

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER

EDUARDO RAMOS CARON TESSEROLLI

O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO MECANISMO DE CONSENSUALIDADE

CURITIBA
2018

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER

EDUARDO RAMOS CARON TESSEROLLI

O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO MECANISMO DE CONSENSUALIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional UNINTER, na Linha de Pesquisa “Jurisdição e Processo na Contemporaneidade”, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini

CURITIBA
2018

“o acto administrativo é apenas uma fotografia instantânea que representa relações em movimento” (Otto Bachof)

Dedico este trabalho para Deus, que foi quem me deu a Kelly, a Ceci e o Franzinho.
Vocês são o estímulo para viver a vida!

AGRADECIMENTOS

Cursar o mestrado sempre foi um desejo. E este é o fato que culmina o fim do curso: a defesa da dissertação de mestrado. Minha caminhada até aqui foi longa; corri longas distâncias “com os pés descalços”. Chego ao final realizando grande esforço e me sentindo como a suíça Gabrielle Andersen ao concluir a prova de maratona dos Jogos Olímpicos de 1984 (“Olimpíadas de Los Angeles”). A caminhada foi longa (desde 2009!), mas cheguei ao final. E só consegui porque braços fortes me suportaram.

Primeiramente, agradeço a Deus, nosso Pai; a Jesus, nosso Mestre; a Maria, nossa Mãe; ao meu mentor espiritual e aos meus guias por me mostrarem O caminho – do amor e da caridade.

Amada Kelly Cristina Ferreira Tesserolli: conseguimos! Obrigado por ser meu par nessa dança... Agradeço aos nossos filhos, Ana Cecília e Francisco, frutos do nosso amor e, ao mesmo tempo, fontes inesgotáveis para o nosso amor.

Querido Prof. Pós-doutor Alexandre Coutinho Pagliarini: sou grato a Deus por ter me oferecido um amigo, um guru, um grande Mestre do Direito para me liderar no nosso mestrado e na vida. Conte sempre comigo!

Querido Prof. Pós-doutor Daniel Ferreira: você é o responsável pelo início desta pesquisa. Graças a tua amizade e à convivência desde os tempos de UNICURITIBA é que me vi crescer como estudante de Direito Administrativo. Sempre está presente nos momentos importantes da minha vida. Tem minha admiração e minha sincera amizade!

Ao meu amigo-irmão, Prof. Dr. Thiago Lima Breus: um amigo pra todas as horas, um irmão por escolha, um interlocutor atento e muito qualificado, eminente professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo da UFPR, o meu agradecimento pela amizade e pela contribuição neste trabalho, por meio das leituras e críticas. Claro, todas as falhas e todos os erros são responsabilidade minha.

Aos professores, colegas e funcionários do UNINTER com quem tive a felicidade de conviver, o meu muito obrigado!

SUMÁRIO

RESUMO.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – A CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	14
1.1 A <i>democracia administrativa participativa brasileira</i>	15
1.2 A importância da constitucionalização do Direito Administrativo para a conformação da <i>democracia administrativa participativa brasileira</i>	21
1.3 Consenso, consensualização e consensualidade: diferenciações.....	26
1.4 O paradigma legitimidade e a consensualidade como pressuposto de validade do ato administrativo.....	30
1.5 Mecanismos de consensualidade da administração pública.....	34
1.6 Considerações finais: a <i>consensualidade</i> como pressuposto de validade da <i>democracia administrativa participativa brasileira</i>	45
CAPÍTULO 2 – ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DINÂMICA E CONSENSUALISMO.....	48
2.1 Algumas características do Contencioso Administrativo francês.....	50
2.2 Fundamentos da criação do contencioso administrativo francês.....	52
2.3 Duplo aspecto da jurisdição administrativa francesa.....	54
2.4 Evolução da jurisdição administrativa francesa.....	55
2.5 Notas sobre a jurisdição administrativa brasileira.....	57
2.6 O valor do processo administrativo.....	62
2.7 Do ato ao processo: mudança de centro.....	66
2.8 A processualidade como pressuposto de validade da <i>democracia administrativa participativa brasileira</i>	70
2.9 Considerações parciais – processualidade como requisito da atividade administrativa.....	80
CONCLUSÕES.....	84
REFERÊNCIAS.....	88

RESUMO

Caracterizando-se como estudo de Direito Comparado, esta dissertação analisa e compara o contencioso administrativo da França com a jurisdição administrativa no Brasil, segundo as características de cada modelo, concluindo-se pela inexistência de um contencioso administrativo brasileiro, nos moldes do francês, mas pela existência de uma jurisdição administrativa brasileira, especialmente caracterizada pela (i) unidade de jurisdição, (ii) pela especialização da Justiça Federal quando está envolvida a União e (iii) pelo exercício da função administrativa, pelo Poder Executivo, por intermédio de processos administrativos legitimadores das decisões administrativas. *Par contre*, o modelo de jurisdição administrativa francês permite afirmar, basicamente, que (i) há órgãos com poderes jurisdicionais inseridos na estrutura do Poder Executivo, (ii) as decisões proferidas por tais órgãos são definitivas, e (iii) as competências dos juízes administrativos são restritas. A partir desses elementos, afirma-se que há um “contencioso administrativo” na França em razão da existência de órgão no Poder Executivo com poder jurisdicional (administrativo). Opostamente, o sistema de unidade jurisdicional brasileiro, influenciado pela pureza do princípio da separação dos Poderes (Montesquieu, 1968), não permitiu a criação de órgãos com poderes de jurisdição administrativa (definitiva) no seio do Poder Executivo. Mas, em razão de as fontes formais do direito administrativo permitirem a autotutela (autocontrole, controle interno em sentido amplo), construiu-se um sistema de controle dos atos administrativos em sede de processo administrativo, por meio do qual se produz uma nova decisão sobre a juridicidade do ato questionado. Essa decisão é um novo ato administrativo, o qual poderá rejeitar o ato impugnado, extinguindo-o e editando-se outro em seu lugar, ou reconhecer a juridicidade do mesmo, mantendo-o no mundo jurídico. Portanto, pode-se afirmar que há processo no âmbito da Administração Pública, diante do entendimento do “procedimento” como legitimador de decisões administrativas. O agir administrativo é processualizado em face da garantia fundamental do devido processo legal preceituada no art. 5º, inciso XXXV, da CR/1988. Em face desse dispositivo, cabe o reconhecimento por parte do Direito sobre a necessidade de diálogo para a legitimação do processo de tomada de decisão do Estado. A França possui uma jurisdição administrativa não togada que exclui a interferência do Poder Judiciário francês. No Brasil, toda e qualquer questão administrativa pode ser discutida perante o Poder Judiciário, com as ressalvas referentes ao não controle judicial de todo ato discricionário. Os direitos fundamentais são garantidos em ambas as tradições, de formas distintas.

ABSTRACT

Characterizing itself as a Comparative Law study, this dissertation analyzes and compares the administrative litigation of France with the administrative jurisdiction in Brazil, according to the characteristics of each model, concluded by the inexistence of a brazilian administrative justice, just as the french one, but by the existence of a brazilian administrative jurisdiction, especially characterized by (i) the jurisdiction's unit, (ii) the specialization of the Federal Judiciary and (iii) the exercise of the administrative function by the Executive Branch, through administrative processes that legitimize administrative decisions. On the other hand, the french administrative jurisdiction model basically states that (i) there are bodies with jurisdictional powers within the structure of the Executive Branch, (ii) the decisions rendered by such bodies are final, and (iii) the powers of the administrative judges are restricted. From these elements, it is stated that there is an "administrative litigation" in France because of the existence of a body in the Executive Branch with jurisdictional (administrative) power. On the other hand, the system of brazilian jurisdictional unity, influenced by the purity of the principle of separation of powers (Montesquieu, 1968), did not allow the creation of organs with (definitive) powers of administrative jurisdiction within the Executive Branch. However, because the formal sources of administrative law allow for self-control (self-control, internal control in the broad sense), a system of control of administrative acts was built in an administrative process, through which is taken a new decision on the legality of the questioned act. This decision is a new administrative act, which may reject the contested act, extinguishing it and editing another in its place, or recognize the legality it, keeping it in the legal world. Therefore, it can be affirmed that there is process in the scope of the Public Administration, before the understanding of the "procedure" as a legitimate of administrative decisions. The administrative action is processed due to the fundamental guarantee of the due legal process established in art. 5th, inc. XXXV, CR/1988. In view of this mechanism, the law recognizes the need for dialogue to legitimize the State decision-making process. France has unfettered administrative jurisdiction which excludes interference by the French judiciary. In Brazil, any and all administrative matters can be discussed before the Judiciary, with the provisos regarding non-judicial control of any discretionary act. Fundamental rights are guaranteed in both traditions, in different ways.

I. INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho são a consensualidade e a processualidade da atividade administrativa no Brasil como requisitos de validade da atividade administrativa.

No primeiro capítulo, exploramos o tema da consensualidade, sua complexidade e sua origem. Na primeira seção, tratamos da democracia participativa e seu aspecto particular a partir do exercício da função administrativa. A partir da lição de Jacqueline Morand-Deviller (2017) e do artigo 1º, da Constituição da República de 1988, definimos que vivemos a *democracia participativa administrativa brasileira*. Na segunda seção, analisamos o impacto da *constitucionalização do Direito Administrativo* sobre a atividade administrativa. Na terceira seção, diferenciamos os significados das expressões consenso, consensualização e consensualidade e determinamos os significados adotados neste trabalho. Na quarta seção, tratamos da legitimidade como novo paradigma do Direito Administrativo e sua relação com a consensualidade. Na quinta seção, exploramos alguns mecanismos de consensualidade.

No segundo capítulo, tratamos do contencioso administrativo e suas características (seção um), os fundamentos de sua criação (seção dois). Tratamos do aspecto da jurisdição administrativa francesa – o contencioso administrativo (seção três). Na quarta seção, tratamos da sua evolução e na quinta seção das notas características da jurisdição administrativa brasileira. Nas seções sexta, sétima e oitava, versamos sobre a inexistência de contencioso administrativo no Brasil; sobre a especialização da justiça que se chama “jurisdição administrativa brasileira” e sobre o processo administrativo como marca de uma administração pública consensual, e de uma processualidade administrativa.

Desenvolver qualquer estudo de direito comparado requer, antes disso, que se aguice a percepção de que não se vive mais no Estado hegeliano ou naquele de Montesquieu. A internacionalização (boa ou ruim) dos espaços cosmopolitanos e a própria União Europeia são exemplos de novas ordens que não são necessariamente estatais. Fora esses internacionalismos, não há que se duvidar que os Estados nacionais de Hegel e de Montesquieu foram ultrapassados, há muito. Por exemplo, do mesmo modo que, a partir de uma ideologia puramente liberal, afirma-se que “quanto menos Estado, melhor”. Por outro lado, se se guarda em mente que, em países menos providos de riquezas, o Estado ainda se faz maciçamente presente – e

se torna um ente promotor de desenvolvimento (intervencionismo na ordem econômica) –, então pensar-se-á e visualizar-se-á um Estado provedor (interventor). É sobre isso que dispõe SADDY (2016-c, p. 15-116), percucientemente, no inteiro capítulo I de seu livro ao final indicado.

No Brasil, prevalece a ideia de que a jurisdição é exercida unicamente pelo Poder Judiciário, que age como agente pacificador da sociedade. Significa isso que “(...) a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, nos termos do preceito inserto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República de 1988. Mais do que uma teoria, afirma-se que a jurisdição (togada) brasileira é una e indivisível, cabendo ao Judiciário proferir a última palavra sobre dado litígio, e sobre esta “última palavra” produzirá efeitos a coisa julgada (*res iudicata*). Diz-se, então, que a decisão judicial transitada em julgado não pode mais ser impugnável – em tese.

Sobre este dogma, parece de grande utilidade o estudo das competências administrativas conferidas aos agentes públicos para produzir atos, resolver questões atinentes à boa administração pública, teleologicamente destinadas à concretização de direitos fundamentais (PAGLIARINI: 2014, p. 33), em comparação com aquelas estipuladas pelo regime do “contencioso administrativo”¹ francês, o qual está estruturado fundamentalmente numa dualidade jurisdicional em que (entre os gauleses!) há a figura do “juiz-judicial” e outra do “juiz-administrativo”. Ao juiz-administrativo cabe a apreciação de litígios de administrados em face da Administração Pública. Por sua vez, ao juiz-judicial cabe, apenas, os litígios versados em matéria civil e criminal. Isso significa, mais ou menos, que um juiz-judicial francês faz – mais ou menos – o que um juiz-judicial brasileiro fazia no século XIX.²

¹ O uso da expressão contencioso administrativo neste texto considera a importante advertência de Romeu Felipe Bacellar Filho (2009, p. 60), escorado em Marcello Caetano (2003, p. 388), que se preocupa com a conotação absolutista do termo, carregada de conotação histórica: “Propositadamente evitamos, quanto possível, empregar a expressão *contencioso-administrativo*. É que, como em várias ocasiões temos frisado, pesa sobre ela uma carga emocional influenciada por factores históricos e preocupações políticas determinante de um preconceito existente em muitos países contra o que se julga ser a subtração autoritária dos actos da Administração ao conhecimento dos juízes ordinários. Ora, é necessário desprender o conceito de contencioso administrativo das suas origens históricas em França e trata-lo à luz dos princípios gerais de Direito *sine ira ac studio*” (CAETANO: 2003, p. 388).

² Francisco Rezek ensina isso expressamente em suas palestras, quando relata uma conversa sua com o ex-Premiê espanhol Felipe Gonzales, que, amigo do insigne jurista brasileiro, indagou-lhe “como é que pode um juiz brasileiro se meter até na vida política de uma presidente da República eleita pelo povo (?)”, no que Rezek lhe respondeu que, no Brasil toda questão é jurisdicionável perante o Judiciário togado, absolutamente toda questão! Esta palestra de Rezek ocorreu na Assembleia Legislativa do Estado do Paraná no dia 12 de agosto de 2016 e foi testemunhada pelos autores deste artigo e por inúmeras autoridades e estudantes. Acessível in: <https://www.youtube.com/watch?v=UcxEg3JNV04>

Caracterizadamente, este pretende ser um estudo comparado entre a jurisdição administrativa francesa e a jurisdição administrativa brasileira, principalmente sob os aspectos da competência para atuação dos agentes destinatários da norma de competência. O tema é analisado no Brasil com certa parcimônia. Tem-se a impressão de que a unidade de jurisdição acachapou o estudo da jurisdição administrativa. Mas não. Há espaço e demanda para o estudo da temática.

Basta uma breve leitura do art. 109, da Constituição da República de 1988, para perceber que foi criada uma jurisdição administrativa na Justiça Federal para processar e julgar causas em que a União, autarquia, sociedade de economia mista, empresa pública, fundação forem autoras, rés, assistentes ou oponentes; entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município; aquelas ações fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, e algumas outras previstas no referido dispositivo, apenas como exemplo. Há, ainda, a previsão constitucional da garantia do contraditório e da ampla defesa em processo administrativo (art. 5º, inc. LIV e LV, da CR/1988). Isto pode indicar a existência de uma jurisdição administrativa no Brasil.

Quer-se saber se o estudo comparado entre a jurisdição administrativa francesa e a jurisdição brasileira permite apontar a existência de um contencioso administrativo³ no Brasil? Esta pergunta deverá ser respondida por meio deste artigo. O modelo francês confere à dicotomia público-privado especial força distintiva, conduzindo ao apartamento entre direito público e privado em sentido subjetivo, considerando públicos aqueles litígios que envolvem o Estado. Uma crítica deve ser desenvolvida a partir da concepção do Direito Privado Administrativo⁴, aquele que

³ Entendido, aqui, em sentido formal, como “órgão ou conjunto de órgãos competentes para exercer jurisdição, com ou sem definitividade em suas decisões, em hipóteses de ameaça ou lesão de direitos subjetivos pela Administração” (MOREIRA NETO: 1977, p. 70).

⁴ Segundo Maria João Estorninho, “a especificidade deste Direito Privado Administrativo está no facto de a entidade administrativa não gozar plenamente da autonomia privada negocial, estando antes sujeita a algumas vinculações jurídico-públicas” (ESTORNINHO: 2009, p. 122). A teoria de Estorninho cuida de analisar a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais, pois “o risco de serem lesados os direitos fundamentais, por parte da Administração Pública, é especialmente grande e é, sem dúvida, maior do que por parte do Parlamento ou da Jurisprudência”. E explica o substrato desta afirmação: “A razão para este facto não estará no facto de a Administração ser ‘menos fiel’ à Constituição, mas no maior número de decisões a tomar e em menor espaço de tempo” (ESTORNINHO: 2009, p. 224). Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em obra por si coordenada dedicada ao tema, ensina que: “(...), o regime jurídico privado (ou direito privado administrativo), com as peculiaridades decorrentes do direito administrativo derogatório do direito comum, é aplicável nas quatro matérias que constituem, basicamente, o objeto do direito administrativo: na Administração Pública como *sujeito*, na Administração Pública como *atividade* (função administrativa do Estado), nas

considera essencial ao Estado Pós-Moderno a intrínseca relação entre direito público e privado, superando-se a ideia de poder extroverso do Estado como marca primordial de um regime jurídico administrativo e, conseqüentemente, de outra concepção de derrogação do chamado direito comum. O objetivo é realizar os interesses do cidadão previstos na Constituição em sentido material, promovendo igualdade – na concepção da *Melhoria de Pareto* (DOMINGUES: 2011, p. 39-47).

relações jurídicas de que é parte e nos *bens* que integram o seu patrimônio”. Em seguida, a autora estabelece o ciclo evolutivo da relação entre direito administrativo e direito civil, apontando o estágio atual: “Se quisermos resumir, *grosso modo*, a influência do direito civil sobre o direito administrativo, pode-se partir de uma primeira fase, do primado do direito civil, para uma fase de publicização do direito civil e, agora, para uma fase de duplo movimento: de um lado, a privatização do direito público, em decorrência da busca mais intensa de institutos do direito privado (chamada, por alguns, de *fuga para o direito privado*); de outro lado, a chamada constitucionalização do direito administrativo” (DI PIETRO: 2013, p. 7).

CAPÍTULO 1 – A CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

A Constituição da República de 1988 estabelece em seu art. 1º, *caput*, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Essa previsão acarreta em considerável transformação do papel do brasileiro, nato e naturalizado, perante o Estado e a coletividade. Antes, o cidadão brasileiro não era considerado sujeito de direitos fundamentais; era tratado como se fosse um “súdito” do Estado, um administrado.⁵ Desde 1988, o brasileiro nato e naturalizado, para além de serem cidadãos, são pessoas humanas que devem ser tratadas com dignidade. E isso tudo se extrai do art. 1º da Constituição da República de 1988.⁶

Por isso, importante estabelecermos como premissa a qual modelo de sociedade se refere a Constituição da República de 1988, segundo a sistematização de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1995). Segundo o autor, a coletividade mundial se molda pelo modelo de “sociedade do conhecimento”, diante da “explosão do **conhecimento**” (MOREIRA NETO, 1995, p. 30). Destaca, ainda, que o conhecimento “sobressai, assim, ao lado dos clássicos fatores de produção – terra, capital e trabalho – que, embora sobreexistentes, deixaram de ser decisivos”. Por isso, o conhecimento passou a condicionar os demais fatores de produção, pois de nada adiantaria a existência desses sem o conhecimento para torna-los produtivos (MOREIRA NETO, 1995, p. 31).

Ao demonstrar a metodologia do trabalho desenvolvido em **Sociedade, Estado e Administração Pública**, Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta organograma (MOREIRA NETO, 1995, p. 29) estruturante das vinte e oito tendências

⁵ Odete Medauar (2003, p. 220) faz a distinção entre administrado e cidadão com base em Delperée: “Quanto ao termo *administrado*, este recebe críticas por subentender passividade ou sujeição do indivíduo ao poder administrativo (...); o termo *cidadão* pode dar a entender que se trata somente daquele que detém direito de votar e ser votado, o que significaria restritividade de sentido; esse não é o sentido atribuído ao termo *cidadão* nas obras supracitadas; com este termo, se quer designar a pessoa considerada portadora de direitos perante o poder público, não o súdito submisso e subordinado, sem possibilidade de nada pleitear”.

⁶ “Pode-se dizer, assim, que há entre direitos fundamentais e democracia uma relação de *interdependência* ou *reciprocidade*. Da conjugação desses dois elementos é que surge o Estado democrático de direito, estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas *sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana*” (BINENBOJM, 2008, p. 50-51).

estudadas no livro. As tendências que nos interessam são as seguintes: “sociedade do conhecimento”, que se subdivide em “sociedade pluralista” e “sociedade global”; a “sociedade pluralista” divide-se em “sociedade participativa” e “sociedade competitiva”; por sua vez, a sociedade pluralista transformou o Estado em um “Estado Democrático Participativo”, “Pluriclasse”, “Imparcial”; e, por se esperar “imparcialidade nas decisões do Poder Público”, em “Estado de justiça”; e, o “estado Governável”, em contraposição ao mau governo. Nesse tocante, as tendências decorrentes desses modelos de Estado são a “participação administrativa”, impessoalidade administrativa, “moralidade administrativa”, “desestatização”, “descentralização”, “uniformização administrativa”, “processualização administrativa”, “principiologia administrativa”, “discricionariedade técnica” e “controle intermédio administrativo”. (MOREIRA NETO, 1995, p. 24-28). Jacqueline Morand-Deville (2017, p. 72) acentua importância tendência para mutação do Direito Administrativo: a *democracia participativa*, “também conhecida como *democracia deliberativa*”, consequente da transformação dos “administrados” em “cidadãos” plenos de direitos. Essas tendências orientam a atuação administrativa e estão incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro. Não se trata de inovação, mas de reconhecimento da importância dessas tendências para a consensualização da atividade administrativa processualizada, tema objeto desta dissertação. Adverte-se ao leitor que essas tendências estão incorporadas no discurso “fio-condutor” deste trabalho acadêmico.

1.1 A *democracia administrativa participativa brasileira*

A democracia foi pensada como uma forma de governo dos interesses da sociedade organizada, exatamente como um passo evolutivo adiante de um regime autocrático (BINENBOJM, 2008, p. 50). Gustavo Binjenbojm (2008, p. 50) ensina que a democracia se conforma em um “projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que sejam não apenas os destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado”.

Vitor Rhein Schirato (2010, p. 10) denota a influência do segundo pós-Guerra para a participação cidadã:

Com a consolidação da democracia em diversos dos países ocidentais a partir do segundo pós-guerra, a realidade é profundamente alterada. Diversas são as afirmações de direitos fundamentais dos cidadãos contra os Estados, desde direitos basilares como a vida, a liberdade e a propriedade, até complexos direitos sociais. O cidadão agiganta-se em face do Estado, passando a ser detentor de direitos e credor de resultados específicos. Não há mais a possibilidade de imposição unilateral de decisões em todos os casos, sem processo prévio de diálogo. Passa a haver garantias aos administrados de participação e interação das decisões públicas.

A nosso ver, todo esse processo acima está intimamente ligado à consolidação do Estado de direito e da democracia, na medida em que o conceito de ambos é diametralmente oposto à imposição de decisões, à unilateralidade e ao autoritarismo ilimitado. Valores democráticos passam a exigir que o Estado não somente produza resultados conforme à lei, mas que siga o caminho legalmente disciplinado para produzir tais resultados, de forma concertada com aqueles direta e indiretamente interessados no conteúdo do ato a ser exarado.

Num sistema político democrático nasce, vive, floresce uma sociedade pluralista e no seu seio é que o “conflito de classe é multiplicado por uma miríade de conflitos menores corporativos”; “os interesses contrapostos são múltiplos” e se torna impossível satisfazer aos dois simultaneamente. (BOBBIO, 2013, p. 94). Em outra obra, Norberto Bobbio exorta a criação constitucional dos direitos fundamentais como suposto da democracia e pressuposto da solução pacífica de conflitos:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo (BOBBIO, 2004a, p. 1).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1995, p. 33) adotou a caracterização de Arthur F. Bentley para afirmar que a **sociedade pluralista** se origina na “existência de grupos de interesses comuns a um conjunto de indivíduos que desenvolvem uma atividade concertada para realizá-los”. Trata-se de harmonizar os interesses contrapostos dos grupos de interesse para o progresso de toda a coletividade. Dessa pluralidade

Norberto Bobbio, ao estudar a relação entre liberalismo e democracia, aponta a existência de um neoliberalismo como opositor da consolidação da democracia, como exemplo as práticas corporativistas. Desse movimento, destaca uma proposta ofertada por uma corrente de escritores que exige a limitação constitucional do poder econômico e fiscal (dentre outros) do parlamento para impedir um aumento da dívida pública com demandas sociais, respostas políticas a essas demandas. Não obstante

isso, os “neoliberais” – expressão adotada por Bobbio – defendem o entendimento da democracia como complexo de regras de um jogo que poderá ser utilizado para se atenderem os interesses corporativos já mencionados. Como forma de redução das discriminações políticas, realizou-se uma “reação democrática diante dos neoliberalistas” por meio da exigência da extensão do direito de participação na tomada de decisões coletivas para além dos parlamentos, passando-se da “democracia de equilíbrio” para a fase da “democracia de participação”. (BOBBIO, 2013, p. 96). Por isso, Jorge Miranda (2008, p. 10) conclui que “não há direitos fundamentais sem reconhecimento duma esfera própria das pessoas; não há direitos fundamentais em Estado totalitário ou, pelo menos, em totalitarismo integral”. A democracia demanda uma Constituição que estabeleça um Estado Democrático de Direito.

Sob a perspectiva da constitucionalização do Direito Administrativo, deve se considerar que a participação democrática advém de uma “projeção política da *autonomia pública e privada* dos cidadãos, alicerçada em um conjunto básico de direitos fundamentais” e é por isso que a regra da maioria, suposto da democracia, “só é moralmente justificável em um contexto no qual os membros da comunidade são capacitados como *agentes morais emancipados* e tratados com igual respeito e consideração”.⁷ O fundamento axiológico da regra da maioria se encontra no valor igualdade, o qual se reconfigurou substancial e juridicamente no princípio da isonomia; e desse princípio se origina o “princípio da maioria como técnica de deliberação coletiva”. (BINENBOJM, 2008, p. 50). Por isso, Gustavo Binjenbojm (2008, p. 50 e ss) analisa a *interdependência* entre direitos fundamentais e democracia. Segundo o autor, o Estado Democrático de Direito exsurge da união entre esses dois elementos e se estrutura como “conjunto de instituições jurídico-políticas sob o fundamento e para a finalidade” de proteção e promoção da “dignidade da pessoa humana”. Então, segundo o Binjenbojm (2008, p. 55), os direitos fundamentais são “condições democráticas” reconhecidas pela “comunidade política” como princípios. A ausência de direitos fundamentais importante em negativa à “cidadania em sentido pleno” e inexistência de “verdadeiro processo político deliberativo”.

