

Felipe Herdem: O interesse público já não repele o privado

Na vigência do modelo de Estado liberal, reconheceu-se que, em determinadas situações, era necessário e útil à Administração Pública recorrer à forma contratual para realizar algumas de suas funções [1]. Entretanto, essa circunstância não permitiu, de imediato, a aceitação de uma categoria contratual no Direito Administrativo brasileiro [2]. A literatura, em especial a francesa, tratou os contratos celebrados com a Administração como atos de gestão, devendo estar submetidos ao Direito privado, concepção que



De modo que o recuo do Estado-providência e, por

consequente, a devolução à sociedade de um papel ativo na condução dos negócios públicos demandaram o desenvolvimento de novas formas de concretizações das relações administrativas, posto que *"os modelos autoritários de execução da função administrativa, centrados no ato administrativo, já não comportavam mais a integralidade do fenômeno administrativo"* [4]. Em sentido semelhante, Eduardo García de Enterría observa que o ato administrativo, embora assegure eficazmente a submissão, *"é incapaz de suscitar o entusiasmo e o desejo de colaboração"* [5].

Destarte, em uma sociedade fragmentada, não existe espaço para a crença em um único interesse público superior, fato que tornou possível a abertura para avaliação e consideração dos diversos interesses existentes, característica da complexidade da sociedade atual. Como observa Ernesto Sticchi Damiani, *"o interesse público já não repele o privado"* [6].

Parcela da literatura trabalha a consensualidade administrativa como uma alternativa à imperatividade e à unilateralidade [7]. Costuma-se realizar um paralelo também com um incremento da participação, eficiência e transparência administrativa.



Tratando sobre o desenvolvimento do fenômeno consensual no Direito Administrativo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto parte de uma reconstrução de uma visão menos autoritária, menos arrogante e mais humana, e por isso mais próxima, mais eficiente e socialmente controlada. Diretamente influenciado por Paolo Grossi, o autor é parte de uma premissa social e ética e trabalha com os conceitos da supremacia da identidade, da integridade e da liberdade. Adota-se uma premissa de que a Justiça é um valor capital, tendo a sua origem na sociedade, não devendo, portanto, ser monopolizada pelo Estado [8]. Sobre o tema, o autor destaca a afirmação (após a Segunda Guerra) de quatro vetores principiológicos: os direitos fundamentais, a subsidiariedade, a participação e a Constituição como ordem de valores que influenciaram diretamente a abertura do fenômeno consensual [9].

Assim, para o autor em referência, os direitos fundamentais exerceram um papel determinante na promoção do reequilíbrio das relações entre Estado e sociedade, a subsidiariedade como fator fundamental para uma redistribuição dos papéis do indivíduo, dos grupos sociais e das instituições políticas em um processo contínuo de desmonopolização do poder, o aumento da participação da sociedade nas relações estatais, principalmente como fonte legitimadora desta última e a contribuição da Constituição como ordem de valores e estrutura jurídica das novas relações entre sociedade e Estado [10].

Por conseguinte, a consensualidade deve ser vista como uma *técnica de gestão administrativa* [11]. Nesse sentido, Juliana Bonacorsi Palma reforça que *"a consensualidade consiste em uma técnica de gestão cujo instrumento de formalização corresponde ao acordo administrativo"* [12] e conclui que *"o acordo administrativo consiste em um dos meios para satisfação das finalidades públicas que a Administração tem ao seu dispor"* [13].

Fenômeno muito trabalhado pela doutrina e associado como um efeito positivo do consensualismo é o incremento da participação administrativa, em especial em relação a abertura procedimental, que torna o processo mais harmônico e eficiente, já que permite que o interesse público dialogue com a satisfação de outros interesses privados envolvidos. Outra contribuição da consensualidade usualmente apontada é a transparência das atividades administrativas, uma vez que é *"preferível, por óbvio, que os interesses privados associados à Administração Pública sejam devidamente identificados em um acordo formal do que, como ocorre por vezes, acertados em prévias negociações de bastidores"* [14].

Por fim, a legitimação também é outra consequência, já que o consenso, por sua vez, supostamente garante a autoridade que nele busca o seu fundamento, colaborando para a construção de uma nova legitimação da Administração Pública. Também aliada à legitimidade, pode-se destacar a estabilidade das relações administrativas, tendo como consequência uma maior segurança jurídica.

[1] BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 31.



[2] Id.

[3] Id.

[4] Id.

[5] ENTERRIA, Eduardo García de; RODRÍGUEZ, Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo. vol. I.* 14ª ed. Madrid: Civitas, 2008, p. 662.

[6] DAMIANI, Ernesto Sticchi. *Attività Amministrativa Consensuale e Accordi di Programma.* Milano: Giuffrè, 1992.

[7] Neste sentido ver BAPTISTA, Patrícia. Op. cit. p.263 e PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e Acordo na Administração Pública.* São Paulo: Malheiros, 2015. p. 39

[8] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização.* Belo Horizonte: Fórum, 2011. (Capítulo 3-2º e 3º Ensaíos).

[9] Id.

[10] Ibid. p. 320-324.

[11] BAPTISTA, Patrícia. Op. cit. p. 273.

[12] PALMA, Juliana Bonacorsi. Op. cit. p.112.

[13] Id.

[14] BAPTISTA, Patrícia. Op. cit. p. 273.

Date Created

04/06/2020