

DEBATES SOBRE A CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

*Elói Martins Senhoras***Cândida Alzira Bentes de Magalhães Senhoras***

Os espaços de consensualização viabilizados por negociações e estímulos estatais de regulação participativa constituem uma tendência jurídica internacional e extensiva ao próprio ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que existe uma crescente emergência de mecanismos de controle consensual, fundamentados em princípios de eficiência que tem substituído tradicionais mecanismos sancionatórios de controle jurisdicional.

Este espaços de consensualização no aparato estatal fazem parte de um movimento pragmático maior que se difunde com repercussão multitemática e multiescalar no campo do Direito, fundamentando-se no uso de institutos jurídicos de consensualidade na gestão pública, os quais tomam como referência os conceitos de aceitação, tanto, unilateral por meio do consentimento, quanto, bilateral por meio do consenso.

A construção de um Direito Consensual está fundamentada majoritariamente em uma doutrina jurídica pós-positivista que toma como referência a difusão de espaços comunicacionais de democracia deliberativa (HABERMAS, 2003), mas que também claramente incorpora novas leituras jurídicas sobre o impacto do neoliberalismo no campo jurídico (SENHORAS; SOUZA CRUZ, 2014), razão pela qual é possível visualizar o surgimento de novos instrumentos e institutos jurídicos de participação dos sujeitos sociais e do próprio Estado com base em relações mais simétricas de reconhecimento recíproco entre titulares de direitos.

Conforme Senhoras e Souza Cruz (2014), a terceira onda de democratização internacional e as distintas ondas neoliberais que impactaram assincronicamente os países no mundo a partir da década de 1970 têm gerado transformações na gestão pública e amplas repercussões nos ordenamentos jurídicos em direção ao Direito Consensual, tornando as estruturas da Administração Pública suscetíveis a diferentes graus de mudanças de um padrão rígido (*fix*) para um padrão mais flexível (*flex*).

* Delegada da Polícia Civil do Estado de Roraima, especialista em Direito Penal e Processo Penal e mestre em Desenvolvimento Regional da Amazônia pela Universidade Federal de Roraima (UFRR). E-mail para contato: candidasenhoras@gmail.com.

** Professor da Universidade Federal de Roraima (UFRR). Especialista, mestre, doutor e pós-doutor em Ciências Jurídicas. E-mail para contato: eloisenhoras@gmail.com. Outros trabalhos do autor podem ser encontrados em www.eloisenhoras.com.

É em um contexto de mudanças de um padrão de Administração Burocrática, fundamentado em uma dinâmica processual de funcionamento, em direção a um padrão de Administração Gerencial, motivado por um sistema de metas e resultados com base no princípio da eficiência (SENHORAS; SENHORAS, 2018), que surgem vagarosamente incrementais instrumentos de consensuais de discussão e negociação na máquina pública e no próprio ordenamento jurídico, repercutindo positivamente de modo complementar aos instrumentos de controle e sanção na esfera jurisdicional já existentes.

A emergência de um campo do Direito Consensual reflete, portanto, um novo marco epistêmico reflexivo às transformações materiais e simbólicas na sociedade nos últimas décadas, no qual estão presentes novos marcos conceituais de fundamentação do contrato social que define o Estado e das relações entre os sujeitos jurídicos a partir das premissas menores de consentimento e aceitação até se chegar ao processo finalístico de consensualidade e ao fenômeno da consensualização.

Consentimento é aceitação; consenso é aceitação recíproca pelas partes envolvidas ou o acordo sobre um determinado objeto que interessa a mais de um sujeito; a consensualidade, por sua vez, representa o grau de consenso na gestão pública e a consensualização, finalmente, o movimento de busca de consenso e de promoção da consensualidade por novas técnicas administrativas (MARRARA, 2014, p. 40).

Embora a intensificação da consensualidade na Administração Pública seja retardatária no Brasil em comparação a países pioneiros, ela tem emergido vagarosamente por meio de uma escassa literatura produzida desde a década de 2000, bem como por meio instrumentos difusos em experiências práticas nem sempre generalizadas no ordenamento jurídico brasileiro que ainda possui uma natureza relativamente conservadora e rígida.

