:

Defende-se, portanto, um novo “modelo administrativo de gestão, isto é, o que crie condições (objetivas e subjetivas) para a participação política da cidadania como condição de uma administração pública democrática” e comprometida com a realização dos direitos fundamentais sociais.

A proposta de uma gestão pública dialógica, que se utilize de procedimentos de diálogo previamente estabelecidos, seja no que se refere à decisão, execução e na solução de controvérsias administrativas ou judiciais, permite a identificação das reais necessidades coletivas e das possíveis soluções, de modo holístico e legítimo, muito diferente de uma imposição unilateral, muitas vezes desprendida da realidade. Ainda, alia-se à concretização da Constituição, com grande potencialidade de concretização dos direitos fundamentais sociais antecipada e isonomicamente (2018, p. 49-50).

A consensualidade faz parte de uma leitura que se pretenda constitucionalmente adequada dos instrumentos do Direito Público, especialmente do Direito Administrativo, de que dispõe a Administração Pública para concretizar não só o interesse público, mas os direitos fundamentais.

Nessa linha, o princípio da eficiência, que traz destaque para a relação entre recursos empregados e resultados obtidos, isto é, custo/benefício da atuação estatal (NOHARA, 2012, p.193), surge como um dever de que a Administração Pública e seus agentes públicos atuem, não apenas, em conformidade com a legalidade, impessoalidade e moralidade, mas, também, em prol do melhor desempenho estatal de modo que seja possível a prestação de serviços públicos com o menor custo possível para o nível mais elevado de qualidade e abrangência. (BRESSER-PEREIRA, 2017, p.153).

Assim, tanto agentes públicos, quanto Administração Pública devem se organizar a fim de propiciar o alcance dos melhores resultados na prestação do serviço público, de forma que o texto constitucional, ao outorgar ao Estado o dever de cuidar da qualidade dos serviços públicos, está qualificando a própria eficiência como interesse público. (HACHEM, 2011, p. 68).

Logo, é diante dos fenômenos de globalização e de mudanças no Estado Social que a atuação do Poder Público mediante mecanismos consensuais ganha destaque, ao prescrever que a escolha administrativa consensual decorre da própria necessidade de uma atuação administrativa que importe em eficiência e participação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação de centros de solução consensual de conflitos, estimulada pelo CNJ, alinha-se ao esforço para o desenvolvimento de uma cultura que favoreça o diálogo e a construção do consenso a partir de esforços múltiplos, incrementando-se a participação e minimizando interferências diretas no sistema de políticas públicas adotado e no seu ciclo.

Esse canal direto de comunicação, no entanto, implica a aplicação e o aprimoramento da consensualidade em substituição à conflituosidade. A publicação da Lei nº 13.140/2015, que traz em seu bojo medidas adequadas para a resolução de conflitos, judiciais ou extrajudiciais, no âmbito da Administração Pública, pretende mudar paradigmas e favorecer a construção de um novo modelo, voltado à elaboração dialogada da melhor solução para cada caso concreto.

É necessário compreender que as ferramentas criadas pelo CNJ em suas normativas revelam em si mesmas instrumentos de políticas públicas que, como tais, também devem ser analisadas à luz de critérios que confirmem a sua imprescindibilidade.

Assim, é indispensável analisá-las tendo sempre em vista que elas não podem simplesmente importar no descongestionamento do Poder Judiciário, a fim de apenas reduzir números.

A alteração nas formas de resolução de conflitos que envolvam os entes públicos implica revisitação (e não superação) dos conceitos de interesse público e de seus princípios corolários (superioridade do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público), notadamente diante do direito fundamental à boa Administração e do poder-dever de consensualidade da atuação administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT NETO, Eurico. A administração pública concertada. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; BITENCOURT NETO, Eurico. (Org.). *A prevenção da corrupção e outros desafios à boa governação da Administração Pública*. 1. ed. Lisboa: ICJP/CIDP, 2018. v. 1. p. 10-44.

BOURGES, Fernanda Schuhli. Administração Pública dialógica: em busca da concretização isonômica de direitos fundamentais sociais. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 5, n. 1, p. 29-53, jan./jun. 2018.

BRANCO, Janaína Soares Noletto Castelo. *Advocacia Pública e Solução Consensual dos Conflitos*. Salvador: Editora Juspodvm, 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e políticas públicas. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 791-832, 2019.

BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas. Consensualidade na Administração Pública e transação tributária. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 15, n. 174, p. 46-54, ago. 2015.

FERRAZ, Luciano. *Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública* (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos Substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>. Acesso em: 09 set. 2020.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

JUSTEN FILHO. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545424/RIL218.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08 set. 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. Dissertação (Mestrado em

Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.2.2010.tde-18112011-141226. Acesso em: 05 jan. 2021.

PINTO, Isabela. Mudanças nas políticas públicas: a perspectiva do ciclo de política. *Revista Políticas Públicas*, v. 12, n. 1, p. 28, 2008.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, jan. 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em: 09 ago. 2020. Doi: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v3i56.12688>.

VALLE, Vanice Lírio do. Constitucionalização das políticas públicas e seus reflexos no controle. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Forum Administrativo - FA*, Belo Horizonte, ano 8, n. 85, p. 7–21, mar. 2008. Disponível em: http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=52812&p=1. Acesso em: 20 jun. 2020.