⁷ Na mesma obra, o Gustavo Binjenbojm posiciona-se firmemente sobre a importância da liberdade moral do cidadão para a legitimidade da democracia em passagem que serve como complemento à citação *supra*: “Deste modo, uma democracia só pode ser verdadeiramente considerada o governo segundo a vontade do povo se os cidadãos são tratados como agentes morais autônomos, tratados com igual respeito e consideração” (BINENBOJM, 2008, p. 55).

Está na Constituição de 1988 a previsão de que há direito de participação do cidadão na administração popular. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1995, p. 94), o ordenamento jurídico brasileiro segue movimento juspolítico mundial por viabilizar a realização da “sociedade participativa”, expressão dominante neste milênio, segundo o autor, que está relacionada à legitimidade.⁸ Participação administrativa decorre da participação política, esta presente na atuação do Legislativo e do Judiciários, os quais contém órgãos que agem provocados; aquela, por sua vez, apresenta maior dinamismo em face de que o exercício da função administrativa comporta deveres a serem exercidos por ofício do administrador público e, por exigência constitucional, demandam a participação do cidadão na formação do consenso⁹. A participação administrativa consoma “dupla função: legitima as futuras decisões e amplia o controle de legalidade, de legitimidade e de moralidade daquelas já tomadas” (MOREIRA NETO, 1995, p. 94).¹⁰

Como se afirmou, a participação administrativa concretiza o princípio democrático. Por isso, pode-se afirmar que a participação administrativa pressupõe a democracia.

Na esteira das transformações sociais, o Direito Administrativo também experimenta profundas modificações nas relações sociais, principalmente a partir do final do século XX e princípio deste século XXI. Desde a modernidade estudada por Norberto Bobbio, passando pela pós-modernidade do Direito Administrativo estudada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto e por Marçal Justen Filho, até Jaqueline Morand-Deviller (2017, p. 72), estudiosa do Direito Administrativo globalizado, quem defende que as esse ramo do Direito passa para um estágio de envelhecimento do pós-modernismo e que já é tempo de refletir sobre o que poderá se tornar num “Pós-pós-modernismo”. As mutações do Direito Administrativo foram reunidos pela autora em cinco pontos importantes: “a proliferação das fontes do Direito Administrativo”; a “sua globalização”; a sua “constitucionalização; a regulação e o contrato; e a *democracia administrativa participativa* (MORAND-DEVILLER, 2017, p. 66).

⁸ Destaca-se que, não obstante o livro citado ter sido escrito e publicado durante a primeira metade da década de noventa, o seu autor considerou a evolução social que enfrentamos e que impactou a Assembleia Constituinte de 1987 e o produto de seu árduo trabalho: a Constituição da República de 1988.

⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p. 160) assim se posicionou sobre os significados da palavra *consenso*: “(...), no sentido psicológico, é a coincidência de sentimentos; no sentido sociológico, é a coincidência de propósitos e no sentido jurídico, que lhe confere De Plácido E Silva, é a coincidência na “manifestação de vontade”.

¹⁰ Sobre o tema, conferir, também, o livro de Gustavo Justino de Oliveira (2010, p. 20-23).

Para a autora, a constatação de que o pós-modernismo envelheceu propicia refletir sobre uma nova organização social, na qual essa transformação pós-pós-modernista propiciará uma evolução do consensualismo para um “*convivialismo*”. Nas palavras de Morand-Deville (2017, p. 72), trata-se de “um novo contrato social no qual a participação dos cidadãos – que ao se comprometerem por todos comprometem-se também por eles mesmos – será mais efetivo”. Nesse novo contrato social, a *solidariedade* é alçada a princípio legitimador das fontes do Direitos e serve de moto próprio à promoção de valores sociais em contraposição à “onipresença da ideologia de mercado”.

Não obstante sua importância, o *convivialismo* não é objeto deste estudo; mas, sim, o consensualismo, o consenso e a consensualidade. E, para essa temática, torna-se importante estabelecer que são resultados do consensualismo a transposição da ideia de “administrado” para a noção de “cidadão”, a *boa administração* e a criação de uma “democracia administrativa” por demanda do “cidadão”, que exigia – e exige – a participação direta nas decisões estatais, contribuindo para a tomada de postura de um modo ou de outro e, com isso, atuando para a conformação do ato administrativo – o qual pode ser, ou não, uma manifestação de administração pública imperativa ou consensual.¹¹ Para Jacqueline Morand-Deville, o Estado francês incorporou as demandas dos cidadãos franceses e instituiu mecanismos de “democracia administrativa participativa” para viabilizar a *boa administração* dos interesses públicos pelo Estado. Por isso, para a autora, são esses os graus da democracia participativa: a Administração transparente, a Administração dialógica e a Administração participativa (MORAND-DEVILLER, 2017, p. 72-74).

Vejam-se, topicamente, cada um dos graus: Primeiro grau: **Administração transparente**. Por isso, na França, “o *direito à transparência e à informação* dos cidadãos” foi Constitucionalizado, desde 2005, pela *Carta do Meio-Ambiente* e a Administração Pública tem o dever de ser transparente; não se trata de fornecer informação apenas quando solicitada, mas de torná-las disponíveis para quando o

¹¹ Esta passagem do *Curso de Direito Administrativo*, de Marçal Justen Filho, corrobora e complementa a afirmação de Jacqueline Morand-Deville: “É verdade que a legitimidade e a validade dos atos estatais não dependem da participação efetiva e real de cada cidadão. Mas somente haverá a legitimidade e a validade quando a disciplina jurídica não excluir essa participação. O cidadão não é um súdito, um inferior, um servo do Estado. Os governantes e os governados encontram-se em posição de igualdade, todos submetidos ao Direito, ainda que haja competência dos primeiros de tomarem decisões vinculantes para todos. A competência decisória atribuída aos agentes estatais não se funda na posição de supremacia ou superioridade deles em face dos governados, mas na soberania popular” (JUSTEN FILHO, 2016, *ebook*).

cidadão quiser acessá-las (MORAND-DEVILLER, 2017, p. 73). Segundo grau: **Administração dialógica**. Primeiro a informação; depois, o diálogo, o qual deve ser promovido por meio de uma “organização obrigatória ou facultativa de um *debate aberto aos cidadãos*”. Jacqueline Morand-Deville ensina que o amplo debate sobre a adoção da “Carta do Meio-Ambiente” e das Leis francesas Grenelle I e II, respectivamente introduzidas em 3 de agosto de 2009 e 12 de julho de 2010. Nesse debate, consagrou-se a ideia de uma *governança a cinco* – Estado, coletividades territoriais, empresas, associações e organizações não governamentais. A autora faz breve referência, ainda, a novos procedimentos de consenso: as “conferências de cidadãos” – que reúnem a população por meio de representantes e especialistas para debate de temas relevantes – e as “conferências abertas” – as quais trataram das novas tecnologias e suas retroatividades. Por exemplo: a previsão, na lei francesa de 17 de maio de 2011, de que as conferências organizadas na internet poderão ser substituídas por “consultas obrigatórias”. E desse segundo defluiu o terceiro grau: **Administração participativa**, pois é essencial criar métodos e procedimentos para garantir que as opiniões dos cidadãos sejam levadas em consideração pela Administração e para permitir o controle da apreciação das proposições populares pelos agentes públicos. Nas palavras de Jacqueline Morand-Deville (2017, p. 74), passa-se ao “grau superior da democracia participativa: o procedimento de participação”. O artigo 7 da *Carta do Meio-Ambiente*, norma constitucional francesa, criou o princípio da participação ao estabelecer o direito do cidadão participar da elaboração das decisões públicas que incidam sobre o meio-ambiente. Não obstante a perspectiva francesa da autora, sua análise, em alguma medida, desborda as fronteiras francesa e europeia. Morand-Deville (2017, p. 74) sugere que a França poderia se inspirar nas “agências especializadas, *notices and comments, facilitators* nos Estados Unidos” e nos “estudos de impacto” canadenses; ou, ainda, nos “Conselhos de sábios” da Suécia. Ao identificar que as Administrações mundiais precisam conciliar movimentos opostos – globalização e mundialização dos problemas *versus* múltiplos e dispersos centros de poder e de informação –, a autora afirma com precisão que “o Administrado, promovido a cidadão”, agora tem novos deveres: “o de se informar, o de discutir, o de questionar e o de participar”, pois a *boa administração* precisa de bons administradores e, mais ainda, de bons cidadãos. Nessa mesma linha, Gustavo Justino de Oliveira (2010, p. 20) constata que a redação do artigo 1º, *caput*, da Constituição da República de 1988 denota a configuração da

república brasileira como um *Estado Democrático de Direito* e que há um “tratamento metuculoso” à Administração Pública brasileira nos artigos 37 a 42; portanto, conclui que “teve início no Brasil a real *democratização administrativa*”, a qual se realiza por meio da *participação popular* e do *processo administrativo*.

Facilmente pode se perceber que o Brasil caminha *pari passu* com a França e com a Europa, pois há regra constitucional que estabelece a participação da comunidade e, por isso, do cidadão brasileiro nas “ações e serviços públicos de saúde” como diretriz (art. 198, III, da Constituição de 1988) e a violação dessa regra importará em instituição de despesa ao arrepio da Constituição, nula de pleno direito. Há, ainda, alguns outros exemplos: o planejamento e a execução da política agrícola (artigo 187); a participação dos trabalhadores, dos aposentados e dos empregadores na organização da seguridade social (art. 194, VII); participação da população na formulação das políticas e no controle das ações por meio de organizações representativas; “democratização dos processos decisórios com participação e controle social” erigido a princípio do Sistema Nacional de Cultura pelo § 1º do artigo 216-A.

Portanto, há métodos e procedimentos constitucionais no Brasil para se afirmar que o Estado Democrático de Direito estabeleceu, também, uma “democracia administrativa participativa”, afastando-se a impressão de que as lições de Jacqueline Morand-Deviller utilizadas neste estudo pudessem ser meros transplantes teóricos. Mas não; tratam-se de construções teóricas profundamente úteis ao desenvolvimento da *democracia administrativa participativa brasileira* criada pela Constituição de 1988.

1.2 A importância da constitucionalização do Direito Administrativo para a conformação da *democracia administrativa participativa brasileira*

Entender a Constituição brasileira de 1988 e perceber a sua influência sobre todos os ramos do Direito não demanda uma discussão ideológica, mas instaurar um diálogo entre autores constitucionalistas e dos outros ramos do direito. Principalmente, entre aqueles e os que estão inseridos no ramo específico no qual o se encontra o tema objeto de estudo. No presente caso, o Direito Administrativo.

Portanto, não obstante acreditarmos que a Constituição brasileira de 1988 tem viés social democrata, percebe-se que há fortes traços liberais que demandam a

participação ativa da iniciativa privada na satisfação de interesses públicos não estatais em clara aplicação do princípio da subsidiariedade.

Marçal Justen Filho destaca o papel da “permeabilização do Direito Administrativo pelo Direito Constitucional”. Afirma que tal fato conduz

à correspondente revisão das estruturas clássicas da disciplina. No entanto, o processo de constitucionalização do Direito Administrativo ainda se encontra em etapa inicial. Existe uma notável defasagem entre o Direito Administrativo e a evolução filosófico-jurídica do restante do direito público. A organização do aparato administrativo do Estado se modela pelas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar do século XIX. A fundamentação filosófica do Direito Administrativo ainda se reporta à clássica disputa entre Duguit e Hauriou, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. Mais do que isso, predomina a influência do pensamento de Hauriou muito mais intensamente do que a de Duguit. O conteúdo do Direito Administrativo é preenchido por institutos vinculados a concepções políticas de um período distante. Ou seja, o Direito Administrativo continua vinculado a concepções filosóficas, políticas e constitucionais que vigoravam na primeira metade do século XX. A evolução radical do constitucionalismo do final do século XX permanece ignorada pelo Direito Administrativo. O resultado é que o Direito Administrativo, nos dias atuais, exterioriza-se em concepções e institutos que refletem uma visão autoritária da relação entre o Estado e o indivíduo. A manifestação mais evidente desse descompasso reside na concepção de que o fundamento do Direito Administrativo consiste na supremacia do interesse público. Essa proposta incorpora o germe da rejeição à importância do particular, dos interesses não estatais e das organizações (JUSTEN FILHO: 2008, p. 66-67).

A transcrição do trecho desse importante estudo de Marçal Justen Filho denota que não devemos tratar a constitucionalização do Direito Administrativo como algo posto; na verdade, encontramos-nos em fase de transição entre as práticas administrativas modernistas da metade do século XX, mas criando mecanismos e instrumentos para a concretização plena do pós-modernismo, período de consolidação do respeito ao cidadão titular de direitos fundamentais.

Noutra obra, Justen Filho (2016, *ebook*) explica que a ideia de legitimação racional desenvolvida por Max Weber é a que melhor se relaciona com o Estado de Direito, sobre quem se centraliza o monopólio da violência. O Estado de Direito, então, conjuga três “postulados fundamentais”: a tripartição de poderes, a “generalização do princípio da legalidade” e a “universalidade da jurisdição”. Em síntese, mas com muita precisão, Marçal Justen Filho (2016, *ebook*) afirma que a prevalência das normas jurídicas gerais e abstratas sobre a vontade do governante decorre de um sistema hierárquico no cume do qual figura a Constituição. Segundo a ideia de *supremacia da Constituição* – e esse talvez seja um quarto postulado do Estado de Direito proposto pelo autor – existem normas hierarquicamente superiores a outras, as quais prevalecem sobre os outros atos estatais e não estatais.

Sobre o “*princípio da supremacia da Constituição*”, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p. 147) traz entendimento de que se trata de contribuição estadunidense e de que sua importância foi notada desde logo pela escola positivista do Direito, para a qual era suficiente a “subsunção formal à Constituição” para “imprimir legalidade a toda a ordem jurídica”. Mas, segundo o autor, o pós-positivismo fez notar que a supremacia da Constituição e a conseqüente concretização de uma “legalidade estrita” positivista são insuficientes. Por isso, constatou-se necessário incluir o subsídio dos “juristas vintecentistas, do princípio da *força vinculante da Constituição* que, a partir dela, imprime *legitimidade* a toda a ordem jurídica”. Portanto, este é um importante aspecto da constitucionalização do Direito Administrativo: conferir legitimidade ao ordenamento jurídico a partir da *força vinculante da Constituição*.

Virgílio Afonso da Silva, um dos estudiosos da constitucionalização do Direito no Brasil, ensina que:

“a Constituição brasileira consagra também outros direitos fundamentais que não são aqueles chamados de ‘clássicos’, ao contrário do que ocorre com a Constituição alemã, cujo catálogo de direitos fundamentais consagra essencialmente direitos de caráter liberal, ou seja, liberdades públicas. (...). Por conseguinte, qualquer extensão desse âmbito de aplicação a outros tipos de relação que não as relações indivíduo-Estado, exige uma fundamentação que não é trivial. Essa é, dentre outras, a razão pela qual a doutrina e a jurisprudência alemãs sempre deram, desde a promulgação da Constituição, em 1949, grande atenção ao problema e é por isso, também, que quase todas as teorias para reconstrução do problema forma desenvolvidas inicialmente por autores alemães, que tinham que superar dificuldades e limites do texto constitucional alemão que não estavam presentes nos outros países.” (SILVA, 2014, p. 23).¹²

Segundo Marçal Justen Filho (2016, ebook, cap. 1), o Estado de Direito, obra das revoluções francesa e inglesa, centralizou a violência para poder permitir a manutenção do poder político durante algum tempo, ou seja, temporariamente. E propõe o consenso entre os cidadãos como a “única alternativa para a existência permanente do Estado”. O consenso pressupõe a igualdade de tratamento dos indivíduos titulares de “direitos insuprimíveis”. Conseqüentemente, dessa igualdade decorre o *direito de participação igualitário* por meio de um procedimento democrático.

¹² E continua: “O caso brasileiro é, portanto, diverso, já que, além dos direitos de cunho meramente protetivos, a Constituição garante também direitos sociais e os chamados direitos dos trabalhadores. Diante disso, muitos dos problemas que deram início ao debate alemão sobre a constitucionalização do direito e os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, seja na doutrina ou na jurisprudência, não ensejam grandes controvérsias no caso brasileiro, devido a previsões expressas na Constituição. (...)” (SILVA, 2014, p. 23-24).

Justen Filho (2016) afirma que o “*Estado Democrático de Direito* é uma construção que condensa esses conceitos”. Limita o exercício de seu próprio poder e se sujeita ao procedimento (preferimos o termo “processo”) democrático, eleva a dignidade da pessoa humana à categoria de princípio jurídico e, assim, reconhece os direitos fundamentais dos cidadãos. Desse modo, considerando o postulado que corta transversalmente o seu *Curso de Direito Administrativo* é a vinculação e a sujeição das competências estatais aos direitos fundamentais, Marçal Justen Filho (2016, ebook, cap. 1) ensina que o conteúdo da função administrativa “deixa de ser um poder orientado à realização de um interesse público abstrato para tornar-se um instrumento de realização concreta dos direitos fundamentais”.

Para Alfonso García Figuerola, *constitucionalização* é “o processo e o resultado da transformação do Direito pela Constituição” (GARCÍA FIGUEROA, 2005, p. 163). Em sentido muito parecido, Marçal Justen Filho (2013, p. 102) vincula a *constitucionalização do Direito Administrativo* a sua atualização e a sua elevação ao “nível das instituições constitucionais”. Consiste, ainda, em “submeter a interpretação jurídica de todas as instituições do direito administrativo a uma compensação fundada concreta e pragmaticamente nos valores constitucionais”. Portanto, trata-se de um movimento que visa realizar uma transmutação de uma fase a outra, configurando-se como uma evolução do ordenamento jurídico.

Irene Patricia Nohara (2013) identifica que o Direito Administrativo brasileiro recebeu influência da Constituição de 1988. O Estado Democrático de Direito constitucional pós-1988 influencia o “acolhimento de uma hermenêutica que (re)valoriza a dimensão principiológica na produção normativa”. Trata-se daquilo que Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p. 148) classificou como *novo constitucionalismo* ou *nova teoria do direito*. Nohara (2013) sintetiza a precisa influência do desse *novo constitucionalismo* sobre o Direito Administrativo:

Caso se tome por pressuposto que os princípios e direitos fundamentais têm dimensão normativa, isto é, que eles também têm seu grau de cogência, surge o expediente do juízo de ponderação/razoabilidade ou proporcionalidade para verificar o grau de restrição e condicionamento das liberdades individuais aos desígnios coletivos.

A autora parece relatar uma nova hermenêutica jurídica, a qual quer vencer a regra de ouro da subsunção formal ao texto constitucional para a (re)valorização axiológica dos princípios. Diante destas transformações sumarizadas até este ponto,

pode-se perceber que a transformação do papel do administrado em cidadão, conferindo-lhe o direito de participar das decisões públicas, com destaque às decisões administrativas, são oriundas do Estado Democrático de Direito, movimento de mudança estatal que repercutiu no ordenamento jurídico brasileiro. A *constitucionalização* do Direito, sob influência do Estado Democrático, obriga a Administração Pública republicana e federativa brasileira a ouvir e incorporar no *agir* administrativo a palavra e a vontade do cidadão ver concretizados os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil, que são: a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a extinção do preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação. E isso é só o começo, porque o constituinte não pretendeu esgotar a matéria.

Não obstante serem múltiplos os *novos espaços abertos para o Direito Administrativo* – parafraseando Javier Barnes (2011, p. 34) –, este trabalho se focará na consensualidade administrativa, “como termo plurívoco” (NOHARA, 2013), e na sua configuração como uma qualidade do agir administrativo, verdadeiro requisito de validade.

1.3 Consenso, consensualização e consensualidade: diferenciações

Por ser um “termo plurívoco”, e diante de que autores como Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016), Irene Patricia Nohara (2013) e Thiago Marrara (2017; 2014) trataram do tema partindo de diferenciações terminológicas, necessário se faz abordarmos as diferenças vocabulares oferecidas pelos autores, com a finalidade de se estabelecerem quais os sentidos serão por nós adotados neste trabalho.

Para Thiago Marrara:

As técnicas de *consensualização* administrativa servem exatamente a esse fim¹³. A compreensão dessa asserção requer certas explicações terminológicas. A respeito da

¹³ Servem para “se evitar a regulação simbólica e viabilizar a regulação real, mais que definir as competências das entidades reguladoras, o legislador necessita estimular, prever ou permitir a adoção

distinção entre consensualização, consenso, consentimento e consensualidade, valho-me do quanto abordado em estudo específico sobre as transformações e tendências do direito administrativo brasileiro (MARRARA, 2017, p. 275). “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. Diante desse breve panorama, não há que se confundir *consensualidade*, como resultado, com *consensualização*, aqui correspondente a um fenômeno de intensificação da criação e do uso de mecanismos de gestão que valorizam o consentimento da sociedade ou do cidadão no processo de elaboração de decisões administrativas (MARRARA, 2014, p. 40).

Percebe-se que o trecho supracitado traz os quatro vocábulos mais utilizados pelos autores que tratam sobre *consensualidade* na *administração pública*¹⁴, segundo Marrara (2014). Não obstante a relevância da distinção trazida pelo autor, destacam-se os vocábulos *consenso*, *consensualização* e *consensualidade* como aqueles que mais repercutem e mais importam para este trabalho.

Sobre consenso: parece não haver dúvida sobre seu sentido. Para Marrara (2014, p. 40), “consenso é aceitação recíproca pelas partes envolvidas ou o acordo sobre um determinado objeto que interessa a mais de um sujeito”. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p. 160), tem três sentidos: um “sentido psicológico”, um “sentido sociológico” e um “sentido jurídico”, sendo este último o que mais nos interessa: “é a coincidência na ‘manifestação de vontade’”.

Giacomo Sani (2004, p. 240) parte do pressuposto de que o consenso nas “sociedades complexas” é incerto, pois se “a variedade dos fenômenos em relação aos quais pode ou não haver acordo” torna evidente “que um Consenso total é um tanto improvável” em “pequenas unidades sociais”, será impensável nas unidades sociais complexas. Irene Patricia Nohara (2013), mesmo que não tenha citado expressamente Giacomo Sani (2004) em seu texto, pensa de forma muito semelhante. Entende que o consenso deve ser intersubjetivo; que nem sempre resultará de uma “persuasão racional”, pois a decisão poderá ser tomada por um ou mais dos intérpretes autorizados, ocorrendo sobreposição de “visões de mundo” e, assim, pode

de mecanismos aptos a imprimir legitimidade e efetividade às suas tarefas e às políticas públicas que elas instrumentalizam”, segundo Marrara (2017, p. 275).

¹⁴ Adotaremos as definições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 125), para quem “*administração pública*”, com iniciais minúsculas, são “as atividades preponderantemente executórias, definidas por lei como funções do Estado, gerindo recursos para a realização de objetivos voltados à satisfação de interesses especificamente definidos como públicos”; e, “*Administração Pública*”, com iniciais maiúsculas, “não são designativas da *atividade*, mas do *ente* ou *órgão* que exerce a gestão estatal, na acepção subjetiva de *Estado-administrador*, ou, por vezes, de *Governo*, neste caso tomado em seu sentido mais estrito, excludente das atividades legislativas e jurisdicionais”.

não persuadir a todos; e adverte que “nem sempre a dialogicidade democrática, num contexto plural, é isenta de risco de imposição”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016. p. 160) afirma que o consenso deriva da espécie de relação denominada “cooperação”, em oposição àquela chamada antagonismo. Afirma que a cooperação possibilita:

uma coordenação de diversas expressões de poder com vistas ao atingimento de fins comuns, gerando e desenvolvendo virtudes sociais, como a *tolerância* e a *confiança*, que possibilitam a concertação de vontades e o surgimento do *consenso*, (...).

Por isso, por derivar da cooperação, o consenso deve ser entendido não como unanimidade, mas como um resultado de decisões contramajoritárias, pois o ordenamento jurídico estabeleceu os valores e a principiologia aplicável aos processos decisórios e demanda a participação de toda a sociedade – inclusive de minorias como forma de promoção da redução das desigualdades sociais. Considerando que a Constituição da República de 1988 determinou como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º) a dignidade da pessoa humana, a cidadania e o pluralismo político, e como um de seus objetivos fundamentais (art. 3º) a redução das desigualdades, pode-se afirmar que o consenso será uma das formas pós-modernas para a resolução pacífica dos conflitos; verdadeiro caminho para a emancipação moral do cidadão, para promover a sua liberdade substancial.

Sobre *consensualidade*: Thiago Marrara (2014) define consensualidade a partir do consenso, por ser um “acordo entre os membros de uma determinada unidade social em relação a princípios, valores, normas, bem como quanto aos objetivos almejados pela comunidade e aos meios para os alcançar” (SANI, 2004, P. 240). Por isso, afasta-se a exigência de unanimidade e deve-se falar em “graus de Consenso”, preocupando-se os cidadãos com questões mais relevantes e afastando-se aspectos de por menor. Portanto, pode-se relacionar que o maior ou o menor grau de consenso estará vinculado ao maior dissenso entre cidadãos; em outras palavras, quanto maior o grau de consenso menor será o dissenso. E, ao se tratar sobre “graus de Consenso” na lição de Giacomo Sani (2004), percebe-se que sua teoria repercutiu na lição de Thiago Marrara (2014). Segundo Marrara (2014, p. 40), “a consensualidade, por sua vez, representa o grau de consenso na gestão pública” e “consenso e consensualidade (como grau de consenso em sentido amplo) são meros

resultados eventuais do uso de mecanismos dialógicos. Daí resulta que” – segundo Marrara (2017, p. 276) – “consensualização é meio; consenso é consequência eventual”.

Dessa forma, diante do necessário posicionamento do cidadão frente ao sistema processual, teleologicamente dinâmico, a Administração Pública deverá considerar a consensualidade como caracterizadora de sua atividade; por isso, *processualidade*¹⁵ e *consensualidade* são marcas do agir administrativo pós-moderno. Desse modo, A sociedade poderá se organizar em dois modelos consensuais: o contratual e o convencional. Analisando-se histórica e jusfilosoficamente se pode remontar à Antiguidade (nos ensinamentos das religiões primeiras), passando-se ao Renascimento, pelas ideias de consenso social e legitimidade das instituições. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 38) leciona que:

O conceito consensual *convencional*, distintamente do conceito consensual *contratual*, parte, assim, da ideia de que a *segurança* obtida convencionalmente resulta da *presunção* de que todos se comportarão de acordo com a *expectativa* de que pelo menos uma expressiva maioria adotará esse mesmo *previsível comportamento*. É sob essa presunção que pode germinar no meio social a *confiança*, essa virtuosa situação que a doutrina contemporânea precisamente caracteriza como uma “*expectativa de reciprocidade*”.