Observa-se que a emergência de um campo de “Direito Consensual” é ainda truncada no Brasil à medida que segundo análise de dados primários registrados na plataforma aberta *Google Scholar* existem apenas 58 textos publicados no período entre 1988 e 2018 (SENHORAS; SENHORAS, 2019a), bem como apenas 3 grupos de pesquisa que explicitamente trabalham com a temática no país segundo o *Diretório de Grupos de Pesquisa do Currículo Lattes* (SENHORAS; SENHORAS, 2019b).

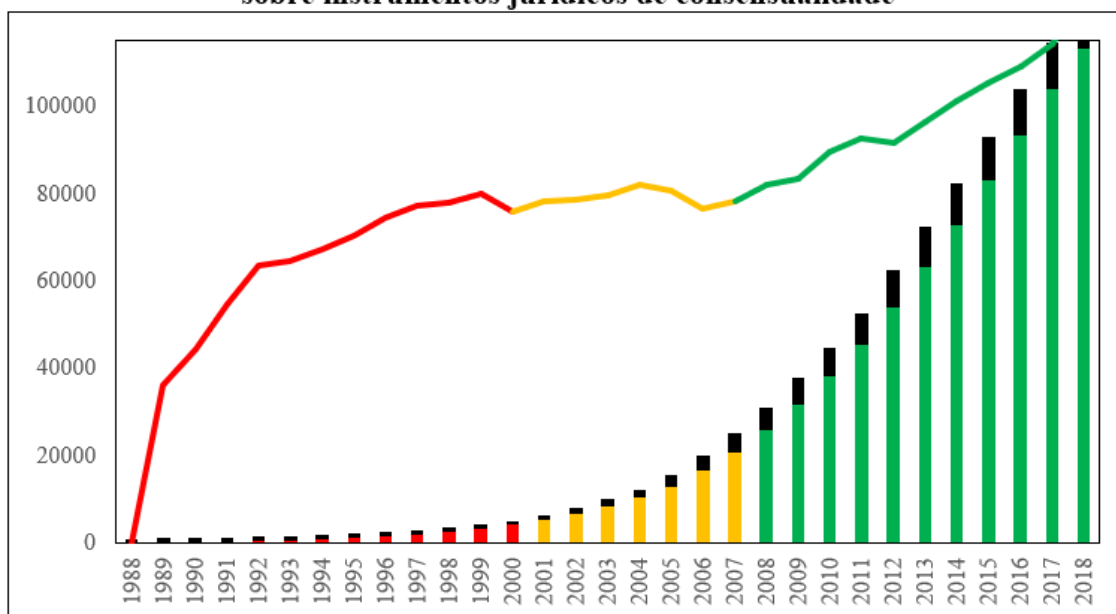
Aas discussões sobre Direito Consensual começaram a ser discutidas no Brasil como reflexo tardio do desenvolvimento teórico da consensualidade em países de tradição jurídica de *Common Law* e em países europeus de regime jurídico *Civil Law*, por meio de recortes seletivos em relação à doutrina consolidada sobre consensualidade majoritariamente no Direito Administrativo Italiano e em menor medida no Direito Administrativo Espanhol na década de 1980 (PALMA, 2010).

Conforme se pode observar no gráfico 1, os debates sobre os instrumentos de consensualidade no Direito se tornaram plenamente consolidados no mesmo período de 3 décadas, por meio de uma

doutrina jurídica com autorreferenciamento dos pares, os quais registraram um total de 113.019 publicações científicas entre os anos de 1988 e 2018.

Embora o campo do Direito Consensual seja emergente internacionalmente, no Brasil ainda encontra-se incipiente e em pleno momento de expansão reflexiva, sendo construído de forma segmentada (MARQUES NETO; FREITAS, 2018), por meio da consolidação de uma doutrina sobre os principais instrumentos ou institutos jurídicos de consensualidade, os quais são em boa medida reflexivos à própria materialização de vários atos normativos no país nas últimas décadas.

Gráfico 1 – Evolução das publicações sobre instrumentos jurídicos de consensualidade



Fonte: Elaboração própria. Base de dados: *Google Scholar* (SENHORAS; SENHORAS, 2019).