A consensualidade presume o agir previsível, confiável. Assim:

Em suma, a *consensualidade*, posta como alternativa preferível à *imperatividade*, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional do emprego do poder (ex.: o poder de polícia) (MOREIRA NETO: 2007, p. 41).

Previsibilidade, confiabilidade, legitimidade são todas expressões que adjetivam a administração pública e a Administração, tornando viável o agir consensual como suplemento da atividade administrativa. A sociedade utiliza as duas formas consensuais: a convencional e a contratual. No entanto, importante é a observação de Marrara (2017, p. 276), para quem os modelos de administração imperativa e consensual convivem. A consensualização da administração pública não casou extinção da administração pública imperativa. Mecanismos consensuais se

¹⁵ Este tema será explorado com maior profundidade no capítulo 2.

acoplam a estratégias unilaterais e, de outro lado, medidas estatais coercitivas podem servir de incitação ao diálogo e ao acordo:

Essa conclusão básica é fundamental para evitar ilusões e idealizações a respeito da Administração consensual, bem como para evitar afirmações precipitadas, como a de que o modelo consensual sepultará a administração unilateral clássica. Na verdade, em inúmeros casos, a transformação da consensualização em consensualidade depende exatamente de alguns riscos e estímulos gerados pela existência de mecanismos de Administração unilateral (MARRARA, 2017, p. 276).

A atividade administrativa consensual pode ser de natureza contratual ou convencional, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Paulo Modesto (2010) sistematiza a tratativa sob o aspecto da autovinculação da Administração Pública. Então, a partir de uma autovinculação abrangente, o autor subdivide o tema em: (i) autovinculação unilateral concreta - doutrina dos atos próprios e (ii) autovinculação bilateral – consensualidade na função administrativa ¹⁶ . O conceito de “contratualização da atividade administrativa”, segundo o autor:

“neste contexto, indica uma diretriz política em favor da consensualidade e da composição de interesses no exercício da função administrativa. Assinala, também, não um ato, mas antes um *procedimento administrativo*, uma forma especial de realizar a função administrativa através da sucessão ordenada e encadeada de atos de fiscalização do pactuado. Por óbvio, não designa a adoção generalizada do vínculo contratual clássico no desenvolvimento da atividade de administrar a coisa pública (MODESTO, 2010, p. 15).

Nesse estudo, Paulo Modesto (2010) trata da consensualidade como sinônimo de contratualização e com alcance mais amplo do que aquele oferecido por Moreira Neto (2008). Com a devida vênia, discordamos para aderir à conceituação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008), quem trata de duas outras conceituações consensuais: a contratual e a convencional.

Sobre *consensualização*: Thiago Marrara (2014, p. 40) afirma que esse “fenômeno” (2017, p. 276) se trata de um *meio* para a consensualidade. E a consensualidade caracteriza uma transformação do Direito Administrativo e da administração pública. Thiago Marrara (2017, p. 276) ensina que a consensualização se “**espraia velozmente pelas chamadas atividades restritivas** do Estado (...)”. Dessa frase, destacamos acima, em negrito, o trecho que nos chamou atenção. Denota-se que a consensualização é da **atividade** administrativa, e não dos seus

¹⁶ Para conhecimento de toda a teoria posta pelo autor, confira-se o artigo na íntegra: Paulo Modesto (2010).

entes e órgãos. Pode-se dizer que quem está obrigado a utilizar “técnicas de *consensualização* administrativa” (MARRARA, 2017, p. 275) é o agente público, quem age em nome do Estado no exercício da função administrativa. Por isso, parece-nos mais preciso e correto para a ciência do Direito Administrativo afirmar que se trata da consensualização da administração pública, ou seja, das “atividades preponderantemente executórias, definidas por lei como funções do Estado, gerindo recursos para a realização de objetivos voltados à satisfação de interesses especificamente definidos como públicos” (MOREIRA NETO, 2009, p. 125).

Demonstradas as diferenciações entre consenso, consensualidade e consensualização e estabelecidos os sentidos dessas palavras que serão adotados neste trabalho, estamos autorizados a evoluirmos para uma das quatro propostas de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008) para transformação do Direito Administrativo que justifica a afirmação de que a consensualidade das decisões públicas é mandatória e de que o processo administrativo é o instrumento de consensualização da administração pública por excelência: a legitimidade.

1.4 O paradigma legitimidade e a consensualidade como pressuposto de validade do ato administrativo

O pressuposto deste trabalho, especialmente neste capítulo, a legitimidade se origina de “qualificações antropológicas do consenso”, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 33), como base para o lançamento de novas luzes ao debate sobre o binômio legitimidade e legalidade. Segundo o autor (MOREIRA NETO, 2008, p. 34-35, como destaques em itálico originais), as instituições têm papel preponderante para o desenvolvimento social por se tratar de um “produto nuclear de uma cultura”, verdadeiro “conceito central da *convivência em sociedade*”. A partir de “*padrões no comportamento humano*”, que se formam a partir da *imitação*; essa “reprodução intencional de um comportamento ou de alguns comportamentos anteriores”, próprios ou de terceiros, são reputados como “*respostas individuais eficientes*”. Os comportamentos considerados como eficientes – em oposição àqueles considerados ineficientes -, quando reiterados, geram *hábitos*; a partir do exemplo de funcionalidade do hábito, teremos erigido um *costume*. O *costume* poderá se tornar uma *instituição* estabilizada, desde que seja precedida de uma *convicção geral da*

utilidade em razão dos “valores que instila à convivência com o meio físico e no próprio seio do grupo social”, como a segurança.¹⁷ E conceitua:

Assim se conforma uma *cultura*, como um *complexo institucional desenvolvido em uma sociedade*: um conceito axiologicamente neutro, mas que, em termos pragmáticos, permitirá distinguir as menos eficientes em lidar com os problemas convencionais daquelas que, por desenvolver maior eficiência, tornam-se aptas a criar, por isso, uma ou mais *civilizações* no curso da História (MOREIRA NETO, 2008, p. 35).

Considerando que a instituição demanda a aceitação de um costume com uma mínima aceitação por um grupo social, pode se afirmar que esta é uma característica consensual institucional oriunda, portanto, do consenso (MOREIRA NETO, 2008, p. 36).

Induzido ou espontâneo, o consenso poderá originar “dois tipos elementares” de fundamentos para a organização social: o contratual e o convencional. O modelo contratual surgiu como “resultado de uma negociação pactuada entre homem e a divindade” na Antiguidade; da Aliança exurgida depois do dilúvio entre Jeová e o povo hebreu; a consensualidade pelo contrato se laicizou na modernidade, com o Renascimento e se intensificou com Hobbes, Locke e Rousseau, os quais se assentaram no “*consenso manifesto* das sociedades, a *legitimidade* das instituições civis” (MOREIRA NETO, 2008, p. 37). Disso tudo, derivam-se dois tipos de legitimidade originadas no consenso: a *legitimidade primária* (“fundada na aceitação substancial, passiva e espontânea, característica das convenções”) e a *legitimidade derivada* (“fundadas na aceitação formal, ativa e induzida, característica do *pacto*”) (MOREIRA NETO, 2008, p. 39).

Primariamente, portanto, as sociedades se organizavam de forma convencional, passando à *organização pactuada*, fase em que, inicialmente, as sujeições era *consensualmente aceitas* (*pactum subiectionis*) e, em segundas, sobreveio a “mera anuência” às limitações impostas. Após, passou-se à formação de associações consensuais. Segue o autor:

¹⁷ Na síntese do autor: “Em síntese: dá-se a formação de uma *cultura* quando comportamentos são *imitados* em razão de sua presumida *funcionalidade* para a satisfação de *interesses vivenciais e convencionais*, individuais ou coletivos e, com a repetição de hábitos, transformados em *costumes* gera-se a *instituição*, como um determinado *complexo comportamental estabilizado* numa sociedade, que passa a ser um *padrão regular de condutas socialmente previsíveis* de atores sociais quando postos sob determinadas circunstâncias” (MOREIRA NETO, 2008, p. 35).

Na primeira fase, a segurança se promove como uma expectativa de regularidade na sucessão causa-efeito das relações sociais, fundada na observância geral da aceitação de uma normatividade implícita nos próprios comportamentos habitualmente reiterados: é a *consuetudo* (o costume), definindo, por isso, uma *conceituação consuetudinária da legitimidade*. Na *segunda fase*, a segurança se promove com uma expectativa de regularidade na sucessão causa-efeito das relações sociais, fundada na observância geral da aceitação de uma normatividade explícita, não importando se imposta ou negociada, mas referida a um *contrato social*: é o *pactum* (o pacto), a partir do qual a supremacia da autoridade nele se institucionaliza, definido, destarte, uma *conceituação pactual da legitimidade* (MOREIRA NETO, 2008, p. 39-40).

Esta *característica ambivalente* do pacto permitiu concluir que conforma tanto uma visão contratualista como uma legalista. Desde o racionalismo (século XVIII), perpassando pela sua culminação, o positivismo, a liberdade quase foi “sepultada” pelas ideologias totalitárias que sobrevieram com base nesse último movimento (repita-se, o positivismo), na opinião de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 40).

Patrícia Baptista (2003, p. 274), por sua vez, afirma que há diferenças entre as “formas de consenso” e os contratos, fato que justifica a criação de uma categoria específica para as formas consensuais de administração pública. Por exemplo: não há obrigação de prestações de caráter patrimonial nas avenças. Por isso, segundo a autora, os acordos “representam muito mais uma técnica de administração” do que “uma forma de intercâmbio de prestações patrimoniais. Portanto, para Patrícia Baptista, contrato não é forma de consenso em sentido estrito.

Neste sentido, Irene Patricia Nohara (2013) ensina que:

A distinção mais estrutural entre os conceitos de legalidade e legitimidade foi aquela que se deu no auge do positivismo, quando o conteúdo do jurídico restringiu-se, como regra geral, à concepção de legalidade. A hermenêutica pós-positivista abriu-se axiologicamente, amparando no bojo do processo interpretativo valores cujo conteúdo significativo varia em função das características de cada caso concreto. Neste ponto, é importante advertir que a objetividade do sentido será dada, então, não por critérios lógicos ou de interpretação literal do texto normativo, mas pela busca (argumentada/dialógica) de um *consenso intersubjetivo* quanto ao significado referido à realidade, isto é, contextualizado.

Diante disso, surgiu uma terceira fase, na qual as relações sociais se fundam em um “complexo consensual seletivo”. Disso, originou-se, então, uma clivagem entre os campos dos valores da pessoa humana – no qual prevalece a legitimidade convencional – e dos “valores da organização política” – no qual prevalece a legitimidade contratual formal (MOREIRA NETO, 2008, p. 41). Sobre esta clivagem, denominada sociocultural, tomou forma “uma nova visão do constitucionalismo

contemporâneo”, a qual confere maior cadência à “legitimidade convencional substantiva”, expressada como direitos fundamentais e, paralelamente, confere maior acessibilidade para a “legitimidade contratual formal” – os “direitos organizacionais do Estado” (MOREIRA NETO, 2008, p. 37).

Portanto, a partir da funcionalização da atividade estatal, pois os “poderes” passaram a ser denominados como “deveres”, a função da atividade administrativa passa a ser a “efetiva, eficiente e legítima *realização dos direitos das pessoas*” como determinação constitucional (MOREIRA NETO, 2008, p. 45). Deste modo, as prestações estatais que se sujeitem às limitações dos direitos fundamentais serão reconhecidas como constitucionais, sob a luz da legitimidade (MOREIRA NETO, 2008, p. 46).

Irene Patricia Nohara (2013) também entende que a legitimidade é um paradigma da pós-modernidade. Afirma a autora que:

As sociedades democráticas na pós-modernidade pressupõem o respeito ao pluralismo. Trata-se de corolário da incorporação da visão multicultural, tendo sido rechaçada do universo significativo democrático a tentativa de padronização de comportamentos e de visões de mundo, desde que as variadas práxis não violem conteúdos fundamentais de direitos tutelados nos ordenamentos jurídico

A participação do cidadão para a busca do consenso é fato que demanda proteção jurídica e tutela estatal. Irene Patrícia Nohara (2013), por isso, conclui:

Portanto, a busca da consensualidade, no sentido de legitimidade da conduta de um Estado, perpassa por uma discussão pública, para que haja persuasão. Discussão pública e consenso, no sentido de maior legitimidade, não são conceitos que se resumem à adoção de uma ação acordada (consentida) com os setores interessados. Estes devem ser ouvidos, mas o consenso que se demanda de sociedades materialmente democráticas tem como questão central a preocupação com a cidadania, cujo exercício depende da construção de espaços públicos imparciais, para que haja uma discussão alicerçada no bem-estar geral.

A persuasão do cidadão, o seu convencimento de que a decisão a ser adotada é a melhor, demanda sua participação ativa, sem o quê não se poderá falar em legitimidade da atividade administrativa. Passaremos, agora, a analisar os mecanismos de consensualidade administrativa.

1.5 Mecanismos de consensualidade da administração pública

A Administração Pública enfrentou importantes mudanças de paradigmas. O binômio legalidade-legitimidade recebe luzes advindas de outros prismas cuja orientação juspolítica se origina da vinculação da atividade administrativa aos direitos fundamentais.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 36) afirma que:

(...) é a presumida *concordância geral* de que um determinado *comportamento*, seja individual ou coletivo, uma vez considerado socialmente necessário ou simplesmente útil, *deve ser imitado e reiterado em escala social*, que a torna indutora da lenta sedimentação de *instituições*, um fato que, desde logo, aponta o relevante papel de coesão social desempenhado pelo *consenso*, tanto na *origem do poder* coletivamente considerado, como na própria *natureza da organização social*, que essa qualidade aglutinante propicia.

A sociedade poderá se organizar em dois modelos: o contratual e o convencional. Analisando-se histórica e jusfilosoficamente se pode remontar à Antiguidade (nos ensinamentos das religiões primeiras), passando-se ao Renascimento, pelas ideias de consenso social e legitimidade das instituições.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 38) leciona que:

O conceito consensual *convencional*, distintamente do conceito consensual *contratual*, parte, assim, da ideia de que a *segurança* obtida convencionalmente resulta da *presunção* de que todos se comportarão de acordo com a *expectativa* de que pelo menos uma expressiva maioria adotará esse mesmo *previsível comportamento*. É sob essa presunção que pode germinar no meio social a *confiança*, essa virtuosa situação que a doutrina contemporânea precisamente caracteriza como uma “*expectativa de reciprocidade*”.

A consensualidade presume o agir previsível, confiável. Assim:

Em suma, a *consensualidade*, posta como alternativa preferível à *imperatividade*, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional do emprego do poder (ex.: o poder de polícia) (MOREIRA NETO, 2007, p. 41).¹⁸

A partir desses dados, pode-se definir uma caracterização da consensualidade subsumida às funções precípuas do Estado: consensualidade na

¹⁸ Em sentido contrário, sustentando a peculiaridade da natureza contratual do ato administrativo consensual, Alexandre Santos Aragão (2006, p. 38) sustenta: “LUCIANO PAREJO ALFONSO, em brilhante estudo fundamental na matéria, observa que a peculiaridade do ato administrativo consensual está em ser um exercício da atividade administrativa com relevância jurídica imediata da qual participam terceiros. O objeto do ato é a própria atividade administrativa, tal como configurada constitucionalmente, ou seja, consiste justamente na execução da lei e, portanto, na determinação do que seja o Direito no caso. (...) A consequência disto é a essencial aplicabilidade aqui do regime da atividade unilateral, com as modulações que impõe a referida natureza contratual do ato administrativo consensual”.

produção normativa (“regulática”); uso de meios alternativos consensuais “de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração”; e a consensualidade na resolução de conflitos. Destaque para a consensualidade na resolução de conflitos por meio de meios para composição. Thiago Marrara sistematizou os sob a denominação “mecanismos”:

Os mecanismos *procedimentais* são aqueles empregados pontualmente em certa fase dos processos administrativos no intuito de promover o diálogo entre sociedade e Estado. Exemplo disso, no âmbito de uma agência reguladora, vislumbra-se na realização de audiências e consultas públicas como técnicas preparatórias de atos decisórios de caráter normativo ou geral. Os mecanismos *orgânicos*, a seu turno, englobam os canais de diálogo permanente no âmbito de órgãos colegiados. A participação de representantes de especialistas ou de agentes econômicos em conselhos de políticas públicas ou em órgãos regulatórios exemplifica a técnica em questão. O estímulo ao consenso se dá primariamente pela garantia do direito de voz e de voto dos representantes dos diferentes grupos sociais e econômicos dentro dos centros decisórios estatais. Já os mecanismos *contratuais* são aqueles que consolidam o consenso em instrumentos formais bilaterais, como acordos de leniência, acordos em processos de licenciamento ou autorização administrativa ou compromissos de cessação ou alteração de condutas dos agentes regulados no âmbito de processos sancionadores (MARRARA, 2017, p. 276-277).

A aprovação e sanção da Lei nº 12.846/2013, alcunhada “lei anticorrupção”, traz em seu bojo a possibilidade de se celebrar “acordo de leniência” entre Administração Pública e pessoas jurídicas responsáveis por atos previstos no mesmo diploma (art. 16 e 17 da referida lei), desde que preenchidos alguns requisitos estipulados naquele diploma. Esse *acordo* pretende substituir as sanções administrativas correlatas aos atos típicos de corrupção determinados pela Lei Anticorrupção.

Nestes tempos em que atos de corrupção são investigados pela “Operação Lava Jato”, deflagrada pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, muito se leu e ouviu sobre a participação ativa de gigantes da construção civil brasileiras nos desvios praticados no âmbito das contratações pela Petrobrás.¹⁹

Este acontecimento traz oportunidade de se estudar o tema – técnicas de consensualização – sob a perspectiva da dogmática, tradicional e crítica, do Direito Administrativo, pois se extraiu da leitura de alguns artigos científicos e de livros sobre

¹⁹ Os atos ilícitos praticados por essas empresas poderão ser objeto de acordo de leniência, como já manifestaram suas opiniões o ex-Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, e o Ministro da Fazenda, Joaquim Levy. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/noticia/levy-e-lula-apoiam-proposta-de-acordo-com-empresas-da-lava-jato>. Acesso em 05 out. 2015.

a temática a importância do aprofundamento científico sobre a consensualidade do agir administrativo.

Tradicionalmente, a doutrina tradicional de Direito Administrativo (como Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Romeu Felipe Bacellar Filho, Regis Fernandes de Oliveira, Daniel Ferreira, Rafael Munhoz de Mello) sustenta que o regime jurídico administrativo se sustenta sobre duas pilstras: o princípio da supremacia de interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público; desse modo, e considerando o dever-poder de investigar a ocorrência e a prática de ilícito administrativo, a sanção não poderá ser substituída caso se constate, empiricamente, a autoria da infração e sua materialidade; por isso mesmo, a participação do particular no planejamento da contratação pública pode destoar do arcabouço jurídico nacional.

No entanto, há estudos dissonantes da corrente administrativista tradicional, a qual analisa os institutos sob a perspectiva da *consensualidade estatal*. Seu substrato confere à Administração Pública a oportunidade de uma atuação dialógica, horizontalizada em relação ao particular; oposta e preferível à *imperatividade* como se verá adiante.

Nesse sentido, a *consensualidade*, a qual tem em sua base a confiança legítima, pode servir como fundamento ao fomento, ao acordo de leniência e ao procedimento de manifestação de interesse como instrumentos legítimos de manifestação republicana para o reconhecimento da importância da participação da iniciativa privada nas escolhas públicas.

Para sistematizar a abordagem da consensualidade, serão expostos três exemplos da realidade jurídica brasileira.

O fomento é intervenção do Estado no domínio econômico de maneira direta, imediata e concreta, servindo como estímulo às “atividades privadas de interesse público” (MOREIRA NETO, 2007, p. 45).²⁰ As relações de administração surgidas em decorrência da “*técnica promocional*” são ordenadas a partir da “*adesão*” dos particulares à composição dos vínculos, “teleologicamente orientados à satisfação indireta de interesses públicos específicos”. José Roberto Pimenta Oliveira (2006, p. 516) ensina que:

²⁰ Visionário, o autor vaticina: “É inegável que o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado” (MOREIRA NETO, 2007, p. 45).

Esta dimensão dota o fomento de singularidade, em face da atividade ordenadora e da prestacional. Assim, a distinção não está no elemento finalístico comum a toda função administrativa, mas no *modus operandi*, ou seja, na técnica jurídica operativa de estruturação ou criação do vínculo jurídico-administrativo entre particular fomentado e Administração fomentadora, em vista do interesse público colimado pela lei.

Reitere-se: a atividade de fomento representa intervenção direta na ordem econômica em razão da atividade de estimulação aos particulares para exercerem atividades privadas de interesse público; mas tal atividade, como é própria de sua natureza, acarreta em satisfação indireta dos interesses públicos envolvidos, pois a atividade material é realizada pelo particular.

O fomento é “atividade estatal incentivadora, positiva e persuasiva”, no exercício da qual o Estado passa a assumir uma “postura dirigente”. O Estado, notadamente o brasileiro, têm o condão de interferir positivamente na concretização dos ideais sociais programados na Constituição Federal de 1988 e, para tanto, deve contar com a “colaboração dos particulares” para criar e executar políticas públicas. Desse modo, o fomento passa a ser compreendido como “poderoso mecanismo de apoio, promoção e auxílio das iniciativas socialmente significantes, voltadas ao desenvolvimento socioeconômico” (MELLO, 2003, p. 36).²¹

Na Argentina, o fomento pode ser utilizado para incentivar atividades exercidas por particulares ou por outros entes públicos. Roberto Dromi (2009, p. 977) incluiu tal possibilidade no conceito: “El *fomento es actividad administrativa*, que puede ejercer se *concurrentemente* por la *Nación* y las *provincias*”.

O fomento estatal é um exemplo de que a consensualidade permeia o agir administrativo (MOREIRA NETO, 2007, p. 43). Para Vasco Pereira da Silva (2003, p. 466):

Inversão radical das funções normalmente atribuídas ao acto administrativo é a que se verifica quando este – de instrumento ‘autoritário’ de aplicação do direito ao caso concreto, que se dizia ser – se transforma num mecanismo de *concertação* com os particulares, destinado a obter a sua aceitação e colaboração para o desempenho das tarefas administrativas.

Segundo o mesmo autor, a concertação da Administração com as particulares “é consequência da condenação ao fracasso da tentativa de utilização de meios autoritários nos domínios da Administração prestadora e conformadora ou infra-

²¹Aline Koladicz (2009, p. 99) acrescenta que o particular é livre para aderir mas, após isso, “obriga-se a atender todas as condições impostas, ficando inteiramente vinculado aos fins públicos pretendidos”.

estrutural” (PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 466). Jean Rivero (1981, p. 34) afirmou, em 1975, que “é evidente em todos os domínios de acção do poder a necessidade de fórmulas menos autoritárias, que façam apelos à cooperação dos particulares e não ao constrangimento”.

Trata-se da concretização do devido processo legal como instrumento de concretização da democracia, proporcionando ao particular a participação na decisão. A partir da experiência espanhola, Tomás Font y Llovet (2003, p. 365) relata que:

El procedimiento participado ha sido, precisamente, el camino a través del cual se ha ido abriendo paso la figura de la curdo entre la Administración y los particulares en el ejercicio de potestades administrativas. De la simple participación en el procedimiento se ha evolucionado hacia la Administración convencional, a la sustitución de la decisión administrativa unilateral, expresion de la sola voluntad de la Administración, por el acuerdo entre las partes.

Afirma o mesmo autor que o exercício contemporizado das potestades administrativas garante a realização da finalidade pública e a realização “del princípio de eficácia” (o qual se aproxima do nosso princípio da eficiência). Ainda, promove uma maior aceitação da decisão pelas partes e deixa de gerar conflitividade (FONT Y LLOVET, 2003, p. 365-366). Ainda, o autor aponta que, na Espanha, há previsão legal de celebração de acordos para o fim de encerrar “recursos dealzada”, novamente um momento para substituir o ato produzido em razão da potestade pública por outro “paccionado”, acordado entre as partes (FONT Y LLOVET, 2003, p. 379).

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2011) informam que, no Brasil, “há competência para a Anatel firmar acordos substitutivos com as prestadoras”, como “a assunção do compromisso de realizar investimentos que beneficiem os serviços e os interesses de âmbito coletivo que estejam envolvidos em cada caso”. Representa a escolha por uma “solução conciliatória” em face de discussão acerca da prática, ou não de conduta tipificada como infração administrativa e “do modo correto de aplicar dada norma ou cumprir dada obrigação”.

Ricardo Villas Bôas Cueva (2009, p. 283-284) informa sobre a possibilidade de ser firmado “termo de compromisso” em processo administrativo sancionador do Banco Central. Aquele instrumento está previsto na Lei Federal nº 7.347/85 após alteração trazida pelo Código de Defesa do Consumidor. O autor conceitua o compromisso de ajustamento de conduta como “um ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete”. Reúne todas as características

de uma transação (negócio jurídico bilateral), mas é dotado de coercitividade para que se tenha eficácia pretendida pela medida.

Na Lei nº 8884/94, bem como na novel lei que a revogou – Lei nº 12.529/2011 –, foi criado o Compromisso de Cessação de prática lesiva à concorrência. O art. 85, da Nova Lei do CADE (nº 12.529/2011) dispõe que o compromisso de cessação poderá ser oferecido nos processos previstos nos inc. I, II e III, do art. 48. Para fins deste estudo destaca-se o inciso III, do art. 48 (“processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica”).

Segundo esse dispositivo, poderá o Conselho Administrativo de Defesa da Economia oferecer o compromisso àquele que pratique infração administrativa punível pela autarquia, o qual visa por fim ao processo antes da aplicação da sanção correlata à conduta e cominada legalmente. Prática evidentemente consensual.

Por outro lado, não há instrumento transação ao BACEN. Os comumente utilizados são a carta de interpelação e o termo de comparecimento, ambos com força coercitiva. Por isso, não são ferramentas consensuais.

Ricardo Villas Bôas Cueva (2009, p. 283-284) aponta algumas vantagens dos instrumentos:

Primeiramente, a experiência tem provado que uma instituição financeira recebendo uma comunicação do Banco Central do Brasil raramente não satisfaz o exigido. Em segundo lugar, em havendo descumprimento do solicitado, dando origem, pois, a um Processo Administrativo, não se poderá alegar em defesa desconhecimento da proibição. E, em terceiro lugar, ainda na hipótese de instauração de processo administrativo, especialmente em se tratando de Termo de Comparecimento, desde logo poder-se-á definir quais os administradores responsáveis pela conduta delituosa.

Os instrumentos supracitados, os quais estão à disposição do BACEN para tentar evitar a instauração de processo administrativo, não são ferramentas consensuais. Os que se caracterizam substancialmente como tais são o compromisso de ajustamento de conduta e o compromisso de cessação já tratados, pois nestes há bilateralidade e estipulação de condições pelo Estado e assunção de obrigações pelo particular. Os dois configuram títulos executivos extrajudiciais e poderão ter seu cumprimento exigido judicialmente, inclusive no tocante à multa eventualmente fixada em caso de descumprimento.

Daniel Ferreira (2009, p. 333) afirma que a Administração tem o dever de instaurar a investigação do ilícito, “salvo se a **lei permitir** ou **determinar** em contrário”. Isso em atenção ao dever-poder conferido pela lei ao agente público competente de

assim proceder. Trata-se de um dever funcional e seu descumprimento por ensejar responsabilização ao agente omissor.

É dizer: *não há escolha* entre processar ou não processar, entre sancionar ou não sancionar, salvo quando a *lei* dispuser em contrário, mesmo porque é desnecessário frisar tal obviedade – a de que ato de hierarquia inferior não pode liberalizar o que o *estado de legalidade* obriga (FERREIRA, 2009, p. 336-338).

A crítica recai sobre os projetos de lei que pretendem inserir nos regimes disciplinares, por exemplo, a possibilidade de suspensão do processo disciplinar – SUSPAD, como criado pela Lei Municipal nº 9310/2006, do Município de Belo Horizonte. O SUSPAD não visa substituir a sanção (FERREIRA, 2009, p. 336-338).

Por isso, funciona como um instrumento da consensualidade.

Neste sentido, Alexandre Santos Aragão (2006, p. p. 38) afirmou:

Sustentando a possibilidade de Agência reguladora de serviço público, em acordo com a concessionária, substituir a aplicação de sanção pecuniária determinada pela lei pelo estabelecimento de novas obrigações de investimento no serviço, medida que seria mais consentânea com as finalidades legais de universalização do serviço público, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO afirma: "a unilateralidade e a exorbitância tradicionais no exercício da autoridade pública (poder extroverso) têm que dar lugar à interlocução, à mediação e à ponderação entre interesses divergentes, sem descuidar, por óbvio, da proteção da coletividade contra abusos dos agentes econômicos. De outro lado, a atividade regulatória estatal, neste novo contexto, tem que se pautar pelos interesses que lhe cumpre tutelar. (...) A finalidade da atividade regulatória estatal não é a aplicação de sanções e sim a obtenção das metas, pautas e finalidades que o Legislador elegeu como relevantes alcançar. Para atingimento destas finalidades primaciais pode lançar mão, dentre outros instrumentos, do poder de sancionar".

Estes atos de concertação administrativa tem caráter negocial. Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas (2014, p. 9) afirmam que:

Trata-se de acordo substitutivo: atos administrativos complexos, por meio dos quais a Administração Pública, pautada pelo princípio da consensualidade, flexibiliza sua conduta imperativa e celebra com o administrado um acordo, que tem por objeto substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta, primariamente exigível, por outra secundariamente negociável.

A leitura dos autores supracitados destaca que o tema não é pacífico e há a possibilidade de se sustentar a juridicidade e a antijuridicidade do acordo de leniência. Entretanto, parece tranquilo afirmar que a consensualidade tem assento constitucional; portanto, sobreleva incorreção a afirmação de que a adoção de mecanismo de consensualidade depende da criação legislativa, mas, tão somente, necessita de regulamentação, pois é norma de eficácia limitada. Nesse sentido, importante o escólio de Egon Bockmann Moreira e de Andreia Cristina Bagatin (2014):

A questão que se coloca, então, é a de se saber até que ponto a Administração Pública pode negociar o exercício do “poder de polícia” (i.e., a competência administrativa de fiscalização e aplicação de sanções). Em outras palavras, quais são os limites da (in)disponibilidade no Direito Administrativo Ordenador.

Portanto, ainda que se fale em consensualidade em matéria de acordo substitutivo de sanção administrativa, da sua importante contribuição para a dinamização da ação pública, não se podem perder de vista as limitações impostas à atividade de administração pública pelo regime jurídico administrativo.

O exemplo do acordo de leniência, previsto nos art. 16 e 17 da Lei Anticorrupção, é marcante para a demonstração de que os acordos substitutivos de sanção administrativas servem como instrumentos de defesa dos princípios da administração pública, como: legalidade, legitimidade, proibidade, dever de honestidade do gestor. Ainda, e não menos importante, serve como mecanismo de combate consensual à corrupção, e exerce controle *dialógico-repressivo* de atos ilícitos. Dialógico porque advém da consensualidade; *repressivo* por demonstrar ao infrator que novos ilícitos não serão tolerados, novos acordos estarão proibidos (num dado período) e que todos os incidentes em ilícitos saberão que aquele comportamento reprovável será punido, mais cedo ou mais tarde, numa clara postura ostensiva de combate aos desvios privados.

O terceiro exemplo a ser abordado é o da relação entre consensualidade e concorrência, com recorte especial para o PMI (Procedimento de Manifestação de Interesse), face à instauração legislativa do diálogo entre Poder Público e particular durante o planejamento da licitação.

A Constituição da República de 1988 dispõe, expressamente, sobre o princípio da concorrência em seu art. 37, inc. XXI: “serão contratados mediante processo de licitação pública que *assegure igualdade de condições a todos os concorrentes*”. Por ser uma norma imediatamente finalística, determina a “realização de um fim juridicamente relevante” (ÁVILA, 2009, p. 71), qual seja, a isonomia entre interessados em contratar com o Poder Público.

Desse modo, e de maneira simples, deve-se ter bastante claro que a licitação, procedimento prévio à (e legitimador da) contratação pública adotado pela Constituição, estrutura-se “ao influxo da finalidade cogente”(LIMA, 1987, p. 4)

constitucional regulamentada, por sua vez, pela LGL (Lei Geral de Licitações - Lei 8.666/93).

A supracitada LGL foi elaborada com o intuito de regulamentar o inc. XXI, do art. 37, da CR/88 e concretizar um arcabouço de normas gerais em matéria de contratação pública por meio de regras anticoncorrenciais (SUNDFELD, 2013, p. 16), do “*dirigismo pela licitação*” (SUNDFELD, 2013, p. 29).

Carlos Ari Sundfeld (2013, P. 28-29) precisa três movimentos presentes no processo evolutivo da concorrência no Brasil, a qual, durante o tramitar da evolução dos processos de contratação pública, foi relegada ao estado de *bola de pingue pongue*, recebendo *raquetadas* multidirecionais por parte dos *agentes econômicos* interessados em contratar com o Poder Público; são estes: o “*movimento de modernização pela licitação*”, o “*movimento do dirigismo pela licitação*” e a “*era das licitações eficientes*”.

O *movimento de modernização pela licitação* se instaurou em 1960 durante a unificação da legislação nacional em matéria de licitação, e reforçada em 1980 “com o surgimento da nova lei nacional [Decreto-lei 2300/86] e a inclusão do tema na própria Constituição”. No seio deste movimento, ocorreu o robustecimento dos órgãos de controle do Poder Público (Poder Judiciário, Ministérios Públicos, Tribunais de Contas e Controladorias). O *movimento do dirigismo pela licitação* se caracterizou pela edição de nova lei geral nacional elaborada com a colaboração do *lobby* das “*empreiteiras emergentes de obras públicas*”. Com a finalidade de controlar os ímpetus corruptivos dos agentes econômicos, os órgão de controle restringiram demasiadamente móvel do administrador público e, conseqüentemente, reduziram o espaço decisório e a capacidade de resolver os problemas da coletividade. Problemas para celebrar e gerir contratos surgiram em demasia. Por fim, a *era das licitações eficientes* se iniciou no século XXI, com a edição da Lei do Pregão (Lei 10.520/02), com a Lei do Regime Diferenciado de Contratações (Lei 12.462/2011), entre outras (SUNDFELD, 2013, p. 28-30). Essencial conhecer esses três movimentos para saber que o Brasil está em transição do segundo ao terceiro – a *era das licitações eficientes*.

O mercado de contratações públicas demanda a substancialização da concorrência; pensar e elaborar os critérios objetivos que servirão à contratação da proposta mais vantajosa para a administração pública sob a luz da regra constitucional pró-concorrência, propiciando uma saudável disputa de preços entre os concorrentes.

Para tanto, as licitações precisam ser eficientes e, conseqüentemente, necessitam de planejamento para atingir esse objetivo; planejar é princípio fundamental da Administração Federal, previsto no art. 6º, inc. I, do Decreto-lei 200/67.

Antes da divulgação do edital ao público, existe uma fase preparatória prevista na licitação. Nesta, o Poder Público planeja a execução da licitação e do contrato. Segundo Mário Saadi (2014), “Em suma, a licitação não se inicia com a divulgação do edital e tampouco o ato convocatório surge do nada. É na etapa interna que ela é estruturada. É nela em que ocorre, em verdade, o planejamento da licitação”.

Fica claro que uma licitação eficiente concretizará o princípio da concorrência; quer dizer, o planejamento do certame realizado na fase interna da licitação, principalmente, oportunizará um maior número de concorrentes, quiçá a totalidade dos interessados.

As dificuldades enfrentadas cotidianamente pelo Poder Público brasileiro, principalmente em âmbito municipal, para preparar as licitações com vistas à contratação mais vantajosa para a administração pública conduziram os estudiosos e o legislador a pensar em instrumentos, mecanismos, que propiciem a colaboração do particular detentor de conhecimento técnico especializado, em clara postura estatal dialógica, horizontalizada.

Segundo Guilherme F. Dias Reisdorfer (2015, p. 187),

A necessidade administrativa de obter subsídios mais amplos tem propiciado o surgimento de práticas pelas quais se promove, antes mesmo da concepção final do empreendimento, um diálogo prévio com o mercado sobre aspectos relacionados à futura contratação. Nesse sentido, pode-se mencionar desde a figura do *road show*, que envolve a divulgação e discussão de soluções concebidas pelo Poder Público previamente à licitação, até as técnicas que admitem e fomentam a manifestação de interesse de particulares em conceber e apresentar projetos de interesse público.

O PMI é uma criação legislativa e os autores afirmam que sua existência se extrai de interpretação do art. 21, da Lei 8.987/95, e 31, da Lei 9.074/95, ou seja, utilizável para as contratações ou permissões de serviços públicos. Desse modo, sua adoção se restringe a algumas hipóteses, mas serve como um bom exemplo da consensualidade presente no planejamento da contratação pública.

O Estado do Paraná objetivou oportunizar à iniciativa privada a prerrogativa de instaurar um procedimento administrativo para se analisar “projetos, estudos, levantamentos ou investigações que subsidiem modelagem de parceiras público-

privadas, solicitando a sua inclusão no Programa Paraná Parcerias”, nos termos da Lei Estadual 17.046/2012. O Decreto Estadual 6.823/2012, regulamentador da lei supracitada, conceitua o PMI provocado como “aquele iniciado a partir de provocação do particular interessado, iniciado mediante protocolo (...)”, em seu parágrafo único do art. 2º.

Segundo Guilherme F. Dias Reisdrofer (2015, p. 189-190), não existe qualquer impedimento à iniciativa privada apresentar projetos de interesses públicos. “Ao contrário, vivemos em um contexto que revela um “Estado ativador”, que, a partir de certas técnicas e procedimentos, busca incentivar o envolvimento da iniciativa privada com projetos de interesse público”. Com maior dedicação ao planejamento, Mário Saadi (2014) destaca que:

Há verdadeiro processo de tomada de decisão administrativa para a outorga da concessão. É nesta etapa interna da licitação que a Administração Pública realiza o seu *planejamento*. Existe, portanto, uma sequência de decisões administrativas, logicamente encadeadas entre si que vão desde a realização de todos os estudos que embasam a outorga, passando pelo lançamento do edital e, finalmente, pela adjudicação do objeto para que a concessão seja realizada.

Os estudos que embasam a concessão podem ser elaborados diretamente pelo Poder Público, por meio de seu próprio quadro de servidores, ou por meio da contratação de consultores para o desenvolvimento dos estudos que embasarão a futura licitação da concessão. Assim, o Poder Público necessita alocar *recursos escassos* para levar a cabo tanto a identificação de uma necessidade pública a ser satisfeita e a forma de sua efetiva execução.

Em qualquer das hipóteses acima, a Administração pode se ver em meio a uma série de entraves, os quais podem dificultar a realização das necessárias licitações. Apenas a título de exemplo, há que se identificar pessoal técnico especializado apto para desenvolver, diretamente, tais estudos ou, no segundo caso, será necessário existir empenhos orçamentários para a contratação de empresas ou entes especializados para carrear os projetos.

Com o objetivo de contornar essas dificuldades ou, pelo menos, minimizar os seus impactos, um instituto tem sido utilizado pelos diversos órgãos e entes públicos a fim de obter as informações relativas à viabilidade da concessão dos mais diversos empreendimentos públicos, especialmente de PPPs: o PMI.

Bernardo Strobel Guimarães (2015) também percebe a mudança paradigmática que o PMI acarreta às contratações pública ao reconhecer que:

Visando a superar esse contexto é que a legislação relativa a projetos de concessão criou regras distintas das previstas para as contratações públicas ordinárias que permitem a instituição de PMIs. *Começa-se a perceber a necessidade de criar mecanismos institucionais em que haja o diálogo entre Administração e mercado.*

Há necessidade de se combater o bom combate em defesa de políticas estatais pró-concorrenciais e, portanto, opostas ao *dirigismo pela licitação*. No Brasil,

há claras manifestações, legislativas e doutrinárias, favoráveis a ampliação do diálogo público-privado, pois tal é exigência da consensualidade constitucional. Inaceitável e reprovável o agir administrativo autoritário, aquele que quer impor ao particular todos os ônus acarretados pelas más escolhas públicas; o mesmo deve ocorrer com o vaidoso administrador público que não admite necessitar do auxílio do mercado especializado no escopo da futura contratação e, com isso, impõe igualmente os ônus de seu fracasso sobre os particulares.

1.6 Considerações finais: a *consensualidade* como pressuposto de validade da democracia administrativa participativa brasileira

Todo o raciocínio desenvolvido neste capítulo nos autoriza concluir, preliminarmente, o seguinte:

- 1) A sociedade brasileira é uma “sociedade do conhecimento”, conhecimento esse que se destaca junto com os “fatores clássicos de produção – terra, capital e trabalho.
- 2) O Estado democrático proporcionou transformações, mutações no Direito Administrativo mundial e o mesmo ocorreu com esse ramo do Direito no Brasil. A tendência mais relevante para o trabalho é a democracia participativa, verdadeiro pressuposto da atuação estatal.
- 3) Considerando que o Estado democrático vincula a Administração Pública, a atividade administrativa deve pressupor a democracia participativa.
- 4) Nossa sociedade pluralista demandou do constituinte o devido tratamento democrático da condição do indivíduo pós-moderno: a denominação “cidadão”, opondo-se à denominação “administrado”.
- 5) O cidadão deve ser capacitado como um “agente moral emancipado”, tratado com respeito e consideração.

6) O segundo pós-guerra propiciou que a demanda da sociedade pluralista por resolver os conflitos por meio do consenso fosse atendida, criando aos cidadãos direitos fundamentais – há relação de interdependência entre esses e a democracia.

7) A democracia participativa promoveu transformações no direito administrativo, pois, a partir da vontade de consenso, estabeleceu-se no Brasil, na Constituição de 1988, que a atividade administrativa deverá promover maiores – ou menores – graus de consenso, dependendo da compreensão dos temas debatidos pelos cidadãos e da maior ou menor concordância sobre qual decisão tomar. Isso é consensualidade.

8) Vivemos em tempo de um estado pós-moderno e, conseqüentemente, de um Direito Administrativo pós-moderno.

9) A Administração Pública se transformou e adotou os três graus de democracia participativa: Administração transparente, Administração dialógica e Administração participativa.

10) No Brasil, podemos afirmar que há uma *democracia administrativa participativa* propriamente *brasileira*, pois a Constituição de 1988 a criou.

11) O Direito Administrativo brasileiro passou pela constitucionalização e a concretização dos direitos fundamentais passou a ser o norte e a finalidade da atividade administrativa. Portanto, é mais um fundamento para afirmarmos que há uma *democracia administrativa participativa brasileira*.

12) Há diferença etiológica entre consenso, consensualização e consensualidade. A mais relevante expressão para este trabalho é consensualidade, a qual se explica, simplesmente, como “graus de consenso”.

13) A consensualidade, como “graus de consenso”, como qualidade da atividade administrativa, legitima-a e confere juridicidade.

14) A consensualidade não exige total acordo, mas, sim, acordo da maioria. Todos os grupos, comunidades sociais brasileiras devem poder participar do processo decisório.

15) O Estado deve proporcionar o exercício da persuasão por todos os agentes sociais.

16) Não são todos os processos decisórios que permitirão o consenso. A aplicação de sanção é um exemplo – multa por infração de trânsito.

CAPÍTULO 2 – ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DINÂMICA E CONSENSUAL

No Brasil, prevalece a ideia de que a jurisdição é exercida unicamente pelo Poder Judiciário, que age como agente pacificador da sociedade. Significa isso que “(...) a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, nos termos do preceito inserto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República de 1988. Mais do que uma teoria, afirma-se que a jurisdição (togada) brasileira é una e indivisível, cabendo ao Judiciário proferir a última palavra sobre dado litígio, e sobre esta “última palavra” produzirá efeitos a coisa julgada (*res iudicata*). Diz-se, então, que a decisão judicial transitada em julgado não pode mais ser impugnável – em tese.

Sobre este dogma, parece de grande utilidade o estudo das competências administrativas conferidas aos agentes públicos para produzir atos, resolver questões atinentes à boa administração pública, teleologicamente destinadas à concretização de direitos fundamentais (PAGLIARINI: 2014, p. 33), em comparação com aquelas estipuladas pelo regime do “contencioso administrativo”²² francês, o qual está estruturado fundamentalmente numa dualidade jurisdicional em que (entre os gauleses!) há a figura do “juiz-judicial” e outra do “juiz-administrativo”. Ao juiz-administrativo cabe a apreciação de litígios de administrados em face da Administração Pública. Por sua vez, ao juiz-judicial cabe, apenas, os litígios versados em matéria civil e criminal. Isso significa, mais ou menos, que um juiz-judicial francês faz – mais ou menos – o que um juiz-judicial brasileiro fazia no século XIX.²³

Caracterizadamente, este pretende ser um estudo comparado entre a jurisdição administrativa francesa e a jurisdição administrativa brasileira,

²² O uso da expressão contencioso administrativo neste texto considera a importante advertência de Romeu Felipe Bacellar Filho (2009, p. 60), escorado em Marcello Caetano (2003, p. 388), que se preocupa com a conotação absolutista do termo, carregada de conotação histórica: “Propositadamente evitamos, quanto possível, empregar a expressão *contencioso-administrativo*. É que, como em várias ocasiões temos frisado, pesa sobre ela uma carga emocional influenciada por factores históricos e preocupações políticas determinante de um preconceito existente em muitos países contra o que se julga ser a subtração autoritária dos actos da Administração ao conhecimento dos juízes ordinários. Ora, é necessário desprender o conceito de contencioso administrativo das suas origens históricas em França e trata-lo à luz dos princípios gerais de Direito *sine ira ac studio*” (CAETANO: 2003, p. 388).

²³ Francisco Rezek ensina isso expressamente em suas palestras, quando relata uma conversa sua com o ex-Premiê espanhol Felipe Gonzales, que, amigo do insigne jurista brasileiro, indagou-lhe “como é que pode um juiz brasileiro se meter até na vida política de uma presidente da República eleita pelo povo (?)”, no que Rezek lhe respondeu que, no Brasil toda questão é jurisdicionável perante o Judiciário togado, absolutamente toda questão! Esta palestra de Rezek ocorreu na Assembleia Legislativa do Estado do Paraná no dia 12 de agosto de 2016 e foi testemunhada pelos autores deste artigo e por inúmeras autoridades e estudantes. Acessível in: <https://www.youtube.com/watch?v=UcxEg3JNV04>

principalmente sob os aspectos da competência para atuação dos agentes destinatários da norma de competência. O tema é analisado no Brasil com certa parcimônia. Tem-se a impressão de que a unidade de jurisdição acachapou o estudo da jurisdição administrativa. Mas não. Há espaço e demanda para o estudo da temática.

Basta uma breve leitura do art. 109, da Constituição da República de 1988, para perceber que foi criada uma jurisdição administrativa na Justiça Federal para processar e julgar causas em que a União, autarquia, sociedade de economia mista, empresa pública, fundação forem autoras, rés, assistentes ou oponentes; entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município; aquelas ações fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, e algumas outras previstas no referido dispositivo, apenas como exemplo. Há, ainda, a previsão constitucional da garantia do contraditório e da ampla defesa em processo administrativo (art. 5º, inc. LIV e LV, da CR/1988). Isto pode indicar a existência de uma jurisdição administrativa no Brasil.

Quer-se saber se o estudo comparado entre a jurisdição administrativa francesa e a jurisdição brasileira permite apontar a existência de um contencioso administrativo²⁴ no Brasil? Esta pergunta deverá ser respondida por meio deste artigo. O modelo francês confere à dicotomia público-privado especial força distintiva, conduzindo ao apartamento entre direito público e privado em sentido subjetivo, considerando públicos aqueles litígios que envolvem o Estado. Uma crítica deve ser desenvolvida a partir da concepção do Direito Privado Administrativo²⁵, aquele que

²⁴ Entendido, aqui, em sentido formal, como “órgão ou conjunto de órgãos competentes para exercer jurisdição, com ou sem definitividade em suas decisões, em hipóteses de ameaça ou lesão de direitos subjetivos pela Administração” (MOREIRA NETO: 1977, p. 70).

²⁵ Segundo Maria João Estorninho, “a especificidade deste Direito Privado Administrativo está no facto de a entidade administrativa não gozar plenamente da autonomia privada negocial, estando antes sujeita a algumas vinculações jurídico-públicas” (ESTORNINHO: 2009, p. 122). A teoria de Estorninho cuida de analisar a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais, pois “o risco de serem lesados os direitos fundamentais, por parte da Administração Pública, é especialmente grande e é, sem dúvida, maior do que por parte do Parlamento ou da Jurisprudência”. E explica o substrato desta afirmação: “A razão para este facto não estará no facto de a Administração ser ‘menos fiel’ à Constituição, mas no maior número de decisões a tomar e em menor espaço de tempo” (ESTORNINHO: 2009, p. 224). Maria Sylvania Zanella Di Pietro, em obra por si coordenada dedicada ao tema, ensina que: “(...), o regime jurídico privado (ou direito privado administrativo), com as peculiaridades decorrentes do direito administrativo derogatório do direito comum, é aplicável nas quatro matérias que constituem, basicamente, o objeto do direito administrativo: na Administração Pública como *sujeito*, na Administração Pública como *atividade* (função administrativa do Estado), nas *relações jurídicas* de que é parte e nos *bens* que integram o seu património”. Em seguida, a autora estabelece o ciclo evolutivo da relação entre direito administrativo e direito civil, apontando o estágio atual: “Se quisermos resumir, *grosso modo*, a influência do direito civil sobre o direito administrativo, pode-se partir de uma primeira fase, do primado do direito civil, para uma fase de publicização do direito

considera essencial ao Estado Pós-Moderno a intrínseca relação entre direito público e privado, superando-se a ideia de poder extroverso do Estado como marca primordial de um regime jurídico administrativo e, conseqüentemente, de outra concepção de derrogação do chamado direito comum. O objetivo é realizar os interesses do cidadão previstos na Constituição em sentido material, promovendo igualdade – na concepção da *Melhoria de Pareto* (DOMINGUES: 2011, p. 39-47).

2.1 Algumas características do Contencioso Administrativo francês

O Direito Administrativo passou a ser estudado, contemporaneamente, sob o enfoque da transformação das finalidades da Administração Pública nos últimos vinte anos. Tradicionalmente, ensinava-se que o atendimento do *interesse público* pelo Estado era seu fim último; que *razões de Estado* poderiam ser motivação de qualquer decisão administrativa, ausente qualquer outro fundamento.

Com a *constitucionalização do Direito*, passou-se a estudar o Direito Administrativo à luz da Carta Magna e Política do Estado. Tornou-se fim do Estado (e da Administração Pública) a realização de direitos fundamentais, a promoção do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (conforme art. 3º e 5º da CR/88).

A Constituição de 1988 eleva o cidadão à categoria de detentor do poder e partícipe das decisões estatais. Com isso, deve-se reconhecer que a *relação de administração* se tornou dialógica, exigindo a participação da população como diretriz para organização da atividade (saúde e assistência social são exemplos); surgiu o direito constitucional de participação popular. Ouvir e atender aos anseios da sociedade é dever do Estado e da Administração Pública e, ao mesmo tempo, marca de uma postura dialógica, oposta ao autoritarismo patrimonialista superado no Brasil.

Deste modo, a democratização da atuação administrativa estatal passou a ser analisada sob a luz do direito de o cidadão intervir nas decisões, antes mesmo delas serem tomadas. Inaugurou-se a ideia de *processualidade* do agir administrativo. Esta ideia foi impulsionada por uma norma da Constituição de 1988 (art. 5º, inc. LIV e LV)

civil e, agora, para uma fase de duplo movimento: de um lado, a privatização do direito público, em decorrência da busca mais intensa de institutos do direito privado (chamada, por alguns, de *fuga para o direito privado*); de outro lado, a chamada constitucionalização do direito administrativo” (DI PIETRO: 2013, p. 7).

e pelas leis que regulamentam o processo administrativo nas esferas federal e estadual (SUNDFELD: 2012, p. 23).²⁶

O processo administrativo passou a ter valor substantivo na Constituição da República de 1988. Atualmente, poucas são as decisões tomadas sem o conhecimento prévio do cidadão, bem como sem oportunizar-se ao particular manifestar-se antecipadamente sobre o chamado “mérito administrativo” – sob o manto da legalidade (ou juridicidade, correspondente à análise da constitucionalidade do agir administrativo), legitimidade, impessoalidade, eficiência e moralidade administrativa.

São *cases* naturais deste estudo as competências jurisdicionais de órgãos do Poder Judiciário para decidir questões de direito público, as quais envolvem o Estado como parte, dos Tribunais de Contas, do Conselho Administrativo de Defesa da Economia – CADE, o julgamento das contas do Presidente da República pelo Congresso Nacional, o julgamento de processos administrativos disciplinares pelos órgãos da Administração Pública; nesta esteira, pode-se – firmemente! – afirmar que há uma jurisdição administrativa brasileira. Mas a questão é mais profunda: há um contencioso administrativo no Brasil?