Mais além da pluralidade de marcos normativos que versam sobre institutos de consensualidade na Administração Pública brasileira desde a década de 1990, as alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942) oriundas de nova redação nos artigos 26 e 27 pela Lei Federal n. 13.655 (BRASIL, 2018) consolidam uma genérica normatização de controle consensual no Direito Brasileiro com repercussões na máquina pública, por meio de mecanismos bilaterais de diálogo e negociação entre as partes.

No campo do Direito Administrativo, o uso de diferentes instrumentos de consensualidade está fundamentado segundo Moreira Neto (2003) em um sistema de classificação tripartite, com apenas 3 critérios finalísticos (promoção do interesse público, realização do interesse público e recuperação do interesse público) com correspondentes institutos específicos de consensualidade (institutos de função decisória, executiva e resolutive).

O uso de 3 quadros segmentados por diferentes institutos de consensualidade por parte da Administração Pública obedece a uma lógica circular de melhorias contínuas ao longo do tempo entre as suas funções estratégicas, respectivamente de planejamento (função decisória) e execução (função executiva) vis-à-vis acompanhamento e controle (função resolutiva), identificadas pelo acrônimo em língua inglesa PDCA (SENHORAS; SENHORAS, 2018).

Em um primeiro plano, os *institutos de consensualidade de função decisória* eclodem em um contexto de redemocratização no país em que a supremacia do interesse público adquire relevância estratégica, sendo identificados, tanto, em situações participativas a diferentes atores da sociedade em que a decisão consensual é determinante à Administração Pública, quanto, em momentos em casos em que a decisão consensual é apenas recepcionada de forma voluntária pela Administração Pública (quadro 1).

Quadro 1 – Mecanismos de consensualidade na decisão na Administração Pública brasileira

Decisão consensual		
Determinante	Audiência Pública	Instrumento da democracia participativa à disposição dos órgãos públicos para a promoção de um diálogo direto com a sociedade, visando alternativas para a solução de demandas de interesse público, onde caberá à lei definir entre uma ou outra ou optar por uma solução compósita.
	Plebiscito	Instrumento de consulta popular prévia visando a confirmação ou rejeição da edição de ato administrativo ou legislativo, onde o povo é convocado antes da edição de tais atos, participando assim, de decisões importantes para o país tanto no âmbito administrativo quanto no legislativo.
	Referendo	Instrumento de consulta popular visando a confirmação ou rejeição de ato administrativo, lei, projeto de lei ou emenda constitucional, onde o povo é convocado posteriormente à edição de tais atos, para ratificá-los ou não, participando assim, diretamente na administração do Estado.
	Cogestão	Modelo de gestão participativa com a administração compartilhada a qual inclui o pensar e o fazer coletivo, baseada em uma diretriz ético política, com a participação de trabalhadores em decisões cotidianas e a participação da sociedade civil em decisões políticas, como meio de exercer o controle social.
	Delegação atípica	É uma técnica de descentralização social onde não há transferência de funções, mas simplesmente o reconhecimento, sob determinadas situações, de efeitos de interesse público dos atos praticados pelas entidades privadas. São atos de colaboração praticados por entidades privadas.
Recepcionada	Coleta de Opinião	Instrumento de participação popular o qual permite à Administração Pública utilizar-se dos meios de comunicação em geral para recolher dados e informações em forma de tendências, preferências e de razões, dos segmentos sociais interessados na decisão a ser tomada pelo Estado.
	Debate Público	Instrumento de participação popular onde a participação dos interessados é mais intensa, permitindo à Administração não apenas conhecer as tendências, preferências e razões dos interessados e sim abrir uma instância de negociação onde todas as partes podem expressar suas opiniões.
	Audiência Pública	Instituto consensual onde a participação dos interessados na decisão se caracteriza por estar submetida a maior formalidade processual podendo servir tanto a uma atuação coadjuvante como a uma atuação determinante por parte de interessados regularmente habilitados à participação.
	Assessoria Externa	Instrumento de participação popular a qual será proporcionada por um ou mais representantes das categorias de interesses que poderão ser atingidos pela decisão. Os assessores externos deverão ser nomeados entre pessoas estranhas aos quadros da entidade pública a ser assessorada.

Fonte: Elaboração própria. Baseada em: Moreira Neto (2003); Mazzilli (2003); Pereira (2016) e Marrara (2017).