O estudo da jurisdição administrativa francesa e das suas contribuições ao estudo da jurisdição brasileira se torna relevante a partir da leitura dos livros *Direito Administrativo* (1981) e *Curso de Direito Administrativo Comparado* (2004), ambos da autoria de Jean Rivero, importante publicista francês. Ainda, as importantes contribuições de Carlos Ari Sundfeld (2012) e Romeu Felipe Bacellar Filho (2009) para o estudo comparado dos sistemas também serão abordadas neste artigo.

A partir destas obras (Rivero, Sundfeld e Bacellar), percebe-se que a especialidade do sistema francês se insere na organização administrativo-jurisdicional propriamente dita, e não sobre as regras especiais de competência. Diferentemente da realidade da Constituição francesa, caso houvesse unicamente a distribuição de competências entre órgãos jurisdicionais centralizados na estrutura do Poder Judiciário francês, poderia se reconhecer uma proximidade maior com o modelo brasileiro. Deste modo, pode-se afirmar com certa margem de segurança que, sob a

²⁶ Carlos Ari Sundfeld ensina que a “ideia é que as decisões (atos administrativos) teriam sempre de ser tomadas por meio de *processos*, com direito à ampla participação dos interessados e com vários mecanismos para o controle do decidido (dever de justificar e de dar publicidade às decisões, direito de recorrer contra elas etc.)” (SUNDFELD: 2012, p. 23).

luz das regras de competência do juiz administrativo francês e do juiz brasileiro, que há pouca diferença. E esta constatação é o primeiro passo para o vencimento da barreira dogmática – talvez um verdadeiro tabu – para enfrentamento do tema sob a perspectiva de Direito Comparado.

Serão identificados pontos de intersecção entre os modelos francês e brasileiro e, a partir deles, críticas serão tecidas com o intuito de aprimorar ou de elogiar o sistema brasileiro, propiciando-se a evolução do controle da administração pública.

2.2 Fundamentos da criação do contencioso administrativo francês

A lapidar frase que inaugura o Título IV (A Jurisdição Administrativa), do livro *Direito Administrativo* (RIVERO: 1981), merece ser transcrita: “A existência de uma organização jurisdicional especializada no julgamento dos litígios administrativos separada da jurisdição ordinária é um dos traços essenciais do sistema francês” (RIVERO: 1981, p. 155).

A criação da jurisdição administrativa francesa, por exemplo, deu-se na Revolução Francesa por retomada da experiência do Antigo Regime, raciocínio este que, segundo Romeu Felipe Bacellar Filho (2009, p. 60-61), “guardava um sentido histórico inequívoco: o sentimento generalizado de desconfiança em relação ao poder Judiciário, inspirado na lembrança dos parlamentos do Antigo Regime”. Não obstante o “pecado original do contencioso administrativo”, criado com um “contencioso ‘privativo’ da Administração” (PEREIRA DA SILVA, 2003: 28) Nasceu a partir de um *princípio* interpretado sob o influxo de uma *tradição* (RIVERO: 1981, p. 157). O substrato jurídico para a estruturação deste pensamento foi uma interpretação do princípio da separação dos poderes (BACELLAR FILHO: 2009, p. 61), pois havia desconfiança sobre eventual abuso de poder por parte dos membros do Poder Judiciário ao decidir sobre atos administrativos, sob o pretexto de limitar eventuais desvios de poder por parte dos membros do Executivo. Receava-se legitimar o caminho para um governo de juízes²⁷.

²⁷ Sobre o assunto, ler “Não há governo dos juízes”, do catedrático da Sorbonne e sucessor de Kelsen (PFERSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2014).

Com efeito, na França recém-despontada do *Ancien Régime*, havia uma desconfiança enorme da magistratura, de tal sorte que se se deferisse aos juizes a competência para a resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública e os particulares, estar-se-ia a submeter a atividade administrativa, criando-se o risco de degeneração em um instrumento de usurpação e despotismo. Essa concepção radical da separação orgânico-funcional do poder político conduziu à impossibilidade de submissão do Poder Executivo e seus conflitos ao Poder Judiciário e, assim, criou-se, no âmbito da própria Administração Pública, o órgão incumbido do julgamento dos conflitos que a envolvessem. (MAIOLINO: 2012)

Jean Rivero (1981, p. 157) ensina que a jurisdição administrativa é dispensável, pois há países, como os anglo-saxões (e o modelo jurisdicional brasileiro se aproxima do anglo-saxão nesse tocante), que vivem sem; na França, “nasceu por um concurso de circunstâncias *históricas*; sobreviveu por razões práticas”. E, segundo o pensado por Montesquieu, o princípio da separação dos poderes pode fundamentar tanto a criação de órgãos no Executivo para julgar litígios envolvendo atos administrativos quanto a delegação de tal dever para o juiz comum (membro do Judiciário togado) (RIVERO: 1981, p. 157-158).

A análise do sistema de dualidade ou duplicidade de jurisdição parte, necessariamente, da compreensão diversa acerca do princípio da separação de poderes, encontrada no sistema anglo-saxão e francês, principalmente. Criaram-se, a partir daí, dois modos de controle da Administração Pública: um interno à própria organização administrativa, tipicamente francês, em que o Poder Jurisdicional é partilhado entre o Poder Judiciário e a Administração Pública, dando origem ao sistema de dualidade de jurisdição, e outro, em que o monopólio da jurisdição é conservado nas mãos do Poder Judiciário, a quem compete dirimir os conflitos de direito comum, bem como aqueles decorrentes do Direito Administrativo.

(...)

Antes da eclosão da Revolução Francesa e a derrocada do *Ancien Régime* todo o aparato administrativo prestava-se à consecução daquilo que era determinado pelo monarca, quem se beneficiava da atividade administrativa que então se desenvolvia. No entanto, a queda do antigo, e sua substituição pelo moderno, tinham como uma de suas determinantes político-ideológicas o estabelecimento de uma sociedade e, em consequência, de um Estado, que não fosse governado pelos homens, mas pelas leis, produto da razão humana segundo a filosofia iluminista e capaz, por isso, de conduzir a sociedade ao “reino das leis” segundo o bem comum. (MAIOLINO: 2012)

Jean Rivero (1981, p. 158) afirma que a opção dos homens articuladores da revolução Francesa foi a tradição. “O *Ancien Régime* conheceu tribunais especializados nas matérias administrativas (Corte dos Auxílios, Câmaras de Contas, Tribunais de Águas e Florestas)”. Preponderaram os conflitos entre os parlamentos e a administração monárquica, provocados pelo rei, preocupado em vencer as resistências impostas pelos parlamentares, julgando, *per se*, casos administrativos. Por isso, reforça-se, o fundamento para criação da jurisdição administrativa francesa e do contencioso administrativo, por sua vez, foi o princípio da separação dos poderes,

de Montesquieu. A Lei 16, de 24 de agosto de 1790, estipulou que “as funções judiciais são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas”. E, assim, os “juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar por qualquer forma e acção dos corpos administrativos, nem citar, para comparecer à sua presença, os administradores por motivos das respectivas funções” (CAETANO: 2003, p. 385). Marcello Caetano (2003, p. 386) afirma que:

Teoricamente continua a dizer-se que os tribunais administrativos e o Conselho de Estado (que, além das secções de contencioso, possui as secções consultivas) são órgãos da Administração, constituem a sua “consciência”, são “a Administração que se julga a si própria”. Na realidade eles formam uma hierarquia de tribunais de competência especializada, distinta e independente do Poder Judiciário, mas com as mesmas garantias.

Deste modo, observada a criação do sistema de controle da legalidade da atividade administrativa no seio do Poder Executivo, retirando-o do Poder Judiciário, útil analisar-se os dois aspectos da jurisdição administrativa destacados por Jean Rivero.

2.3 Duplo aspecto da jurisdição administrativa francesa

Há dois aspectos: um negativo e outro positivo, destacados por Jean Rivero (1982, p. 158-159). O negativo diz respeito à impossibilidade de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário; por outro lado, no aspecto positivo, os litígios serão apreciados por um juiz (administrativo). Antes da reforma da Constituição do ano VIII²⁸ vigia o sistema administrador-juiz, no qual o próprio administrador – “rei e, após a queda da Monarquia, os ministros ou, para outras categorias de litígios, o Directório de Departamento” (RIVERO: 1981, p. 159). Após a reforma da Constituição do ano VIII, o *Conseil d'État*, antes meramente órgão consultivo, passa a realizar a

²⁸ John Gilissen informa que a Constituição francesa do ano VIII (1799) passou a vigor em 1800 no regime napoleônico e trouxe algumas alterações à organização judiciária francesa, especificamente: (i) a separação dos poderes; (ii) os juízes passaram a ser profissionais, “nomeados vitaliciamente pelo poder executivo (ou seja, pelo Primeiro Cônsul, mais tarde, pelo Imperador)”; (iii) restabelecimento das “custas fiscais (custas, direitos de registro de sentenças, etc.) em matéria judiciária”; (iv) extinguiu a necessidade de representação processual por advogado, por receio de manutenção de benefícios do Antigo Regime (fato que mudou, posteriormente, com o restabelecimento da Ordem dos Advogados por Napoleão por meio da lei do Ventoso do ano XII – 1804); (v) audiências passaram a ser públicas e as sentenças motivadas; e (vi) extinção dos foros privilegiados, impondo igualdade formal a todos os homens, pois seriam julgados pelas mesmas cortes – mantidos os tribunais do comércio e os militares (GILISSEN: 2008, p. 494-495).

justiça delegada. Além do Conselho de Estado, foram criados os conselhos de Prefeitura ligados aos municípios (BACELLAR FILHO: 2009, p. 63).

2.4 Evolução da jurisdição administrativa francesa

Destacam-se três etapas principais da evolução da jurisdição administrativa francesa: (i) a evolução da *justiça reservada* à *justiça delegada*; (ii) segue com o “desaparecimento da jurisdição do ministro”; e (iii) culmina com a “organização da jurisdição administrativa” (RIVERO: 1981, P. 160). Prosper Weil afirma que, a partir da Lei de 24 de Maio de 1872, a qual conferiu a *justice déléguée*²⁹ ao Conselho de Estado, “a administração fica submetida ao controlo de uma verdadeira jurisdição, que decide directamente ‘em nome do povo francês’”, e complementa, ao dizer que esta lei criou, “ao mesmo tempo, um Tribunal dos Conflitos, composto por um número igual ao de membros do *Conseil d’État* e de conselheiros da *Cour de Cassation* e encarregado de decidir sobre os conflitos de competência entre as duas ordens jurisdicionais, a administrativa e a judiciária” (WEIL: 1977, p. 16).

Para o fim de explicar a primeira etapa, expõe-se que justiça reservada é aquela exercida pelo próprio soberano, cujo poder este reserva a si mesmo o poder de decidir sobre os litígios envolvendo a Administração, ao invés de delegar aos tribunais. Assim ocorria antes da reforma do ano VIII. Após a reforma da lei de 28 do Pluvioso do ano VIII,³⁰ a justiça administrativa passa a ser delegada, com restrita competência, ao Conselho de Estado, junto ao governo central, o qual emite pareceres ao soberano que poderia, ou não, acatá-los (RIVERO: 1982, p. 160). Antes da lei de 24 de Maio de 1872, o Conselho de Estado tinha recebido autoridade e seus pareceres passaram a ser vinculantes para quem os tivesse obrigação para homologar. Após, passou a decidir litígios sem necessidade de homologação (CAETANO: 2003, p. 385). Prosper Weil (1977, p. 13) afirma que o *Conseil d’État* viu-se encarregado (primeiro, pelo Primeiro Consul, e depois por vários outros Chefes de Estado que o sucederam) de preparar um projeto de solução para os litígios envolvendo a Administração. Marcello Caetano (2003, p. 385) afirma que tal fato

²⁹ Significa *justiça delegada* em português (tradução livre).

³⁰ Veja-se a lição de John Gilissen, quem afirmou que a referida reforma ocorreu em 1799, passando a vigor a partir de 1800 (GILISSEN: 2008, p. 494-495).

originou a migração da *justiça delegada* para a *jurisdição própria* do contencioso administrativo.

A segunda etapa analisa a mutação da figura do soberano de “juiz de apelação” para “juiz administrativo de direito comum” (RIVERO: 1982, p. 160). Nesta etapa da evolução da jurisdição administrativa surge a distinção entre jurisdição administrativa e Administração ativa com a edição do aresto “*Cadot*” pelo Conselho de Estado, em 13 de janeiro de 1889 (BACELLAR FILHO: 2009, p. 64).

A terceira etapa exposta por Rivero (1981, p. 161) é aquela culminada com a reforma de 1953, levada a efeito para “acelerar o curso da justiça” (RIVERO: 1981, p. 216), erigiu os tribunais de prefeitura em juiz administrativo de direito comum. Estes, segundo o autor, decidem “sempre sob reserva de apelação”, salvo algumas exceções, nas quais o Conselho de Estado atua como juiz de primeira instância nas causas enumeradas no Decreto de 30 de setembro de 1953. (RIVERO: 1981, p. 216). Romeu Felipe Bacellar Filho (2009, p. 65) informa decisão contemporânea do Conselho Constitucional da França, a qual indica, com valor constitucional, a competência da jurisdição administrativa para anulação ou reforma das decisões tomadas pelo Poder Executivo.

Não obstante sua manutenção na Constituição francesa de 1958, não subsistem mais as razões na época da criação da jurisdição administrativa francesa. A separação entre jurisdição administrativa e Administração ativa, no seio do Poder Executivo, nunca satisfizeram plenamente os críticos liberais, pois, no momento da sua criação, havia preocupação de tal separação ofender, por outro lado, o princípio da separação de poderes. Montesquieu elaborou, em sua tese, a ideia de que aquele órgão, ou agente, que executa não poderia julgar, sob pena de se propiciar condições para o abuso. Segundo os críticos, aquele que age segundo a lei, cumprindo seus misteres, não pode julgar os conflitos oriundos dos seus atos. Entretanto, neste tocante, a jurisdição administrativa demonstrou que o Executivo francês se desincumbiu da missão constitucionalmente conferida a si com sucesso.

Para além dos benefícios que justificaram sua criação, Jean Rivero aponta inconvenientes manifestos da dualidade de jurisdições. “É muitas vezes difícil saber se uma questão deve ser apresentada perante os tribunais administrativos ou ordinários” (RIVERO: 1981, p. 161). São apontadas como novas razões para manutenção da jurisdição administrativa: (i) a elaboração de um direito administrativo original e autônomo; (ii) as particularidades de um direito administrativo original

poderia apresentar dificuldades aos julgadores comuns; (iii) cientes da realidade, os juízes da administração conhecem profundamente os limites do seu controle e podem avançar com o conhecimento específico que os ensinou o limite do arbítrio; (iv) estão menos expostos a excessos de timidez ou audácias intempestivas (RIVERO: 1981, p. 162). E arremata: a existência de um direito administrativo original e autônomo que constitui a “única justificação sólida da existência da jurisdição administrativa” (RIVERO: 1981, p. 162). Para Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 33), o trabalho dos juízes administrativos, ao exercer a jurisdição administrativa, foi essencial para (i) a constatação de que o direito privado não servia para resolver os conflitos envolvendo a Administração Pública e, por isso, (ii) para a criação de “soluções originais para a Administração, em todos esses temas”.

Conclui Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 34) que:

(...) as exceções criadas pela jurisprudência administrativa (conjunto reiterado de decisões dos juízes administrativos) ao regime do Código Civil geraram figuras jurídicas como a *responsabilidade extracontratual do Estado*, o *contrato administrativo*, os *bens públicos* e as *pessoas jurídicas de direito público*.

Estes fortes argumentos expostos acima permitem afirmar que não se faz necessário a qualquer Estado do mundo adequar seu sistema jurisdicional àquele dualismo, pois, para se criar um direito administrativo autônomo e original, basta que o ordenamento jurídico atribua competências especiais a alguns órgãos da jurisdição uma para permitir que, por meio da especialização da Justiça, atinja-se este objetivo.

2.5 Notas sobre a jurisdição administrativa brasileira

No início, destacou-se a advertência de Marcello Caetano (2003) sobre a conotação autoritária da expressão “contencioso administrativo”. Neste estudo, esta fórmula vernácula será observada por mera necessidade de adequação linguístico-histórica com os textos das Constituições brasileiras de outrora. O intuito é estimular o uso da expressão “jurisdição administrativa” como consenso conceitual, pois inegável reconhecer que não existe *contencioso administrativo* no Brasil atualmente – em sentido estrito, como ocorre na França.

Ademais, as dificuldades existentes lá em face da dualidade de jurisdição são muito maiores do que as existentes aqui no Brasil, as competências da jurisdição especial exercida por órgãos da Justiça Federal – por exemplo – são estipuladas em razão das pessoas submetidas ao conflito, ao invés de se utilizar critérios materiais.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto traça três grandes períodos da história do Direito no Brasil (MOREIRA NETO: 1977, p. 16): o português, de 1500 a 1822, o imperial, de 1822 a 1889, “marcado pela constitucionalização de índole francesa”, e o republicano, de 1889 aos nossos dias, influenciado diretamente pelo constitucionalismo norte-americano.

No Brasil colônia, as autoridades consideradas como magistrados – o juiz ordinário, o juiz de fora, os corregedores e ouvidores do rei – detinham a chamada jurisdição administrativa (PERLINGEIRO; GRECO: 2009, p. 61). O regime de gestão adotado era o das Ordenações – municipalista, em razão da aplicação da legislação portuguesa.

No Brasil imperial existia a figura do Conselho de Estado, o qual exercia a competência de exercer a jurisdição administrativa. Dilvanir José da Costa (1985, p. 149) aponta que “Prestando serviço ao Poder Moderador, o Conselho de Estado era um órgão consultivo supremo para pronunciamentos sobre as nomeações de Senadores” (...). “Percebe-se, nessa primeira fase, o Conselho de Estado como órgão eminentemente consultivo, com intervenções para propiciar o equilíbrio nas relações entre os Poderes”. “Na definição determinada pela lei de 1841 foram introduzidas, pela primeira vez, as atribuições próprias do contencioso administrativo. Ao lado das funções consultivas, passa a exercer as de índole jurisdicional”. A Constituição de 1824³¹, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março daquele ano, criou quatro poderes. Destaque para o Poder Moderador, com forte caráter político, exercido pelo Imperador e auxiliado por um Conselho de Estado (PAULA: 1979, p. 274). Thiago Marrara (2014, p. 20) afirma que a “sua existência por si só revelava o reconhecimento, no Brasil, de uma distinção entre relações jurídico-administrativas e relações de direito privado em geral” e que a sua inserção no nosso sistema evidencia que o Direito Administrativo brasileiro nasceu globalizado (MARRARA, 2014, p. 26).

³¹ Apenas como notícia interessante e correlata à história da Constituição de 1824, lembre-se que o Imperador D. Pedro I foi o mesmo Rei Pedro IV, de Portugal, que outorgou a Constituição portuguesa de 1826. As duas Constituições foram promulgadas pela mesma pessoa e são muito semelhantes, inclusive.

Ensina Dilvanir José da Costa (1985, p. 150) que:

A dualidade de jurisdição (autoridades administrativas e judiciária) teve no Conselho de Estado do Império, um grande suporte. Como instituição jurisdicional manifesta-se como órgão competente para as decisões entre a administração e os particulares: “Funcionava o Conselho como jurisdição de primeira instância em relação a determinadas matérias – conflitos de atribuição e questões de presas marítimas –, cabendo-lhe, ao mesmo tempo, como última instância, decidir sobre os recursos que lhe eram impostos contra decisões de outras autoridades administrativas – Ministros de Estado, Presidentes de Províncias, autoridades fiscais; contra decisões de jurisdições especiais, com as do Tribunal do Tesouro, dos Tribunais de Comércio, parte administrativa e das Tesourarias Provinciais. Exercia, ainda, o C.E. um controle jurisdicional sobre os atos das autoridades eclesiásticas, a origem legal da famosa questão religiosa de 1872/75 (...).

Pela concisão eficiente de grande número de informações, cita-se trecho do estudo de Edylcéa Nogueira de Paula (1979, p. 274):

Este órgão foi suprimido pelo Ato Adicional de 1834 e, posteriormente, restabelecido em 1841, por D. Pedro II. No ano seguinte, fez-se a sua regulamentação através do Regimento nº 124, de 5-2-1842, concedendo-lhe a função jurisdicional em casos de conflitos negativos entre o juiz ordinário e os presidentes das Províncias, relativos a causas em que fossem apreciados atos administrativos, decidindo pela competência da jurisdição ordinária ou do autocontrole da Administração.

A Constituição de 1891 alterou a realidade da Constituição anterior, de inspiração francesa, e inaugurou o sistema de jurisdição una,³² estabelecendo competências especiais para uma Justiça Federal, que ficou incumbida de “julgar toas as ações intentadas pelos particulares contra a União e por esta contra os particulares”³³, essencialmente. Opostamente, os Estados-membros receberam a jurisdição comum e geral, para julgar ações criminais e as de Direito Privado. O juiz federal absorvera, então, o “contencioso administrativo”, antes atribuição do Conselho de Estado brasileiro de 1824. Durante a segunda fase (republicana), com a edição da Lei 221, de 20 de novembro de 1894³⁴, surge a hipótese de controle dos atos

³² Confira-se a lição de Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 647): “*L’influence française qui a marqué l’adoption de l’idée d’un État administratif n’a pas été détruite par la Constitution de la République de 1891, d’inspiration nord-américaine. Il est vrai qu’à ce moment-là, le Brésil a connu un changement de cap en direction du modèle judiciaire de justice commune à l’américaine, supprimant le Conseil d’État qui avait été emprunté au modèle français. Il a également intégré durant cette période de le présidentielisme et le fédéralisme*”.

³³ Tal regramento estava previsto no art. 60, alínea b: “Aos juizes e Tribunaes Federaes: processar e julgar: (...)b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contractos celebrados com o mesmo Governo;” (...) (BRASIL: 1891).

³⁴ Vejam-se os dispositivos específicos da Lei 221/1894 pertinentes ao estudo: “Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União. (...)§ 9º Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resolução em questão é illegal, o annullará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor.a) Consideram-se illegaes os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-ha em

administrativos por intermédio de ação judicial específica (MOREIRA NETO: 1977, p. 17). Interessante é perceber um resquício autoritário do direito administrativo oitocentista, pois a lei limitava o controle do ato discricionário ao vício de legalidade e ao excesso de poder, claramente influenciado, ainda, pelo direito administrativo do Conselho de Estado francês.

Previu a Constituição, então, o *habeas corpus* como medida hábil a combater ilegalidade e abuso de poder, não se restringindo à mera defesa da liberdade de locomoção (PAULA: 1979, p. 274; MOREIRA NETO: 1977, p. 18). No entanto, com o advento da reforma constitucional de 1926, o *habeas corpus* se restringiu à defesa da liberdade de locomoção, eclodindo o anseio por um novo remédio constitucional. Em 1934, outorgou-se nova Constituição, influenciada pela de Weimar, a qual criou o *mandado de segurança*. Após período do Estado-Novo e do advento da Constituição de 1937, restabeleceu-se a democracia representativa por intermédio da Constituição de 1946, inserindo o mandado de segurança novamente no ordenamento jurídico, o qual passou a receber regulamentação do Código de Processo Civil de 1939 e pela Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951 (MOREIRA NETO: 1977, p. 18-20). Até o advento da Constituição de 1967, alterada pela E.C. nº 1/69, nenhuma alteração legislativa relevante para o tema do “contencioso administrativo” foi realizada.

Foi com a promulgação da Emenda Constitucional 7/1977 que o “contencioso administrativo” tomou novo fôlego no cenário nacional. Sob o rótulo de Reforma do Poder Judiciário, esta promoveu as alterações inseridas nos arts. 111; 153, § 4º; 203; 204 e 205, e autorizou a criação, por lei, do contencioso administrativo, garantindo-se

razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade;b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário sómente será havida por illegal em razão da incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder.§ 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.§ 11. As sentenças judiciaes passarão em julgado e obrigarão as partes e a administração em relação ao caso concreto que fez objecto da discussão.§ 12. A violação do julgado por parte da autoridade administrativa induz em responsabilidade civil e criminal. (...)” (BRASIL: 1894). Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 644-646) leciona: “*Um tel effort de créations’estproduit à partir d’un act efondateur, à savoir, la Constitution de 1824, instituant la séparation des pouvoirs, um Conseil d’Etat et une déclaration des droits fondamentaux*”. (...) “*La loi nº 221 de 1894 a définiles competéces du jugeau regard de l’administration publique em s’appuyant sur les notions d’acte admnistratif, d’autorités administratives, de lésion de droits individuels et d’annulation (art. 13): ‘Les juges et les cours fédérales examineront et jugeront les affaires fondées sur la lésion de droits individuels par des actes ou une décision des autorités administratives de l’Union’; ‘l’autorité judiciaire, em vérifiant que l’acte ou la résolution em question est ilegal, l’annulera em totalité ou em partie, dans le but d’assuer le droit du justiciable’; ‘Son tré putés illégauxels actes ou décisions administratives em raison de la non-application ou del’application incorrecte du droit en vigueur’*”.

a inafastabilidade de controle jurisdicional do ato administrativo impugnado. Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca limitações de três ordens acarretadas pelo texto da EC 1/77: quanto às *peçoas*, quanto à *matéria* e quanto à *definitividade*. No tocante às *peçoas*, será plena a competência do Contencioso Administrativo somente se o litígio se travar entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, nos termos do art. 205, da Constituição de 1967, alterado pela EC supracitada. Quanto à *matéria*, o rol é restrito: questões de servidores, fiscais, previdenciárias e relativas a acidentes de trabalho (MOREIRA NETO: 1977, p. 71-72). Por fim, quanto à *definitividade*, a falha da EC 7/1977 se encontra na timidez da abordagem pelo Constituinte. Percebe-se que não se adotou a vinculação *formal* do Contencioso Administrativo à teoria da jurisdição una, atribuindo-se ao Poder Judiciário as competências para a jurisdição administrativa *ou* criando-se órgãos vinculados ao Poder Executivo para, exclusivamente, julgarem os litígios entre a Administração e os particulares. Há flagrante hibridismo: o Contencioso Administrativo era formalmente ligado ao Executivo, exercia materialmente jurisdição, pois julgava conflitos que envolvessem a Administração, mas poderia suprimir (ablação) um grau de jurisdição, substituindo uma instância judiciária (MOREIRA NETO: 1977, p. 80-82).

No entanto, “o contencioso administrativo criado pelo constitucionalismo anterior não deu o passo fundamental no sentido da cisão da jurisdição em comum e especializada e, conseqüentemente, manteve a unidade de jurisdição” (MAIOLINO: 2012). Assim, a Constituição da República de 1988 revogou o ordenamento jurídico anterior e, atualmente, não mais existe esta previsão que permita a criação de um Contencioso Administrativo no Brasil.

2.6 O valor do processo administrativo

Segundo exposto no Capítulo 1 deste trabalho, pode se reconhecer que a principal contribuição do Direito Administrativo francês foi a sujeição do Estado às leis que cria e a atribuição da resolução de conflitos que envolvem a Administração Pública ao órgão jurisdicional vinculado ao Poder Executivo denominado Conselho de Estado. O ordenamento jurídico francês submete à responsabilização jurisdicional o Estado e os agentes públicos por prática de ilegalidade e excesso de poder. Esta

fórmula influenciou parcialmente o ordenamento jurídico brasileiro. Para além da autotutela - o dever de autocontrole -, a Administração Pública passou a ser controlada por órgãos titulares de jurisdição, vinculados estruturalmente ao Poder Judiciário, responsáveis por realizar controle externo de sua atividade. Na França, em face da dualidade da jurisdição, criaram-se órgãos como o Conselho de Estado e figuras como o juiz administrativo, ambos vinculados ao Poder Executivo, mas dotados de deveres-poderes de resolução de litígios que envolvem o Estado, conforme se explicou acima. Por sua vez, no Brasil, vige sistema de jurisdição administrado pelo Poder Judiciário, no qual o Supremo Tribunal Federal ocupa o topo da hierarquia, sendo este o “guardião da Constituição”, função esta que cabe ao Conselho Constitucional, na França.³⁵

No Brasil, em razão da unidade de jurisdição, desenvolveram-se teorias do controle jurisdicional dos atos administrativos a partir do controle da juridicidade e sobre os contornos da teoria do desvio de poder – ou desvio de finalidade ou abuso de poder -, da teoria dos motivos determinantes, do controle sobre resultados, da discricionariedade administrativa, das políticas públicas,³⁶ entre outras. Considerada a regra constitucional - nenhuma ameaça de lesão ou lesão a direito poderão ser excluídas da apreciação do Poder Judiciário (BRASIL: 1988, art. 5º, inc. XXXV, da CR/88) - todo e qualquer ato administrativo poderá ser impugnado por meio de mandado de segurança (BRASIL: 1988, art. 5º, inc. LXIX, da CR/88), ação popular (BRASIL: 1988, art. 5º, inc. LXXII, da CR/88), ou mesmo por meio do exercício do direito de petição (BRASIL: 1988, art. 5º, inc. XXXIV, a, da CR/88) endereçada ao

³⁵ Segundo Louis Favoreu (2004), o Conselho Constitucional exerce influência sobre a ordem jurídica e política. Afirma o autor que a jurisprudência constitucional está desafiando a dicotomia tradicional entre direito público e direito privado, impondo o direito constitucional como embasamento comum a todos os ramos da ciência do Direito para o fim de recuperar “suas funções originais de direito fundamental”; ainda, o Conselho Constitucional posicionou-se para dizer que “não exercia o poder político e que a Constituição não lhe conferia ‘um poder geral de apreciação e de decisão, idêntico ao do Parlamento’” (FAVOREU, 2004, p. 101). Otto Pfersmann (2014, p. 141-142) traz uma importante nota sobre a função de direito fundamental do direito constitucional francês ao afirmar que: “(...) os direitos garantidos pela Constituição são certamente direitos que deverá respeitar o legislador, mas não são direitos por meio dos quais as pessoas que se julgam lesadas poderão apelar ao juiz a fim de que controle a lei, estando o acesso dos indivíduos excluído”. E, em nota de rodapé, ao esclarecer o trecho supracitado, destaca que: “Claro que os cidadãos podem recorrer ao Conselho Constitucional como juiz eleitoral e poderá se dizer que o direito de voto é um Direito Fundamental. Mas não é este Direito Constitucional garantido que pode ser invocado como tal neste processo. Na França, o juiz eleitoral é um juiz da legalidade, isto é: da concretização legislativa do Direito Constitucional de voto e de elegibilidade” (PFERSMANN, 2014, p. 142).

³⁶ Conferir André Saddy (2016a) e Luis Manuel Fonseca Pires (2013).

órgão do Poder Judiciário competente. Ou seja, cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a juridicidade da decisão administrativa.

O sistema constitucional brasileiro de unidade de jurisdição se aproxima, minimamente, do sistema francês de dualidade jurisdicional com a criação da Justiça Federal pelo art. 109 da Constituição de 1988. Por meio desse dispositivo, pode-se afirmar que existem núcleos de especialização da justiça no âmbito do exercício do poder jurisdicional pelo Poder Judiciário. Exemplifica-se com a estruturação da Justiça Federal por representar uma “jurisdição administrativa”, a qual, por meio de seus juízes, deverá “processar e julgar” “causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”, nos termos do inciso I do art. 109 da Constituição.

A Justiça Federal é especializada nas matérias previstas no art. 109, e incisos, da CR/88. Esta disposição impede que os juízes comuns, vinculados aos poderes judiciários estaduais, conheçam de pedidos cujos objetos estão inseridos nesse rol, o qual expõe verdadeira jurisdição administrativa para a Administração Pública federal no seio do Poder Judiciário federal brasileiro. Esta especialização se discute desde a Proposta de Emenda Constitucional nº 11/1984, segundo notícia Dilvanir José da Costa (1985), e se concretizou, em parte, com a estruturação do Poder Judiciário Federal nos moldes do art. 109 da Constituição de 1988.

Não obstante, tal estruturação não exclui o dever conferido aos juízes comuns, vinculados aos poderes judiciais estaduais, de julgarem os casos que envolvem as questões não previstas no art. 109 da Constituição da República de 1988. Por exemplo, é plenamente possível impugnar-se edital de licitação promovida por um Estado-membro por meio de mandado de segurança endereçado a Juiz de Direito; ou, pode servidor público municipal questionar ato de demissão, praticado pelo Prefeito, ao arrepio do devido processo legal (BRASIL: 1988, art. 5º, inc. LV, da CR/88) ou ilegalmente, diante do seu regime jurídico funcional, perante o Poder Judiciário estadual. O controle judicial, nestes casos, é exemplo de competência atinente à jurisdição administrativa (sinônimo de especialização da justiça) exercida pelo Poder Judiciário estadual.

Considerando-se a exposição precedente, pode-se concluir que não há contencioso administrativo (em sentido formal)³⁷, propriamente dito, no Brasil. Para viabilizar sua instituição seria necessário que o ordenamento jurídico fosse alterado e adequado, a partir da Constituição da República, criando-se órgãos na estrutura do Poder Executivo e atribuindo-se a tais competências para o exercício de jurisdição, constituindo-o, então, do dever de resolver litígios oriundos da atividade administrativa (relação de administração), promovendo-se as mudanças infraconstitucionais necessárias e correlatas.

Não obstante, prudente adotar como melhor estrutura a unidade de jurisdição, pois, segundo alerta Jean Rivero (1981, p. 161), para além dos benefícios que justificaram sua criação, há inconvenientes manifestos na jurisdição dualista. “É muitas vezes difícil saber se uma questão deve ser apresentada perante os tribunais administrativos ou ordinários”. A unidade de jurisdição é suficiente para evitar conflitos de competência como esses mencionados pelo autor francês.

Por isso, reitere-se: inexistente contencioso administrativo no Brasil.

Deste modo, ao se traçar um paralelo entre a jurisdição francesa e a brasileira, pode-se afirmar que o juiz brasileiro tem maior liberdade funcional para realizar controle judicial (por iniciativa de terceiro interessado) de atos administrativos do que o juiz administrativo francês. Em França, o juiz administrativo só pode conhecer dos “litígios nascidos da atividade da Administração”, mas nem todos esses litígios competem à jurisdição administrativa (RIVERO: 1981, p. 177). Exemplificativamente, explica Jean Rivero (1981, p. 178) que estão excluídos da competência do contencioso administrativo os conflitos oriundos de atividade comum de órgãos públicos e os que envolvem autoridades públicas estrangeiras.³⁸ No Brasil, os juízes deverão conhecer qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, por força constitucional (BRASIL: 1988, art. 5º, inc. XXXV, da CR/88). Inegável reconhecer que o juiz brasileiro tem uma gama muito maior de atribuições.

Esse olhar comparado permitiu constatar o aspecto positivo da jurisdição una brasileira. Ao criar uma “jurisdição administrativa”, fruto da especialização da atividade jurisdicional, propiciou-se um incremento na profundidade e na qualidade do controle

³⁷ Entendido, aqui, em sentido formal, como “órgão ou conjunto de órgãos competentes para exercer jurisdição, com ou sem definitividade em suas decisões, em hipóteses de ameaça ou lesão de direitos subjetivos pela Administração” (MOREIRA NETO: 1977, p. 70).

³⁸ Para aprofundamento dessa questão, cf. Jean Rivero (1981, p. 178-187).

judicial da atividade administrativa dos órgãos de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário). Ao mesmo tempo, a unicidade de jurisdição no Brasil não proibiu a Administração Pública editar atos administrativos por meio processos administrativos. Ao contrário, criou o dever de garantir a participação popular em suas decisões através do devido processo legal administrativo. Isso devido às fontes formais do Direito Administrativo permitirem a autotutela (autocontrole, controle interno em sentido amplo) no exercício da função administrativa. Por isso, construiu-se um sistema de autocontrole democrático da relação de administração por meio do processo administrativo, alçando-o como instrumento para se produzir decisão sobre a juridicidade da atividade administrativa. Esta decisão, que é um ato administrativo, é produtora de norma jurídica entre as partes integrantes da relação jurídica processual. Nesse tocante, afasta-se do contencioso administrativo francês. Segundo a advertência de Anapaula Trindade Marinho e Samir Salemkour (2011, p. 547), o que chamamos de processo administrativo, no Brasil, é denominado como “*procédure administratif non contentieux*” no direito francês. Reitere-se: não há contencioso administrativo no Brasil e a atividade administrativa democrática, processualizada, propriamente uma “relação que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente” (LIMA, 1987, p. 4), não se confunde com o contencioso administrativo francês em sentido formal.

Afirma-se que há processo no âmbito do exercício da função administrativa diante do entendimento do “procedimento” como legitimador de decisões administrativas. Romeu Felipe Bacellar Filho (2014, p. 367-368), afirma que “Candido Rangel Dinamarco, na esteira de Elio Fazzalari, anota que o procedimento é ‘um sistema de atos interligados numa relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade comum de preparar o ato final de consumação do exercício do poder’”. Adicione-se a cooperação de sujeitos segundo a lógica do contraditório e o procedimento passa a ser um processo. Nesse tocante, considerando que o “final de consumação do exercício” do Poder Executivo (função administrativa) é o ato administrativo, pode-se constatar que o processo administrativo é “modalidade de exteriorização da função administrativa” (BACELLAR FILHO: 2014, p. 369). O exercício desta função administrativa qualifica o agir administrativo processualizado como produto da atividade administrativa democrática exercida diretamente por órgãos e entidades da Administração Pública e, segundo Odete Medauar (2003, p.

224), “o ato administrativo se torna produto do exercício da função, deixando-se de considera-lo como expressão pré-constituídas de uma autoridade privilegiada”.

2.7 Do ato ao processo: mudança de centro

No subtópico anterior, afirmou-se que o agir administrativo é *processualizado* em face da garantia fundamental do devido processo legal preceituada no art. 5º, inc. XXXV, da CR/1988. Entretanto, nem sempre foi assim.

O direito administrativo, que se desenvolveu no período posterior à Revolução Francesa, preocupava-se com o agir imperativo e unilateral do Estado e, conseqüentemente, com o ato administrativo produto de sua atividade. Originariamente, tentou conciliar a necessidade de asseguramento da ordem pública, pelo Estado, por meio de prerrogativas e as sujeições às quais, por sua vez, está vinculado. Mas preponderou o caráter autoritário na relação de administração (JUSTEN FILHO: 2008, p. 66-67). No Brasil, Antonio Carlos Cintra do Amaral (2008, p. 26-27) afirma que é comum encontrar a citação de trecho consagrado da obra de Seabra Fagundes (2010, p. 3) na doutrina brasileira (“administrar é aplicar a lei de ofício”), destacando-se a ideia de que administrar é só o cumprir a lei de maneira automática. Entretanto, entender que esta definição de Seabra Fagundes encerra um dever irresistível de estrita legalidade é negar o efeito da *constitucionalização do direito* sobre o *direito administrativo*.³⁹ A conformação clássica da dogmática do direito

³⁹ Marçal Justen Filho destaca o papel da “permeabilização do Direito Administrativo pelo Direito Constitucional”. Afirma que tal fato “conduz “à correspondente revisão das estruturas clássicas da disciplina. No entanto, o processo de constitucionalização do Direito Administrativo ainda se encontra em etapa inicial. Existe uma notável defasagem entre o Direito Administrativo e a evolução filosófico-jurídica do restante do direito público. A organização do aparato administrativo do Estado se modela pelas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar do século XIX. A fundamentação filosófica do Direito Administrativo ainda se reporta à clássica disputa entre Duguit e Hauriou, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. Mais do que isso, predomina a influência do pensamento de Hauriou muito mais intensamente do que a de Duguit. O conteúdo do Direito Administrativo é preenchido por institutos vinculados a concepções políticas de um período distante. Ou seja, o Direito Administrativo continua vinculado à concepções filosóficas, políticas e constitucionais que vigoravam na primeira metade do século XX. A evolução radical do constitucionalismo do final do século XX permanece ignorada pelo Direito Administrativo. O resultado é que o Direito Administrativo, nos dias atuais, exterioriza-se em concepções e institutos que refletem uma visão autoritária da relação entre o Estado e o indivíduo. A manifestação mais evidente desse descompasso reside na concepção de que o fundamento do Direito Administrativo consiste na supremacia do interesse público. Essa proposta incorpora o germe da rejeição à importância do particular, dos interesses não estatais e das organizações” (JUSTEN FILHO: 2008, p. 66-67).

administrativo é autoritária por ignorar a importância do indivíduo (JUSTEN FILHO: 2008, p. 67).

Floriano de Azevedo Marques Neto tece crítica à conformação clássica ao mirar seu instituto mais importante: o ato administrativo. Segundo o autor, este, “tomado pelo ângulo interno ao sistema administrativo, tratado pelo vetor da estrutura da administração pública”⁴⁰, deve ser denominado por “*ato administrativo autista*”,⁴¹ considerando que é produzido à margem da esfera de direitos do “administrado” (MARQUES NETO: 2011, p. 96). O oposto do ato administrativo denominado autista é aquele produzido segundo a visão funcional do direito administrativo, levando em consideração seu impacto sobre a esfera de direitos individuais a partir da participação do particular em sua formação.⁴²

⁴⁰ Neste ponto, importante citar a distinção entre a visão estrutural e a visão funcional do Direito Administrativo construída por Floriano de Azevedo Marques Neto (2011, p. 95-96): “De um lado, temos a visão estrutural do direito administrativo, que privilegia o ângulo *ex pars principii*; do outro a visão funcional, com relevo à mirada *ex pars populi*. Tomado pelo ângulo estruturalista, o ato administrativo é visto como um instrumento autônomo de manifestação do poder, que se forma, é editado e se executa a partir das premissas internas ao sistema jurídico administrativo, independentemente dos interesses, interferências e injunções do administrado que, em última instância, é causa e destino do próprio ato. Numa vertente funcionalista, o ato administrativo só teria razão de ser a partir da função que exerce em relação à esfera de direitos dos indivíduos; ou seja, como manifestação de poder extroverso, todo ato administrativo afeta a esfera de direitos individuais seja para restringi-los, seja para consagrá-los e, sendo assim, haveria necessariamente que ser tomado também a partir das condicionantes externas do sistema jurídico administrativo”.

⁴¹ Floriano de Azevedo Marques Neto (2011, p. 97) conceitua o “ato administrativo autista” como a “*manifestação unilateral da Administração pública, por intermédio de agente competente, no exercício de poder extroverso e praticado em cumprimento estrito de um comando legal, sujeitando-o ao controle judicial quanto aos aspectos de legalidade*”.

⁴² Nesse sentido, importantíssima e magistral a análise de André Saddy (2014, p. 396-397) sobre a distinção entre subjetividade e apreciatividade no âmbito da atuação discricional: “(...) a chamada subjetividade ou autonomia pública do administrador possui diferentes modalidades de margem de liberdade de órgãos administrativos, que, por conseguinte, possui elementos que a integram, sendo os mais estudados a liberdade conformadora do legislativo e do governo, a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Não são poucos os que defendem que existam outras formas de liberdade ou margens distintas destas três. As mais mencionadas são poderes agraciáveis, facultativo, avaliativo e até uma liberdade prognóstica. Há, também, quem defenda que existe uma discricionariedade de desvio (*deviational discretion*), configurada como o poder para atuar de acordo com o melhor juízo do agente, inclusive, que não está autorizado ou até proibido por normas de competência. Segundo seus defensores, a conduta de desvio somente é aceitável como de contexto do sistema jurídico porque é consoante com a finalidade básica do sistema legal. Outros preferem o termo discricionariedade de dispensa como uma autorização de exceção em casos atípicos que permitem que a Administração se desvie da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma, por razões comprovadas de especial relevância. E tem ainda quem prefere mencionar uma discricionariedade não autorizada ou assumida (*unauthorized or assumed discretion*), como aquelas em que os agentes públicos assumem, sem autorização expressa, uma margem de liberdade para afastar-se da norma jurídica por razão de justiça, por necessidade prática ou conveniência e oportunidade. Os agentes públicos estão mais preocupados com a finalidade e propósito da norma do que com a letra estrita da lei. (...) A apreciatividade administrativa é aquela margem de liberdade de que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que o requerem. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, seja porque se está diante de um caso de ação

Nessa esteira de legitimação as, surge a legitimação pelo procedimento, analisada por Niklas LUHMANN (1985). Segundo o autor, os processos são:

(...) sistemas sociais especiais, que são constituídos de forma imediata e provisória para elaborar decisões vinculativas. (...). Sua função legitimadora fundamenta-se nessa separação em termos de papéis sociais. Nos processos, os participantes são dotados de papéis especiais enquanto eleitores, representantes do povo, acusadores, acusados, requerentes, testemunhas, etc., dentro dos quais eles devem poder comportar-se livremente, mas apenas segundo as regras do sistema processual – e não enquanto marido, sociólogo, sindicalista, etc. (...) Ao longo do processo, os participantes são levados a especificar suas posições com respeito aos resultados em cada caso ainda em aberto, de tal forma que ao final seu objetivo não possa mais parecer com o objetivo de qualquer outro terceiro. (...) Os processos têm, assim, por objetivo especificar os temas conflitantes, antes do desencadeamento da força física, no sentido de isolar e despolitizar o relutante enquanto indivíduo. Juntamente com a força física, eles representam uma combinação de mecanismos generalizantes e especificantes que sustenta a legitimação da decisão jurídica (LUHMANN: 1985, p. 65-66).

Pode-se extrair das lições acima citadas que Niklas Luhmann (1985), quando analisou a legitimação pelo procedimento, contribuiu epistemologicamente para a teoria do direito e definiu que as relações humanas são processualizadas, na qual cada participante é dotado de um papel obrigado a seguir as regras predispostas pelo sistema processual. Odete Medauar interpreta essa dinâmica e a insere no seio da relação de administração. Afirma que para a imperatividade do poder não configurar opressão ao indivíduo, representar o posicionamento unilateral e parcial da Administração, necessária a manifestação paritária, em processo “pré-constituído”. “Desse modo, a imperatividade do ato apresenta-se como resultado de um processo que viu o confronto de muitos interesses, direitos e deveres e chegou a um ponto de convergência” (MEDAUAR: 2008a, p. 70).

Assim, o controle dos atos administrativos segue, basicamente, essa fórmula no modelo burocrático, em que os interessados podem participar ativamente para atingimento de um melhor conteúdo das decisões administrativas. “Com isso, se ampliam os pressupostos objetivos da decisão administrativa” (MEDAUAR: 2008a, p. 69). Esta dialogia pode conduzir a melhores resultados obtidos pelas decisões, favorecendo o uso do direito administrativo como “caixa de ferramentas”, ressaltando-se seu caráter prático para resolução de problemas da Administração Pública, e não trabalhar o Direito Administrativo por meio de um estilo expositivo-sistemático,

não deôntica, ou pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nesses supostos, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação ulteriormente. A apreciatividade na realidade é inferida da interpretação sistemática de um conjunto de normas. Deduz-se, portanto, da destinação da prestação, isto é, da composição e de funcionamento dos órgãos competentes para determinar seu alcance”.

científico, taxionômico e conceitualmente concatenado, pressupondo coerência e certeza (SUNDFELD: 2012, p. 39).

O princípio democrático está visceralmente ligado à procedimentalização dos atos administrativos, pois permite a realização da pluralização das manifestações acerca do conteúdo das decisões a serem adotadas pela Administração Pública. Neste sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho (2003, p. 130) ensina:

A procedimentalização do agir administrativo, a fixação de regras para o modo como a Administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos configura, assim, condição indispensável para a concretização da democracia. Sem a fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre Administração e cidadão, onde cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido.

A Administração Pública enfrentou importantes mudanças de paradigmas. Jean Rivero (1981, P. 34) afirmou, em 1975, que “é evidente em todos os domínios de acção do poder a necessidade de fórmulas menos autoritárias, que façam apelos à cooperação dos particulares e não ao constrangimento”. O binômio legalidade-legitimidade recebe luzes advindas de outros prismas cuja orientação juspolítica se origina da vinculação da atividade administrativa aos direitos fundamentais. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 36):

(...) é a presumida *concordância geral* de que um determinado *comportamento*, seja individual ou coletivo, uma vez considerado socialmente necessário ou simplesmente útil, *deve ser imitado e reiterado em escala social*, que a torna indutora da lenta sedimentação de *instituições*, um fato que, desde logo, aponta o relevante papel de coesão social desempenhado pelo *consenso*, tanto na *origem do poder* coletivamente considerado, como na própria *natureza da organização social*, que essa qualidade aglutinante propicia.

A *processualidade* da Administração Pública proporciona legitimidade, segundo Luhmann; mas, também, estabilidade em face da previsibilidade das decisões a serem tomadas, pois um comportamento necessário ou útil deve ser imitado e reiterado em escala social, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 36), e o processo administrativo é instrumento garantidor desses elementos de segurança social.

O agir administrativo dinâmico⁴³ – para nós, processualizado – é uma consequência do devido processo legal administrativo, verdadeira democratização da

⁴³ Destaque-se a posição de Marçal Justen Filho (2013, p. 335-336): “O fundamental está em considerar a atuação administrativa de modo global, não cada ato isoladamente”.

tomada de decisões seja no âmbito do Poder Executivo, seja no do Poder Judiciário. Em face do previsto no art. 5º, inc. LV, da Constituição de 1988, cabe o reconhecimento por parte do Direito sobre a necessidade de diálogo para a legitimação do processo de tomada de decisão do Estado. A visão luhmanniana de processo como uma relação sistêmica contribui para que se afirme a necessidade de a relação de administração se caracterizar pelo diálogo público privado como a tônica da decisão administrativa, ou seja, para a consideração das consequências que poderão onerar o indivíduo, valorizando-o e tornando o agir administrativo legitimamente democrático, nos exatos termos exigidos pela cláusula constitucional do devido processo legal administrativo.

2.8 A processualidade como pressuposto de validade da *democracia administrativa participativa brasileira*

Vasco Pereira da Silva (2003: 149) afirma que a “relação jurídica surge, em nossos dias, como um novo conceito central do Direito Administrativo, capaz de ocupar posição pertencente ao acto administrativo na dogmática tradicional”. Com essa frase, o autor inaugura o capítulo II do livro *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, publicado em 1996 e reimpresso em 2003. O pensamento do autor desenvolvido nesse livro influenciou a doutrina brasileira e contribui, ainda hoje, para a construção da relação jurídica processual brasileira, hoje regulada pela Lei Federal n. 9.784/99. Essa teoria de Vasco Pereira da Silva (2003: 149) parte de uma alegada “crise do acto administrativo, que já não é a forma dominante de actuação, nem consegue abarcar a integralidade do relacionamento da Administração com os particulares (...)”.

Esse autor está a analisar a relação jurídica segundo a doutrina do Direito Administrativo, a qual reputa ter contribuído com “nova orientação dogmática”. Segundo Vasco Pereira da Silva (2003: 149-150), há quatro correntes (ou “concepções principais”, como prefere o autor) que analisaram a aplicação da relação jurídica no Direito Administrativo:

- a) Uma posição que rejeita, por princípio, a possibilidade de utilização da relação jurídica no domínio administrativo. É esse o entendimento da corrente positivista, tal como foi expressado pelos seus “pais-fundadores”, Kelsen e Merkl;

- b) Uma visão que não rejeita a figura da relação jurídica administrativa como hipótese abstracta, mas que lhe não atribui uma grande importância teórica ou prática, uma vez que a concebe como uma mera relação de poder, totalmente desequilibrada, e na qual o particular ocupa a posição de “sujeito” passivo. Defenderam esta concepção, entre outros, G. Jellinek, O. Mayer, W. Jellinek, F. Fleiner, M. Caetano;
- c) Uma outra corrente sustenta a admissibilidade e a importância teórica e prática do instituto da relação jurídica, mas limita o seu âmbito de aplicação somente ao domínio da Administração prestadora. Posição que é defendida por autores como, v.g., Krause ou Maurer;
- d) Por último, há quem veja na relação jurídica o novo conceito central do Direito Administrativo, o instrumento teórico-prático adequado para o entendimento da actual realidade jurídico-administrativa. Posição que é compartilhada, entre outros, por autores como Bachof, Erichsen, Martens, Haeberle, Henke, Bauer, Achterberg, Fleiner-Gester, Sudhof.

Desse modo sintético, Vasco Pereira da Silva indicou as quatro concepções da relação jurídica trabalhadas pela doutrina do Direito Administrativo e apontou a corrente descrita na letra *d* como aquela que informa os fundamentos para sustentar que a relação jurídica se opõe à ideia de atividade administrativa imperativa. Não será necessário se estudar as três correntes descritas nas letras *a*, *b* e *c supra* para concluir que a relação jurídica é a categoria da atividade administrativa democrática, por oposta àquela imperativa. Portanto, a “doutrina da relação jurídica” se opõe ao exercício da atividade administrativa autoritário, pois

permite ainda explicar os fenômenos de participação (de privados, ou mesmo de outras autoridades públicas) no procedimento, uma vez que a relação de procedimento constitui uma das modalidades de relação jurídica. Desta forma, a própria noção de procedimento administrativo é enquadrada e teoricamente assimilada pela doutrina da relação jurídica, surgindo o procedimento como um instrumento de regulação de relações jurídicas, cujos intervenientes são chamados a actuar para defesa das suas posições jurídicas substantivas (PEREIRA DA SILVA, 2003: 161).