De um lado, os principais institutos de consensualidade de função decisória determinantes à própria vontade da Administração Pública são identificados pelo uso de audiência pública, plebiscito, referendo, cogestão e delegação atípica, os quais são instrumentos que criam uma vinculação direta da decisão administrativa final em relação ao conteúdo adotado no processo.

De outro lado, os institutos de consensualidade de função decisória recepcionadas voluntariamente pela vontade da Administração Pública indicam que esta escuta aos particulares e negocia com eles as melhores soluções, se reservando em última instância pela decisão com autonomia e sem necessária vinculação a entendimentos externos, com base na adoção de instrumentos como coleta de opinião, debate público, audiência pública e assessoria externa.

O uso de diferentes mecanismos de consensualidade na recepção ou na determinação da vontade da Administração Pública na decisão administrativa demonstram que o Direito Consensual conforma um novo modelo de emponderamento democrático à medida que rompe a lógica de atos imperativos e unilaterais por meio de uma lógica consensual fundamentada na absorção dos interesses de diferentes *stakeholders*.

Em um segundo plano, os *institutos de consensualidade executiva* na Administração Pública passam a adquirir crescente destaque no Brasil em um contexto democrático e liberal de reforma administrativa do Estado na década de 1990, quando a contratualização se torna um fenômeno central para a Administração Pública Gerencial desenvolver suas competências dentro de um quadro de otimização da eficiência administrativa (OLIVEIRA, 2005).

Para a ação administrativa em especial, o consenso pode ser adotado não apenas pela via contratual, como tradicionalmente se tem feito, mas pela via do acordo não contratual, ainda incipientemente utilizado no Brasil, pois quase que restrito às duas modalidades mais familiares, a dos convênios e a dos consórcios. Contratos e acordos, ambas modalidades da figura jurídica do pacto, diferem entre si por várias características, mas aqui interessa sublinhar a que se apoia na natureza das prestações colimadas, pois é nesta que se pode apreciar a diferença entre comutatividade e integração. Com efeito, enquanto as prestações contratuais são recíprocas, voltadas cada uma delas ao atendimento de interesses distintos dos contratantes, as prestações dos acordos são integrativas, voltadas ao atendimento de interesses comuns (MOREIRA NETO, p. 145).

No âmbito da consensualidade executiva, a Administração Pública brasileira se abriu para a sociedade civil quando passou a celebrar novos arranjos institucionais a partir da Reforma Administrativa Gerencialista (1995-1998) em nível federal e de modo mais sistemático a partir de uma série de marcos normativas de natureza consensual nas ações executivas em prol de uma pluralidade de alianças, acordos e contratos de parceria com organizações sociais, o setor privado e o próprio setor público (quadro 2).

Quadro 2 – Mecanismos de consensualidade executiva na Administração Pública brasileira

<i>Contratos Administrativos de Parceria</i>	Modalidade contratual com uma parceria entre o Poder Público e os entes da sociedade em torno de empreendimentos de substrato econômico ou de outras modalidades, sendo de caráter precário, objetivando conciliar o interesse econômico individual com o interesse público.
<i>Acordos Administrativos de Coordenação</i>	Modalidade onde associados por vínculos não-contratuais buscam coordenar suas atividades de interesse privado com as atividades administrativas de interesse público, onde tal relação poderá do mesmo modo ser extinta a qualquer tempo, enquanto durar o interesse das partes associadas.

Fonte: Elaboração própria. Baseada em: Moreira Neto (2003); Mazzilli (2003); Pereira (2016) e Marrara (2017).

Entre os principais mecanismos consensualidade executiva estimulados pela Administração Pública desde a década de 1990 estão os acordos, convênios, contratos de parceria e de *joint-ventures*, contratos de prestação de serviços intra e extragovernamentais, por meio de concessão comum ou de parcerias público-privadas ou ainda de concessão de uso de bem público, permissão de serviço público, arrendamento, termos de fomento e colaboração, franquia pública, venda de contrato de risco ou de bilheteria pública.

Estes institutos executivos de Direito Consensual fomentados pela Administração Pública brasileira apresentam vantagens e desvantagens em relação ao padrão discricionário, imperativo e unilateral no processo administrativo tradicional não obstante venham para ficar, de modo a serem crescentemente utilizados na função executiva frente à crescentes demanda por democratização e abertura da máquina pública *vis-à-vis* aos estruturais e cíclicos problemas de oferta ligados à paralisia fiscal e burocrática.

Em um terceiro plano, os institutos de consensualidade na solução de conflitos na Administração Pública brasileira começam a se estruturar com base em um portfólio diferenciado de mecanismos relativamente flexíveis (quadro 3), os quais objetivam dirimir lides sem incorrer em um tradicional e oneroso uso de processos jurisdicionais que possam se desenrolar no tempo gerando altos custos econômicos e temporais.

Conforme Moreira Neto (2003), a magnitude da multiplicação de conflitos entre os sujeitos públicos e privados repercutiu ao longo do tempo em uma impressionante avalanche de processos judiciais contra Administração Pública naqueles países fundamentados no Estado Democrático de Direito, razão pela qual surgiu uma pluralidade de distintos mecanismos de consensualidade na resolução de conflito.

A consolidação dos mecanismos de consensualidade na solução de conflitos na Administração Pública brasileira pode ser visualizada por meio de dois grandes flancos de instrumentalização célere e pragmática, tanto, fora da dinâmica jurisdicional (institutos consensuais de ajustamento de conduta,

gestão, compromisso de cessação, mediação e arbitragem), quanto, dentro da dinâmica jurisdicional (institutos de conciliação, leniência e delação premiada).

Quadro 3 – Mecanismos de consensualidade na solução de conflitos na Administração Pública brasileira

Solução consensual de conflitos	
<i>Termo de Ajustamento de Conduta</i>	Instituto legal o qual permite aos órgãos públicos legitimados à ação civil pública ou coletiva a tomarem do causador de danos a interesses difusos e coletivos o compromisso de ajustar sua conduta às exigências da lei, sob pena de cominações a serem ajustadas. Constitui título executivo extrajudicial.
<i>Termo de Ajustamento de Gestão</i>	Também conhecido como Termo de Compromisso de Gestão, trata-se de um instituto jurídico administrativo celebrado entre o Tribunal de Contas e os seus controlados. É um acordo de vontades entre tais partes, onde diante da inobservância de princípios constitucionais e legais acordam metas a serem alcançadas e o seu descumprimento resulta na aplicação de penalidades.
<i>Compromisso de Cessação</i>	Este instituto consensual representa um acordo administrativo submetido a um regime jurídico especial, sendo substitutivo de atividades restritivas e repressivas, esse inserindo no âmbito de atividades administrativas restritivas de direitos ou interesses de qualquer natureza, baseadas ou no poder de polícia ou no poder disciplinar.
<i>Mediação</i>	A mediação é um instrumento consensual de resolução de conflitos que acontece fora da alçada do Poder Judiciário em que dois ou mais atores recorrem a um mediador findando intermediar um acordo satisfatório mínimo entre as partes. A natureza deste instituto consensual é que a mediação do conflito seja realizada de modo profundo e com ampla discussão. O mediador não possui poder decisório.
<i>Arbitragem</i>	É um instituto consensual de resolução de conflitos no qual as partes elegem uma terceira parte para arbitrar controvérsias apresentadas pelas partes sem receber qualquer interferência do Estado. Os conflitos são arbitrados pontualmente conforme forem levados pelas partes ao conhecimento do órgão arbitral. O árbitro tem poder decisório, sendo escolhido em comum acordo entre os litigantes.
<i>Conciliação</i>	Este instituto consensual trata os conflitos de modo pontual, sendo exercido no sob o controle do Poder Judiciário, antes ou durante processo jurisdicional. Em função da conciliação ser realizada normalmente em apenas uma sessão, possui uma temporalidade menor que a mediação e arbitragem. A conciliação é exercida por juiz da causa ou por um conciliador indicado por ele orientado, embora não possua poder decisório.
<i>Acordo de leniência</i>	Representa um ajuste firmado entre Pessoa Jurídica e o Estado, no qual a primeira parte assume ter praticado, em conjunto ou individualmente, qualquer dos atos descritos como lesivos à Administração, em conluio com um ou mais agentes públicos, objetivando abrandar as penalidades administrativas instituídas na Lei Anticorrupção.
<i>Acordo de delação premiada</i>	É um acordo firmado entre qualquer Pessoa Física e o Estado em que a primeira parte assume ter praticado atos criminosos inseridos no conceito de Organização Criminosa e a partir da entrega da atividade dos demais membros criminosos permite ao Estado reduzir a pena do delator que entregar os comparsas.