Seria de pouca utilidade revisitar os bem postos argumentos de Vasco Pereira da Silva sobre cada uma das concepções expostas nas letras *a*, *b* e *c*, pois o presente trabalho não tratará de aspectos doutrinários históricos ou diametralmente opostos à realidade brasileira. Por isso, optou-se por partir da análise da “doutrina da relação jurídica”, pois há notas de sua aplicação no direito administrativo brasileiro desde a promulgação da Constituição da República de 1988, a qual prevê o devido processo legal e a participação popular como mecanismos de realização democrática de direitos subjetivos por meio de relações jurídico-administrativas.

Na esteira do desenvolvimento de sua teoria, baseado em Peter Haeberle, H Bauer, Otto Bachof, H.-U. Erichsen e Fleiner-Gerster, Vasco Pereira da Silva afirma razões para denotar a relevância de se aplicar a relação jurídica no âmbito do Direito

Administrativo. Indica que o há associação entre as “posições jurídicas substantivas”, também conhecidas como “direitos subjectivos dos indivíduos”. (PEREIRA DA SILVA: 2003, p. 161), os quais têm uma “dimensão procedimental”, e o direito fundamental “ao (e de) de procedimento”⁴⁴, contribuem para “ressaltar a dimensão subjectiva do procedimento” e das relações jurídicas que por meio dele se estabelecem. Por isso, o autor afirma que há um desdobramento da “doutrina da relação jurídica” em “relação jurídica de procedimento e relação jurídica substantiva” e a relaciona com o “Direito do Contencioso Administrativo, onde o instituto da relação jurídica processual já é, de há muito, utilizado” (PEREIRA DA SILVA: 2003, p. 162).

Dessa última associação entre relação jurídica processual e Direito do Contencioso Administrativo mencionado pelo autor se justifica o estudo levado a efeito no primeiro capítulo. Vasco Pereira da Silva é autor português e em Portugal há contencioso administrativo. No Brasil, Egon Bockmann Moreira (2014, p. 360) também defende uma “visão do processo como relação jurídica diferenciada”, configurando-se como um “direito-garantia”. No mesmo sentido, Odete Medauar (2008a, p. 19) ensina que a ideia de relação jurídica processual permitiu visualizar o processo como um “conjunto de posições jurídicas ativas e passivas, de cada um dos seus sujeitos (poderes, faculdades, deveres, sujeições e ônus) e não somente como simples sucessão de atos”. Há dados nucleares para caracterizar a “progressiva aproximação” entre cidadão e Administração Pública, que são:

No Brasil, conforme já se afirmou, inexistente contencioso administrativo. Mas foi essencial definir esta situação como paradigma para comparação com qualquer sistema de justiça estrangeiro e para se evitar transplantes teóricos inaplicáveis e, assim, inúteis para a epistemológica da ciência do Direito brasileira. A relação jurídica processual administrativa brasileira é não contenciosa – pois só há contencioso propriamente dito no âmbito do Poder Judiciário – e pode ser submetida ao controle externo realizado por órgãos judiciais. Portanto, a relação jurídica processual brasileira desenvolvida em razão do exercício da função administrativa não atrairá a integralidade da teoria desenvolvida por Vasco Pereira da Silva (2003), mas há pontos de contato: o Estado Democrático de Direito é meio ambiente do cidadão no Brasil e em Portugal; por isso, a atividade administrativa é essencialmente democrática e processualizada e os cidadãos poderão defender seus direitos fundamentais perante

⁴⁴ Que na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se denomina como devido processo legal (art. 5º, inc. LIV).

qualquer Administração Pública graças ao devido processo legal. A democracia está arraigada no Direito Administrativo brasileiro pois é fruto da “permeabilização do Direito Administrativo pelo Direito Constitucional” (JUSTEN FILHO, 2008, p. 66).

Odete Medauar (2008b, p. 406-412) se preocupou analisar a doutrina para concluir sobre a existência, ou não, de um tema central no Direito Administrativo. Durante a primeira metade do século XX, segundo Odete Medauar, surgiram muitos estudos jurídicos sobre o tema “ato administrativo”, o que pode denotar uma temporária centralidade do tema para o Direito Administrativo. Para traçar essa linha evolutiva, estruturou seu estudo sobre a evolução do tema na concepção clássica do ato administrativo; em seguida, realizou levantamento de importantes livros publicados na Itália, na França, na Argentina e no Brasil. Depois, opõe o que chama de “pregação em favor do processo administrativo” à concepção clássica do ato partindo do pressuposto de que ocorreram mudanças de paradigma no Direito Administrativo, como a “reivindicação de *democracia administrativa*” (ao utilizar de famosa frase de Jean Rivero). Em razão dessa democratização, ocorreu a “diluição da distância entre Estado e sociedade, como ideia e como prática”; “a Administração tende a ser menos imperial” ao agir ao encontro de soluções oriundas de “acordo, negociação e consenso” em colaboração com os cidadãos.

A mudança de paradigmas do Direito Administrativo está embasada em argumentos que pretendem ser suficientes a afastar a centralidade do “ato administrativo” no exercício da função administrativa e dos estudos do Direitos Administrativo. Com base em Ricardo Villata, Rosario Ferrara e Vasco Pereira da Silva, Odete Medauar (2008b, p. 416-417) apresenta a mudança de paradigma objeto de seu estudo: a evolução do ato ao processo. Por meio de sua análise, a autora propõe o seguinte questionamento: “o processo administrativo tornou-se a figura central ou a noção nuclear do Direito Administrativo”? Em resposta, a autora parte da resposta de Jean Rivero, quem afirmou não existir um critério ou noção central do Direito Administrativo (MEDAUAR: 2008b, p. 418-419), para dizer que o processo administrativo foi erigido como instrumento de promoção da melhoria das relações entre “Administração/administrado”; “da atuação do administrado” no processo de elaboração da decisão pública. O meio ambiente desse caminhar é a democracia administrativa; é o Estado Democrático de Direito.

O processo é meio da atividade administrativa, pois serve como instrumento se produzir democraticamente o ato administrativo concretizador de direitos

fundamentais. Por isso, pode-se afirmar que este capítulo considerará a existência do devido processo legal compreendida no contexto do Estado de Direito, pois este é o seu meio ambiente. Parafraseando-se Oscar Vilhena Vieira (VIEIRA, 2017, p. 414), afirma-se que o meio ambiente do devido processo legal administrativo brasileiro é o Estado Democrático de Direito, por força do preâmbulo e do artigo 1º, *caput*, da Constituição da República de 1988. E neste tocante, a Constituição influencia o Direito Administrativo desde sua definição. Portanto, para este trabalho, e para a realidade da relação jurídica administrativa brasileira, a decisão estatal deve permitir o diálogo público-privado como forma de viabilizar a concretização de direitos fundamentais concertadamente.

O recorte dado a este estudo pretende definir os limites para se analisar o processo administrativo como relação jurídica de uma atuação administrativa dinâmica, concertada, por meio da qual ocorra a participação e a colaboração do cidadão com a finalidade de conferir legitimidade e eficácia à ação pública.

Neste capítulo, analisar-se-á a democratização da atividade administrativa e o processo administrativo como seu instrumento, especialmente aquela atuação produzida no âmbito do exercício da função administrativa pelo Poder Executivo. Marçal Justen Filho, ao conceituar o Direito Administrativo, afirma que este “tem íntima conexão com o conceito de *atividade*. Isso conduz a reduzir a importância do *ato administrativo* e a destacar a natureza procedimental por meio da qual se produz a atuação estatal” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 91).

Por isso, diante do necessário posicionamento do cidadão diante do sistema processual, dinâmico por natureza, a Administração Pública deverá considerar a consensualidade como caracterizadora de sua atividade; por isso, *processualidade* e *consensualidade* são marcas do agir administrativo contemporâneo.

Por se tratar de mecanismo da participação do cidadão no processo de produção da decisão resultado do exercício da função administrativa, a processualidade e o processo administrativo pretende combater o arbítrio. Tanto os atos que são editados em exercício de administração imperativa quanto aqueles produzidos por administração consensual são permeados por atos administrativos e o fato de alguns atos serem decorrentes, necessariamente, da administração imperativa não pode servir para enquadrá-los como arbitrários e, portanto, contrários ao Estado Democrático de Direito. Irene Patrícia Nohara (2013) traz alguns exemplos:

O poder-dever sancionador de polícia estatal não prescinde da abertura do contraditório (dialogicidade), num contexto no qual cabe ao interessado auxiliar a Administração Pública na construção da verdade material, por meio de sua defesa; mas, uma vez constatada a ocorrência e a autoria de uma infração administrativa, com cominação legal e respeito à ampla defesa, o particular deve submeter seus bens e a sua liberdade (em sentido amplo, isto é, liberdade de desenvolvimento de suas atividades), mesmo contra sua vontade individual, às medidas sancionatórias, desde que sejam adequadas e proporcionais às finalidades de proteção aos interesses coletivos.

Mas isto não significa que o poder do Estado seja ilimitado, há sempre condicionamentos legais à ação estatal, para que haja a contenção do arbítrio. Por isso, é injusto relegar ao ato administrativo o papel de vilão do autoritarismo estatal, ainda mais porque na atualidade a teoria do ato administrativo evoluiu no controle.

Irene Nohara fez um contraponto, encontrou um meio-termo entre extremos. Em verdade, aplicou a ideia de prerrogativas e sujeições de Jean Rivero (1981) à processualidade administrativa, advertindo que o Estado democrático oportuniza a realização da processualidade e da consensualidade em clara manifestação da administração consensual; mas isso não excluem as competências de administração imperativa, cujas realizações não prescindem da processualidade – e isso não quer dizer, por si só, que ocorrerá a aplicação de uma sanção disciplinar consensualmente, por exemplo. Ainda que o particular se oponha à desapropriação, no sentido de afirmar que não quer ter bem expropriado, não poderá impedir a realização do processo desapropriatório – desde que legitimamente.

Atualmente, a concepção atual do processo administrativo o configura como “meio de atendimento de requisitos de validade do ato administrativo”. Ainda, fomenta o conhecimento ao cidadão do que se passa anteriormente à repercussão, sobre os indivíduos, dos efeitos dos atos administrativos; permite corroborar, por conseguinte, como se processa a tomada da decisão. Desse modo, contribui para o aumento da objetividade. E vaticina: “Como contraponto à visão estática da atividade administrativa, correspondente à noção atomista do ato, se tem a visão dinâmica, pois se focaliza o ato no seu ‘formar-se’ e nos seus vínculos instrumentais” (MEDAUAR, 2003, p. 224). O cidadão brasileiro vive numa sociedade pluralista, complexa por si só, e demanda o aprimoramento do mecanismo processual administrativo para concretização dos seus direitos fundamentais. Portanto:

(...), o “esquema processual responde à exigência pluralista que domina a sociedade atual, pois chama a cooperar, no exercício do poder, todos os sujeitos privados e públicos inscritos no quadro de disciplina do poder e, portanto, envolvidos no exercício deste; deixa de ocorrer o rígido confronto entre autoridade e liberdade, em prol de um ‘compartilhar’ do poder que se liga ao princípio democrático; realiza-se uma cooperação entre sujeitos públicos e sujeitos privados, entre entidades centrais e descentralizadas, entre órgãos hierarquizados”, o que propicia atenuação do caráter de rigidez e de imposição unilateral que predomina nas condutas administrativas (MEDAUAR, 2003, p. 225).

Esse conjunto de aspectos supracitados sugere a ideia de uma “democracia pelo procedimento, ao lado da democracia representativa e da democracia resultante de mecanismos descentralizadores”, ressaltando-se o processo como “ferramenta jurídica idônea, na disciplina das relações entre governantes e governados” (MEDAUAR, 2003, p. 225).

Caso seja “considerado que o poder tradicionalmente tido como democrático, o Legislativo, e que o poder tradicionalmente identificado com a justiça, o Judiciário, atuam mediante processo”, a processualidade na função administrativa englobaria “democracia e justiça” (MEDAUAR, 2003, p. 225). Ou seja, a processualidade da atividade administrativa é meio para a realização da *democracia administrativa participativa brasileira*. Para Medauar (2008a, p. 19), a ideia de processualidade surge, primeiramente, como discussão dogmática entre processualistas e administrativistas, partindo-se do “ponto referencial comum os dados do contexto sócio-político das últimas décadas do século XX e a busca de novas chaves metodológicas”, preocupando-se com uma adequação a esse contexto e à eficiência do exercício dos poderes estatais.

Odete Medauar (2008a, p. 65-74) apresenta dez finalidades do processo administrativo: (i) “finalidades de garantia”, (ii) “melhor conteúdo das decisões”, (iii) “eficácia das decisões”, (iv) “legitimação do poder”, (v) “correto desempenho da função”, (vi) “justiça na Administração”, (vii) “aproximação entre Administração e cidadãos”, (viii) “sistematização de atuações administrativas”, (ix) “facilitar o controle da Administração”, (x) “aplicação dos princípios e regras comuns da atividade administrativa”.

Com isso, o processo administrativo disciplina a atuação administrativa, impondo limites formais a sua atuação, fato que conduz a uma complementação da proteção jurisdicional; os direitos fundamentais exigem o processo administrativo como meio para sua concretização; o processo promove paridade e imparcialidade à atividade administrativa imperativa; realiza aproximação entre “sujeito público e sujeito privado”, instrumentalizando “as exigências pluralistas do contexto sociopolítico do fim do século XX e primórdios do século XXI; e também a demanda de democracia na atuação administrativa”; “o controle da atuação administrativa por meio do controle oportuniza a Administração democrática”; entre outros aspectos (MEDAUAR, 2008a, p. 65-74).

Desde 1992, Odete Medauar (2003, p. 226-227) adotou as propostas de Allegretti e Pastori para afirmar os preceitos constituintes do “mínimo denominador comum da ação administrativa”. E: (a) “publicidade dos processos e atos administrativos”; (b) o direito de acesso a documentos e autos administrativos ao cidadão; (c) o princípio da concentração; (d) “obrigatoriedade de concluir o processo quando iniciado e mediante ato explícito”; (e) condenação do silêncio administrativo; (f) “prefixação de prazos para conclusão do processo”; (g) “liberdade de formas”; (h) “dever de completar a instrução”; (i) “obrigação de motivar (segundo a Constituição do Estado de São Paulo, art. 4º)” e também segundo o art. 27 da Constituição do Estado do Paraná; (j) “obrigatoriedade de contraditório e ampla defesa na formação de atos puntuais restritivos de direitos” (art. 5º, LV, da CR/88); (l) adoção de meios de instrução pública antes da prática de atos de elevada complexidade – como as audiências públicas; (m) identificação da autoridade competente para instaurar, impulsionar, instruir, decidir o processo; (n) participação dos cidadãos na tomada de decisão.

Estes preceitos estão previstos na Lei n. 9.784/99. Desde o final da década de 1990 existe leis gerais de processo administrativo no Brasil. Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 293-294) afirma que as leis de processo administrativo (a federal e a do Estado de São Paulo) servem como limitadoras dos “poderes dos administradores públicos”, fixam prazos e demais “condições adjetivas” para o exercício de suas competências.

Ao tempo em que retomamos a ideia de processo como uma relação jurídica, trataremos da tipologia do processo. Egon Bockmann Moreira (2014, p. 361) afirma que a relação administrativa processual é uma espécie diante do gênero “relação jurídica”; mas é um gênero em consideração às várias “subespécies” de processo administrativo; e essas espécies tem pontos em comum. A atividade administrativa estatal entabula “relações jurídico-administrativas formais (materiais e processuais) com outros sujeitos de direito”, dirigidas pela Constituição e legislação infraconstitucional, fato que autoriza a “investigação a propósito das espécies de relações jurídico-administrativas e os direitos fundamentais a elas pertinentes” (MOREIRA, 2014, p. 362).

São três espécies (ou dimensões) de processo administrativo.

A *primeira espécie* “envolve aqueles processos nos quais o particular defende os seus direitos subjetivos, com a pretensão de limitar a atividade administrativa do Estado. O cidadão recorre ao processo como medida de proteção do direito agredido

unilateralmente; a Administração o instaura a pedido do interessado ou por ofício. A outra pessoa afetada será notificada a se manifestar previamente, sob pena de arcar com os ônus oriundos de eventual silêncio. O ato administrativo impugnado sofre “controle negativo”, pois o interessado pretende garantir suas liberdades constitucionais. São exemplos os processos fiscais e expropriatórios. (MOREIRA, 2014, p. 369). Aqui, conforme Bockmann Moreira (2014, p. 369):

(...) estão em primeiro plano os *direitos fundamentais materiais de primeira dimensão*. Logo, são muito relevantes os direitos subjetivos processuais, mais especificamente os *direitos-garantia fundamentais da publicidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório*, a fim de que a pessoa privada conte com os meios necessários para participar da formação do ato e assim possa impedir ou limitar eventuais ações indevidas do Estado. Vigem também com especial intensidade os *princípios da impessoalidade e da presunção de inocência*. Com a licença pela analogia, essa espécie de relação processual, que muitas vezes pode culminar na aplicação de sanção administrativa (e a respectiva *privação da liberdade e/ou bens*), antes se aproxima do direito processual penal do que do direito processual civil.

A *segunda espécie* de processo administrativo se refere a casos em que o cidadão pede o reconhecimento de direitos pela Administração Pública, “numa perspectiva ampliativa. Não haverá litígio ou acusação. (MOREIRA, 2014, p. 370). Egon Bockmann Moreira (2014, p. 371) afirma que:

(...) o particular busca o cumprimento de *direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões* (o exercício de liberdades ou o cumprimento a direito prestacional que prestigie os valores constitucionais – seja individual, seja coletivo). Quando muito, o ato final não implicará a aplicação de quaisquer sanções (afinal, não se está diante de ilicitudes), mas sim o exercício das limitações administrativas às liberdades privadas: o direito ordenador, na dicção de Carlos Ari Sundfeld.

A *terceira espécie* está atrelada ao processos aos quais particular e Administração Pública colaboram na produção normativa. O processo é instaurado pela Administração, a pedido ou por ofício, e é “requisito de validade ao futuro ato regulamentar a ser editado. A interação dos indivíduos funciona como se fossem administradores públicos. O exemplo dessa terceira espécie é o processo normativo no âmbito das agências reguladoras – consultas públicas previamente a edição de resoluções, audiências públicas para a realização de licitações (Lei 8666/93, art. 39) e consultas públicas em processos de interesse geral (Lei 9784/99, art. 31). (MOREIRA, 2014, p. 371). Egon Bockmann Moreira (2014, p. 371) ensina que nessa terceira dimensão de *direitos processuais*,

(...) por meio do processo administrativo o *particular busca o cumprimento de direito fundamental de terceira e/ou quarta dimensão* (informação, democracia e pluralismo democrático na formação das decisões públicas). Diante disso, a legitimidade é plural, de todos os cidadãos, de todas as pessoas – pouco importa se futuramente afetados ou não pela norma regulamentar a ser editada. Há várias ordens de direitos em jogo: individuais, coletivos e difusos.

Neste trabalho, procuramos tratar da processualidade – e do processo administrativo – como pressupostos de validade da atividade administrativa. E Egon Bockmann Moreira demonstra que é possível afirmar isso. Afirma o autor (MOREIRA, 2014, p. 372) que:

O que há de essencial no processo administrativo contemporâneo – comum às três espécies antes expostas – é a necessidade da *efetiva participação dos sujeitos de direito na formação dos atos estatais*. Pouco importa que eles sejam ou quais direitos ou interesses articulem, pois o que a legislação põe em relevo é o *dever público de bem informar e respeitar a dignidade da participação privada* diretamente na formação da vontade estatal. Outrora caracterizados como unilaterais e impositivos, os atos administrativos hoje precisam ser consensuais, obtidos mediante cooperação público-privada.

A processualidade pode ser considerada como um requisito da atividade administrativa e essa última deve adotá-la como um mecanismo de consensualidade (mecanismo *procedimental*, segundo MARRARA, 2017, p. 276). Portanto, exceto quando não for possível materialmente adotar-se o processo para decidir – como no caso da execução material de um serviço de limpeza predial da sede administrativa do ente público -, é dever da Administração Pública adotar a processualidade da sua atuação por ser o instrumento central do direito para ampliar o grau de consenso na atividade estatal executiva.

2.9 Considerações parciais – processualidade como requisito da atividade administrativa

Das exposições deste capítulo, pudemos extrair o seguinte:

1) Este estudo permitiu perceber que a dualidade jurisdicional francesa foi fundamentada na teoria da separação de poderes de Montesquieu, face o receio existente no momento pós-Revolução Francesa de que os membros do Poder Judiciário, caso recebessem a incumbência de decidir sobre os atos administrativos praticados em exercício da função administrativa pelo

Poder Executivo, pudessem abusar do poder, como ocorrera no Antigo Regime. Assim, e conforme estipulou a Lei 16, de 24 de agosto de 1.790, reputou-se prevaricação a apreciação de ato dos "corpos administrativos" por juízes comuns, vinculados ao Poder Judiciário francês. Neste tocante, há diferença com a jurisdição exercida pelos juízes no Brasil, a qual não conhece a mesma limitação para atuar, ou seja, o juiz togado pode conhecer de qualquer questão atinente a atos administrativos, exceto aquelas que dizem respeito à competência em razão da matéria, do território etc.

2) Ainda, expôs-se o duplo aspecto da jurisdição administrativa na França: um positivo e outro negativo. O positivo diz respeito sobre a vantagem de a matéria ser julgada por um juiz imparcial e especializado na relação de administração existente entre o público e o privado; o negativo, por sua vez, relaciona-se com a impossibilidade de controle da decisão proferida pelo juiz administrativo por outro juiz comum.

3) No Brasil, há atribuição de competência a alguns órgãos do Poder Judiciário para o fim de criar uma jurisdição administrativa, como é o caso da Justiça Federal. Os juízes togados designados para exercer as funções de juiz federal são especializados em matéria de relações de administração entabuladas entre Administração Pública federal, direta e indireta, com particulares, estados estrangeiros, outros órgãos da administração federal, outros entes da Federação.

4) A evolução da jurisdição administrativa francesa passou por três fases: (i) a evolução da *justiça reservada* (exercida pelo próprio soberano) à *justiça delegada*, a qual conferiu ao Conselho de Estado o controle dos atos administrativos sob sua exclusiva jurisdição; (ii) passou pelo desaparecimento da figura do juiz de apelação para o juiz administrativo de direito comum, diferenciando-se jurisdição administração da Administração ativa com a edição do aresto *Cadot* pelo Conselho de Estado; (iii) a terceira e última fase se deu com a reforma de 1953, por meio da qual se converteram os *tribunais de prefeitura* em *juiz administrativo de direito comum*, estes como os quais decidem em regime de apelação quando o

Conselho de Estado atua como corte originária para a demanda. No entanto, percebe-se que não subsistem as razões para criação do contencioso administrativo na França, em razão da atual dificuldade de se definir a competência, ora dos tribunais administrativos, ora dos ordinários.

5) São apontadas como novas razões para manutenção da jurisdição administrativa: (i) a elaboração de um direito administrativo original e autônomo; (ii) as particularidades de um direito administrativo original poderia apresentar dificuldades aos julgadores comuns; (iii) cientes da realidade, os juízes da administração conhecem profundamente os limites do seu controle e podem avançar com o conhecimento específico que os ensinou o limite do arbítrio; (iv) estão menos expostos a excessos de timidez ou audácias intempestivas. A única justificativa para a manutenção do contencioso administrativo francês é a existência de um direito administrativo original e autônomo.

6) No Brasil, vislumbram-se três grandes momentos da história do Direito: o português, de 1500 a 1822, o imperial, de 1822 a 1889, “marcado pela constitucionalização de índole francesa”, e o republicano, de 1889 aos nossos dias, influenciado diretamente pelo constitucionalismo norte-americano. Na fase imperial, existia a figura do Conselho de Estado, o qual exercia a competência de exercer a jurisdição administrativa, o qual atuava a serviço do Poder Moderador como órgão consultivo. A partir de 1841, foram introduzidas funções próprias do contencioso administrativo ao Conselho de Estado. A Constituição de 1824 criou o Conselho de Estado como auxiliar do Poder Moderador, o qual detinha jurisdição administrativa e atuava como órgão de primeira instância para algumas matérias - como conflitos de atribuição -, como última instância para decidir recursos interpostos contra autoridades administrativas.

7) A Constituição de 1891 rescindiu com a ordem jurídica anterior, extinguiu o Poder Moderador e o Conselho de Estado, e criou a jurisdição una, mas inaugurando uma jurisdição especializada em matérias de interesse da União: a Justiça Federal.

8) A criação de um contencioso administrativo toma fôlego novamente sob a égide da Constituição de 1967, alterada pela EC 1/69, com a edição da Emenda Constitucional 7/1977, a qual criou, novamente, o contencioso administrativo brasileiro. Mas, com a promulgação da Constituição de 1988, retornou-se ao modelo de jurisdição una e extinguiu-se a previsão do contencioso administrativo.

9) Desenvolveu-se a teoria do controle jurisdicional dos atos administrativos a partir do controle da legalidade e sobre os contornos da teoria do desvio de poder, considerando que nenhuma ameaça de lesão ou lesão a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

10) Há criação de núcleos de especialização no âmbito do exercício do poder de julgar estatal. Exemplifica-se com a estruturação da Justiça Federal, a qual, por meio de seus juízes, deverá “processar e julgar” “causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”, nos termos do art. 109, inc. I, da Constituição. Deste modo, ao traçar-se um paralelo entre a jurisdição administrativa francesa e a brasileira, pode-se afirmar que o juiz brasileiro tem maior liberdade funcional para realizar controle judicial (por iniciativa de interessado) de atos administrativos do que o juiz administrativo francês.

11) Esse olhar comparado permitiu constatar o aspecto positivo da jurisdição administrativa brasileira, fruto da especialização da atividade jurisdicional, qual seja, a abrangência e a profundidade de exercício da função judicial sob o aspecto do controle dos atos administrativos do Poder Executivo. O modelo de jurisdição administrativa francês permite afirmar, basicamente, que (i) há órgãos com poderes jurisdicionais inseridos na estrutura do Poder Executivo; (ii) as decisões proferidas por tais órgão são definitivas; e (iii) as competências dos juízes administrativos são restritas.

12) A partir destes elementos, afirma-se que há um “contencioso administrativo” na França em razão da existência de órgão no Poder Executivo com poder jurisdicional. Opostamente, o sistema de unidade jurisdicional brasileiro, influenciado pela pureza do princípio da separação dos poderes, não permitiu a criação de órgãos com poderes de jurisdição administrativa no seio do Poder Executivo. Mas, em razão das fontes formais do direito administrativo permitirem a autotutela (autocontrole, controle interno em sentido amplo), construiu-se um sistema de controle dos atos administrativos em sede de processo administrativo, por meio do qual se produz uma nova decisão sobre a juridicidade do ato questionado. Esta decisão é um novo ato administrativo, o qual poderá rejeitar o ato impugnado, extinguindo-o e editando-se outro em seu lugar, ou reconhecer a juridicidade do mesmo, mantendo-o no mundo jurídico.