Fonte: Elaboração própria. Baseada em: Moreira Neto (2003); Mazzilli (2003); Pereira (2016) e Marrara (2017).

O crescente número de novos instrumentos de consensualidade na solução de conflitos utilizados por parte da Administração Pública no Brasil demonstra um sentido de mudança da máquina pública frente à tradicional letargia judicial e com altos custos que busca na replicação de

experiências internacionais já consolidadas aumentar a eficiência e o pragmatismo gerencial no país por meio de meios alternativos e flexíveis.

Com base nas discussões ora apresentadas sobre os mecanismos de consensualidade na decisão, execução e solução de conflitos na Administração Pública brasileira, fundamentadas na lógica gerencialista de melhoria contínua do ciclo de PDCA, observou-se que a despeito de não existir um consolidado campo de estudos sobre Direito Consensual no país, existe uma substantiva materialização de institutos de consensualidade e de marcos doutrinários no assunto.

Conclui-se fundamentando-se nos resultados ora apresentados que a redemocratização e seus impactos na conformação de uma agenda mais transparente e participativa, conciliada à difusão de vetores neoliberais na Reforma Administrativa e em marcos normativos enraizados pela lógica gerencialista e contratualista, trouxeram sementes do Direito Consensual que germinaram no país e gradativamente começam a marcar presença na Administração Pública frente à expansão de novos institutos de consensualidade.

Referências

- BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro, 1942*. Rio de Janeiro: Governo Federal, 1942. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 30/05/2019.
- BRASIL. *Lei Federal n. 13.655, de 25 de abril, 2018*. Brasília: Planalto, 2018. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30/05/2019.
- FERRAZ, L. “LINDB consagra controle consensual da administração pública”. *Revista Consultor Jurídico*, 07 de junho, 2018. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em 30/05/2019.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003
- MARQUES NETO, F. A.; FREITAS, R. V. “A Lei 13.655/2018 e os novos paradigmas para os acordos substitutivos”. *Revista Consultor Jurídico*, 11 de maio, 2018.
- MARRARA, T. “Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados”. *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 4, n. 1, 2017.
- MAZZILLI, H. N. “Notas sobre o compromisso de ajustamento de conduta”. *Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Direito, água e vida*, vol. 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.
- MOREIRA NETO, D. F. “Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa”. *Revista de Direito Administrativo*, n. 231, janeiro-março, 2003.
- OLIVEIRA, G. H. J. *O contrato de gestão na Administração Pública brasileira* (Tese de Doutorado em Direito). São Paulo: USP, 2005.
- PALMA, J. B. *Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador* (Dissertação de Mestrado em Direito). São Paulo: USP, 2010.
- PEREIRA, V. A. E. K. M. “Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)”. *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*, ano 5, n. 9, 2016.
- SENHORAS, C. A. B. M.; SENHORAS, E. M. “Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos no Brasil”. *Revista Síntese Direito Administrativo*, n. 146, fevereiro, 2018.

SENHORAS, E. M.; SOUZA CRUZ, A. R. A. “Controle jurisdicional e judicialização das políticas públicas”. *Revista Síntese Direito Administrativo*, vol. 104, 2014.

SENHORAS, E. M.; SENHORAS, C. A. B. M. “Debates sobre o combate ao nepotismo na Administração Pública brasileira”. *Boletim Governet de Recursos Humanos*, n. 159, julho, 2018.

SENHORAS, E. M.; SENHORAS; C. A. B. M. *Pesquisa sobre instrumentos jurídicos de consensualidade na Plataforma Google Scholar (1988-2018)*. Boa Vista: UFRR, 2019a. Disponível em: <www.scholar.google.com.br>. Acesso em 03/06/2019.

SENHORAS, E. M.; SENHORAS; C. A. B. M. *Pesquisa sobre grupos de pesquisa sobre Direito Consensual no Diretório Grupo de Pesquisa da Plataforma Lattes*. Boa Vista: UFRR, 2019b. Disponível em: <www.dgp.cnpq.br>. Acesso em 03/06/2019.