13) Portanto, pode-se afirmar que há processo no âmbito da Administração Pública, diante do entendimento do “procedimento” como legitimador de decisões administrativas, assim como se pode entender existente, dimensões ou tipos de processos administrativos.

14) A processualidade administrativa, ideia desenvolvida e difundida no Brasil por Odete Medauar, serviu como pedra fundamental ao aprofundamento dos estudos sobre o processo administrativo, o qual parte do pressuposto de que há uma processualidade ampla; que vincula a atividade administrativa em face de que a Constituição de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito, o qual pressupõe participação do cidadão durante o exercício da função administrativa que culminará com uma decisão (ato administrativo). Por isso, a processualidade administrativa é requisito de validade do ato administrativo; sem processo, o ato padecerá por vício de forma.

CONCLUSÕES

A Constituição da República de 1988 adotou a *democracia administrativa participativa*. Por isso, a Administração Pública brasileira exerce a função administrativa e sua atividade pode ser *imperativa* ou *consensual*. E o objeto deste trabalho é a atividade administrativa consensual.

O consenso é o acordo das vontades entre os cidadãos; a consensualidade, os graus de consenso atingidos no meio social durante os processos de tomada de decisão. A consensualização, o meio para se atingir a consensualidade. A partir dessas definições, estabelecemos que o tema deveria ser abordado – e assim o foi! – a partir dos mecanismos consensuais. Dentre esses mecanismos, elegemos a processualidade administrativa com potencial indutor de consenso e o processo administrativo como instrumento para realização de atividades administrativas consensuais.

Apresentamos vários mecanismos de consensualidade: fomento, acordos substitutivos de sanção, o procedimento de manifestação de interesse e o processo administrativo.

Também adotamos neste trabalho o estudo comparado entre a jurisdição administrativa francesa (Contencioso Administrativo) e a jurisdição administrativa brasileira. A pretensão era verificar se existe contencioso administrativo no Brasil, nos moldes do paradigma francês. Descobrimos que a Constituição de 1988 veda sua existência.

Este estudo nos permitiu perceber que a dualidade jurisdicional francesa foi fundamentada na teoria da separação de poderes de Montesquieu, face o receio existente no momento pós-Revolução Francesa de que os membros do Poder Judiciário, caso recebessem a incumbência de decidir sobre os atos administrativos praticados em exercício da função administrativa pelo Poder Executivo, pudessem abusar do poder, como ocorrera no Antigo Regime. Assim, e conforme estipulou a Lei 16, de 24 de agosto de 1.790, reputou-se prevaricação a apreciação de ato dos "corpos administrativos" por juízes comuns, vinculados ao Poder Judiciário francês. Neste tocante, há diferença com a jurisdição exercida pelos juízes no Brasil, a qual não conhece a mesma limitação para atuar, ou seja, o juiz togado pode conhecer de qualquer questão atinente a atos administrativos, exceto aquelas que dizem respeito à competência em razão da matéria, do território etc.

Ainda, expomos o duplo aspecto da jurisdição administrativa na França: um positivo e outro negativo. O positivo diz respeito sobre a vantagem de a matéria ser julgada por um juiz imparcial e especializado na relação de administração existente entre o público e o privado; o negativo, por sua vez, relaciona-se com a impossibilidade de controle da decisão proferida pelo juiz administrativo por outro juiz comum. No Brasil, há atribuição de competência a alguns órgãos do Poder Judiciário para o fim de criar uma jurisdição administrativa, como é o caso da Justiça Federal. Os juízes togados designados para exercer as funções de juiz federal são especializados em matéria de relações de administração entabuladas entre Administração Pública federal, direta e indireta, com particulares, estados estrangeiros, outros órgãos da administração federal, outros entes da Federação.

A evolução da jurisdição administrativa francesa passou por três fases: (i) a evolução da *justiça reservada* (exercida pelo próprio soberano) à *justiça delegada*, a qual conferiu ao Conselho de Estado o controle dos atos administrativos sob sua exclusiva jurisdição; (ii) passou pelo desaparecimento da figura do juiz de apelação para o juiz administrativo de direito comum, diferenciando-se jurisdição administração da Administração ativa com a edição do aresto *Cadot* pelo Conselho de Estado; (iii) a terceira e última fase se deu com a reforma de 1953, por meio da qual se converteram os *tribunais de prefeitura* em *juiz administrativo de direito comum*, estes como os quais decidem em regime de apelação quando o Conselho de Estado atua como corte originária para a demanda. No entanto, percebe-se que não subsistem as razões para criação do contencioso administrativo na França, em razão da atual dificuldade de se definir a competência, ora dos tribunais administrativos, ora dos ordinários. São apontadas como novas razões para manutenção da jurisdição administrativa: (i) a elaboração de um direito administrativo original e autônomo; (ii) as particularidades de um direito administrativo original poderia apresentar dificuldades aos julgadores comuns; (iii) cientes da realidade, os juízes da administração conhecem profundamente os limites do seu controle e podem avançar com o conhecimento específico que os ensinou o limite do arbítrio; (iv) estão menos expostos a excessos de timidez ou audácias intempestivas. A única justificativa para a manutenção do contencioso administrativo francês é a existência de um direito administrativo original e autônomo.

No Brasil, vislumbram-se três grandes momentos da história do Direito: o português, de 1500 a 1822, o imperial, de 1822 a 1889, “marcado pela

constitucionalização de índole francesa”, e o republicano, de 1889 aos nossos dias, influenciado diretamente pelo constitucionalismo norte-americano. Na fase imperial, existia a figura do Conselho de Estado, o qual exercia a competência de exercer a jurisdição administrativa, o qual atuava a serviço do Poder Moderador como órgão consultivo. A partir de 1841, foram introduzidas funções próprias do contencioso administrativo ao Conselho de Estado. A Constituição de 1824 criou o Conselho de Estado como auxiliar do Poder Moderador, o qual detinha jurisdição administrativa e atuava como órgão de primeira instância para algumas matérias - como conflitos de atribuição -, como última instância para decidir recursos interpostos contra autoridades administrativas. A Constituição de 1891 rescindiu com a ordem jurídica anterior, extinguiu o Poder Moderador e o Conselho de Estado, e criou a jurisdição una, mas inaugurando uma jurisdição especializada em matérias de interesse da União: a Justiça Federal. A criação de um contencioso administrativo toma fôlego novamente sob a égide da Constituição de 1967, alterada pela EC 1/69, com a edição da Emenda Constitucional 7/1977, a qual criou, novamente, o contencioso administrativo brasileiro. Mas, com a promulgação da Constituição de 1988, retornou-se ao modelo de jurisdição una e extinguiu-se a previsão do contencioso administrativo. Desenvolveu-se a teoria do controle jurisdicional dos atos administrativos a partir do controle da legalidade e sobre os contornos da teoria do desvio de poder. Considerando que nenhuma ameaça de lesão ou lesão a direito poderão ser excluídas da apreciação do Poder Judiciário. Entretanto, há criação de núcleos de especialização no âmbito do exercício do poder de julgar estatal. Exemplifica-se com a estruturação da Justiça Federal, a qual, por meio de seus juízes, deverá “processar e julgar” “causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”, nos termos do art. 109, inc. I, da Constituição. Deste modo, ao traçar-se um paralelo entre a jurisdição administrativa francesa e a brasileira, pode-se afirmar que o juiz brasileiro tem maior liberdade funcional para realizar controle judicial (por iniciativa de interessado) de atos administrativos do que o juiz administrativo francês.

Esse olhar comparado permitiu constatar o aspecto positivo da jurisdição administrativa brasileira, fruto da especialização da atividade jurisdicional, qual seja, a abrangência e a profundidade de exercício da função judicial sob o aspecto do controle dos atos administrativos do Poder Executivo. O modelo de jurisdição

administrativa francês permite afirmar, basicamente, que (i) há órgãos com poderes jurisdicionais inseridos na estrutura do Poder Executivo; (ii) as decisões proferidas por tais órgão são definitivas; e (iii) as competências dos juízes administrativos são restritas. A partir destes elementos, afirma-se que há um “contencioso administrativo” na França em razão da existência de órgão no Poder Executivo com poder jurisdicional. Opostamente, o sistema de unidade jurisdicional brasileiro, influenciado pela pureza do princípio da separação dos poderes, não permitiu a criação de órgãos com poderes de jurisdição administrativa no seio do Poder Executivo. Mas, em razão das fontes formais do direito administrativo permitirem a autotutela (autocontrole, controle interno em sentido amplo), construiu-se um sistema de controle dos atos administrativos em sede de processo administrativo, por meio do qual se produz uma nova decisão sobre a juridicidade do ato questionado. Esta decisão é um novo ato administrativo, o qual poderá rejeitar o ato impugnado, extinguindo-o e editando-se outro em seu lugar, ou reconhecer a juridicidade do mesmo, mantendo-o no mundo jurídico.

A processualidade administrativa, ideia que inaugurou uma corrente de estudos sobre o processo administrativo no Brasil, sobre seus aspectos, pressupostos, características, é *mecanismo de consensualidade*. Por meio da atividade administrativa consensual processualizada, o cidadão pode participar ativamente do processo decisório, controlando-o *a priori*. Com isso, as obrigações prestacionais estatais, todas vinculadas a direitos fundamentais, serão legitimamente exigíveis e realizadas pelo Estado, sob o olhar atento do cidadão brasileiro.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O marco regulatório dos serviços públicos. **Revista dos Tribunais**, vol. 843, p. 38, jan/2006, São Paulo: RT, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Procedimento administrativo. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.); BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; e MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo**. vol. 5. São Paulo: RT, 2014. p. 361-721.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A jurisdição administrativa no direito comparado: confrontações entre o sistema francês e o brasileiro. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 59-78.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

BARNES, Javier. **Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo**. *E-book*. Sevilla: Editorial Derecho Global – Global Law Press, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004a.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial, 2004b.

CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Almedina: Coimbra, 2003.

COSTA, Dilvanir José da. O contencioso administrativo e a nova meta da especialização da Justiça. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 22, n. 88, ou/dez 1985, p. 149.

COSTA, Thales Moraes da (coord.). **Introdução ao direito francês**. Curitiba: Juruá, 2011. vol. 1.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Termo de compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central: possibilidades e limites. *In*: MEDINA OSÓRIO, Fábio

(Coord). **Direito sancionador: sistema financeiro nacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Legalidade e consensualidade: a Administração precisa de lei para fazer acordos? **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, mar./ago. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236731>>. Acesso em: 26 out. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: RT, 2014. v. 5.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1-20.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 39-47.

ESTORNINHO, Maria João. **Fuga para o direito privado** – contributo para o estudo da atividade de Direito Privado da Administração Pública. 2ª. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

FAGUNDES, Seabra Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FONT Y LLOVET, Tomás. Desarrollo reciente de los instrumentos de la administración consensual en España. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del Derecho en tempos de constitucionalismo. CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 159-186.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Proposta de Manifestação de Interesse (PMI) – Riscos públicos e riscos privados. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, set. 2014/fev. 2015. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=230987>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. em *ebook* baseada na 12. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65-85.

KOLADICZ, Aline Cristina. **A atividade empresarial socioambientalmente responsável e sustentável pela via do fomento estatal**. (Dissertação). Centro Universitário Unicuritiba: 2009.

LIBÓRIO, Daniela; GUIMARÃES, Edgar; GABARDO, Emerson (Coord.). **Eficiência e ética no direito administrativo**. Curitiba: Editora Íthala, 2017.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. Unicidade e dualidade de jurisdição: o contencioso administrativo. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=83824>>. Acesso em: 19 mai. 2016.

MARRARA, Thiago. 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, p. 274-293, 2017.

MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago (Org). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina Brasil, 2014.

MARRARA, Thiago (Org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina Brasil, 2014.

MARINHO, Anapaula Trindade; SALEMKOUR, Samir. Contencioso administrativo. In: COSTA, Thales Morais da (coord.). **Introdução ao direito francês**. vol. 1. Curitiba: Juruá, 2011. p. 547-581.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: RT, 2011.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: RT, 2011.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: RT, 2010.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008a.

MEDAUAR, Odete. Administração pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008b.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. IV. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MODESTO, Paulo. Autovinculação a Administração Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, outubro/novembro/dezembro de 2010, Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-OUTUBRO-2010-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em 18 de janeiro de 2018.

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Paris: Hachette, 1968.

MORAN-DEVILLER, Jaqueline. As mutações do direito administrativo francês. Traduzido por Daniel Wunder Hachem. In.: LIBÓRIO, Daniela; GUIMARÃES, Edgar; GABARDO, Emerson (Coord.). **Eficiência e ética no direito administrativo**. Curitiba: Editora Íthala, 2017. p. 53-74.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quarto de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 55-84, jul./set. 2014a

MOREIRA, Egon Bockmann. As várias dimensões do processo administrativo brasileiro (um direitos-garantia fundamental do cidadão). In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da; SAAD, Amauri, Feres. **Direito administrativo e liberdade** – estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014b. p. 359-374.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas**: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A Juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. **Fórum Administrativo**, v. 156, p. 9-20, 2014

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, Estado e administração pública**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Contencioso administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

NOHARA, Irene Patrícia. Consensualidade e gestão democrática do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, mar./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=92555>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). **Cooperação jurídica internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PAULA, Edylcéa Nogueira de. Contencioso administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 16, n. 62, abr/jun. 1979, p. 271-280.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. 1. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

PERLINGEIRO, Ricardo; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter. **Código de jurisdição administrativa (o modelo alemão)**. Rio de Janeiro: 2009.

PERLINGEIRO, Ricardo; GRECO, Leonardo. A jurisdição administrativa no Brasil. In: _____: BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter. **Código de jurisdição administrativa (o modelo alemão)**. Rio de Janeiro: 2009. p. 61-72.

PERLINGEIRO, Ricardo. A justiça administrativa brasileira comparada. **Revista CEJ**, Brasília, ano XVI, n. 57, maio/ago. 2012, p. 6-18.

PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. Tradução: Alexandre Coutinho Pagliarini. Prefácio: Jorge Miranda. Apresentação: Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Soluções contratuais público-privadas: os procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e as propostas não solicitadas (PNS). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**. São Paulo: RT, 2015

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Almedina: Coimbra, 1981.

SAADI, Mário. O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse: fundamentos legais, aplicação e desdobramentos. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./jun. 2014.

Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=113188>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

SADDY, André. **Apreciatividade e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014-d.

SADDY, André. **Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: 2016-c.

SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016a.

SADDY, André. **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016b.

SANI, Giacomo. Consenso. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. p. 240-242.

SCHIRATO, Vítor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado Democrático de Direito e da Democracia. In. MEDAUAR, Odete; _____. **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: RT, 2010. p. 9-52.

SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. julho-setembro, 2011, v. 80, n. 3, ano XXIX, p. 65-95.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDEFELD, Carlos Ari. *Le droit administratif hors cadre: la perspective du Brésil*. In: **Mélanges en l'honneur de Pierre Bom: Long cours**. 1. ed. Paris: Dalloz, 2014, v. 1, p. 635-660.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. In: _____ (Org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: SBPD/Malheiros, 2013.

SUNDEFELD, Carlos Ari. Conversando sobre direito administrativo. In: _____. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 19-48.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=73323>>. Acesso em: 2 dez. 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. 2. ed. Colaboração de Flávia Scabin e Marina Feferbaum. São Paulo: Malheiros, 2017.

WEIL, Prosper. **O direito administrativo**. Almedina: Coimbra, 1977.

AUTORIZO o depósito do presente exemplar, como versão definitiva da Dissertação de Mestrado.

Curitiba, aos ____/_____/____.

Prof. Dr. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
(orientador)

DE ACORDO.

Curitiba, aos ____/_____/____.

Prof. Dr. Daniel Ferreira
Coordenador do PPGD

T338p Tesserolli, Eduardo Ramos Caron
O processo administrativo como mecanismo de
consensualidade / Eduardo Ramos Caron Tesserolli. –
Curitiba, 2018.
93 f.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional UNINTER.

1. Direito administrativo. 2. Contencioso administrativo –
Brasil. 3. Contencioso administrativo – França. I. Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Célia Regina Pinheiro Vasques - CRB-9/1180

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER

EDUARDO RAMOS CARON TESSEROLLI

O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO MECANISMO DE CONSENSUALIDADE

CURITIBA
2018

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL UNINTER

EDUARDO RAMOS CARON TESSEROLLI

O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO MECANISMO DE CONSENSUALIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional UNINTER, na Linha de Pesquisa “Jurisdição e Processo na Contemporaneidade”, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Coutinho Pagliarini

CURITIBA
2018

“o acto administrativo é apenas uma fotografia instantânea que representa relações em movimento” (Otto Bachof)

Dedico este trabalho para Deus, que foi quem me deu a Kelly, a Ceci e o Franzinho.
Vocês são o estímulo para viver a vida!

AGRADECIMENTOS

Cursar o mestrado sempre foi um desejo. E este é o fato que culmina o fim do curso: a defesa da dissertação de mestrado. Minha caminhada até aqui foi longa; corri longas distâncias “com os pés descalços”. Chego ao final realizando grande esforço e me sentindo como a suíça Gabrielle Andersen ao concluir a prova de maratona dos Jogos Olímpicos de 1984 (“Olimpíadas de Los Angeles”). A caminhada foi longa (desde 2009!), mas cheguei ao final. E só consegui porque braços fortes me suportaram.

Primeiramente, agradeço a Deus, nosso Pai; a Jesus, nosso Mestre; a Maria, nossa Mãe; ao meu mentor espiritual e aos meus guias por me mostrarem O caminho – do amor e da caridade.

Amada Kelly Cristina Ferreira Tesserolli: conseguimos! Obrigado por ser meu par nessa dança... Agradeço aos nossos filhos, Ana Cecília e Francisco, frutos do nosso amor e, ao mesmo tempo, fontes inesgotáveis para o nosso amor.

Querido Prof. Pós-doutor Alexandre Coutinho Pagliarini: sou grato a Deus por ter me oferecido um amigo, um guru, um grande Mestre do Direito para me liderar no nosso mestrado e na vida. Conte sempre comigo!

Querido Prof. Pós-doutor Daniel Ferreira: você é o responsável pelo início desta pesquisa. Graças a tua amizade e à convivência desde os tempos de UNICURITIBA é que me vi crescer como estudante de Direito Administrativo. Sempre está presente nos momentos importantes da minha vida. Tem minha admiração e minha sincera amizade!

Ao meu amigo-irmão, Prof. Dr. Thiago Lima Breus: um amigo pra todas as horas, um irmão por escolha, um interlocutor atento e muito qualificado, eminente professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo da UFPR, o meu agradecimento pela amizade e pela contribuição neste trabalho, por meio das leituras e críticas. Claro, todas as falhas e todos os erros são responsabilidade minha.

Aos professores, colegas e funcionários do UNINTER com quem tive a felicidade de conviver, o meu muito obrigado!

SUMÁRIO

RESUMO.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – A CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	14
1.1 A <i>democracia administrativa participativa brasileira</i>	15
1.2 A importância da constitucionalização do Direito Administrativo para a conformação da <i>democracia administrativa participativa brasileira</i>	21
1.3 Consenso, consensualização e consensualidade: diferenciações.....	26
1.4 O paradigma legitimidade e a consensualidade como pressuposto de validade do ato administrativo.....	30
1.5 Mecanismos de consensualidade da administração pública.....	34
1.6 Considerações finais: a <i>consensualidade</i> como pressuposto de validade da <i>democracia administrativa participativa brasileira</i>	45
CAPÍTULO 2 – ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DINÂMICA E CONSENSUALISMO.....	48
2.1 Algumas características do Contencioso Administrativo francês.....	50
2.2 Fundamentos da criação do contencioso administrativo francês.....	52
2.3 Duplo aspecto da jurisdição administrativa francesa.....	54
2.4 Evolução da jurisdição administrativa francesa.....	55
2.5 Notas sobre a jurisdição administrativa brasileira.....	57
2.6 O valor do processo administrativo.....	62
2.7 Do ato ao processo: mudança de centro.....	66
2.8 A processualidade como pressuposto de validade da <i>democracia administrativa participativa brasileira</i>	70
2.9 Considerações parciais – processualidade como requisito da atividade administrativa.....	80
CONCLUSÕES.....	84
REFERÊNCIAS.....	88

RESUMO

Caracterizando-se como estudo de Direito Comparado, esta dissertação analisa e compara o contencioso administrativo da França com a jurisdição administrativa no Brasil, segundo as características de cada modelo, concluindo-se pela inexistência de um contencioso administrativo brasileiro, nos moldes do francês, mas pela existência de uma jurisdição administrativa brasileira, especialmente caracterizada pela (i) unidade de jurisdição, (ii) pela especialização da Justiça Federal quando está envolvida a União e (iii) pelo exercício da função administrativa, pelo Poder Executivo, por intermédio de processos administrativos legitimadores das decisões administrativas. *Par contre*, o modelo de jurisdição administrativa francês permite afirmar, basicamente, que (i) há órgãos com poderes jurisdicionais inseridos na estrutura do Poder Executivo, (ii) as decisões proferidas por tais órgãos são definitivas, e (iii) as competências dos juízes administrativos são restritas. A partir desses elementos, afirma-se que há um “contencioso administrativo” na França em razão da existência de órgão no Poder Executivo com poder jurisdicional (administrativo). Opostamente, o sistema de unidade jurisdicional brasileiro, influenciado pela pureza do princípio da separação dos Poderes (Montesquieu, 1968), não permitiu a criação de órgãos com poderes de jurisdição administrativa (definitiva) no seio do Poder Executivo. Mas, em razão de as fontes formais do direito administrativo permitirem a autotutela (autocontrole, controle interno em sentido amplo), construiu-se um sistema de controle dos atos administrativos em sede de processo administrativo, por meio do qual se produz uma nova decisão sobre a juridicidade do ato questionado. Essa decisão é um novo ato administrativo, o qual poderá rejeitar o ato impugnado, extinguindo-o e editando-se outro em seu lugar, ou reconhecer a juridicidade do mesmo, mantendo-o no mundo jurídico. Portanto, pode-se afirmar que há processo no âmbito da Administração Pública, diante do entendimento do “procedimento” como legitimador de decisões administrativas. O agir administrativo é processualizado em face da garantia fundamental do devido processo legal preceituada no art. 5º, inciso XXXV, da CR/1988. Em face desse dispositivo, cabe o reconhecimento por parte do Direito sobre a necessidade de diálogo para a legitimação do processo de tomada de decisão do Estado. A França possui uma jurisdição administrativa não togada que exclui a interferência do Poder Judiciário francês. No Brasil, toda e qualquer questão administrativa pode ser discutida perante o Poder Judiciário, com as ressalvas referentes ao não controle judicial de todo ato discricionário. Os direitos fundamentais são garantidos em ambas as tradições, de formas distintas.

ABSTRACT

Characterizing itself as a Comparative Law study, this dissertation analyzes and compares the administrative litigation of France with the administrative jurisdiction in Brazil, according to the characteristics of each model, concluded by the inexistence of a brazilian administrative justice, just as the french one, but by the existence of a brazilian administrative jurisdiction, especially characterized by (i) the jurisdiction's unit, (ii) the specialization of the Federal Judiciary and (iii) the exercise of the administrative function by the Executive Branch, through administrative processes that legitimize administrative decisions. On the other hand, the french administrative jurisdiction model basically states that (i) there are bodies with jurisdictional powers within the structure of the Executive Branch, (ii) the decisions rendered by such bodies are final, and (iii) the powers of the administrative judges are restricted. From these elements, it is stated that there is an "administrative litigation" in France because of the existence of a body in the Executive Branch with jurisdictional (administrative) power. On the other hand, the system of brazilian jurisdictional unity, influenced by the purity of the principle of separation of powers (Montesquieu, 1968), did not allow the creation of organs with (definitive) powers of administrative jurisdiction within the Executive Branch. However, because the formal sources of administrative law allow for self-control (self-control, internal control in the broad sense), a system of control of administrative acts was built in an administrative process, through which is taken a new decision on the legality of the questioned act. This decision is a new administrative act, which may reject the contested act, extinguishing it and editing another in its place, or recognize the legality it, keeping it in the legal world. Therefore, it can be affirmed that there is process in the scope of the Public Administration, before the understanding of the "procedure" as a legitimate of administrative decisions. The administrative action is processed due to the fundamental guarantee of the due legal process established in art. 5th, inc. XXXV, CR/1988. In view of this mechanism, the law recognizes the need for dialogue to legitimize the State decision-making process. France has unfettered administrative jurisdiction which excludes interference by the French judiciary. In Brazil, any and all administrative matters can be discussed before the Judiciary, with the provisos regarding non-judicial control of any discretionary act. Fundamental rights are guaranteed in both traditions, in different ways.

I. INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho são a consensualidade e a processualidade da atividade administrativa no Brasil como requisitos de validade da atividade administrativa.

No primeiro capítulo, exploramos o tema da consensualidade, sua complexidade e sua origem. Na primeira seção, tratamos da democracia participativa e seu aspecto particular a partir do exercício da função administrativa. A partir da lição de Jacqueline Morand-Deviller (2017) e do artigo 1º, da Constituição da República de 1988, definimos que vivemos a *democracia participativa administrativa brasileira*. Na segunda seção, analisamos o impacto da *constitucionalização do Direito Administrativo* sobre a atividade administrativa. Na terceira seção, diferenciamos os significados das expressões consenso, consensualização e consensualidade e determinamos os significados adotados neste trabalho. Na quarta seção, tratamos da legitimidade como novo paradigma do Direito Administrativo e sua relação com a consensualidade. Na quinta seção, exploramos alguns mecanismos de consensualidade.

No segundo capítulo, tratamos do contencioso administrativo e suas características (seção um), os fundamentos de sua criação (seção dois). Tratamos do aspecto da jurisdição administrativa francesa – o contencioso administrativo (seção três). Na quarta seção, tratamos da sua evolução e na quinta seção das notas características da jurisdição administrativa brasileira. Nas seções sexta, sétima e oitava, versamos sobre a inexistência de contencioso administrativo no Brasil; sobre a especialização da justiça que se chama “jurisdição administrativa brasileira” e sobre o processo administrativo como marca de uma administração pública consensual, e de uma processualidade administrativa.

Desenvolver qualquer estudo de direito comparado requer, antes disso, que se aguce a percepção de que não se vive mais no Estado hegeliano ou naquele de Montesquieu. A internacionalização (boa ou ruim) dos espaços cosmopolitanos e a própria União Europeia são exemplos de novas ordens que não são necessariamente estatais. Fora esses internacionalismos, não há que se duvidar que os Estados nacionais de Hegel e de Montesquieu foram ultrapassados, há muito. Por exemplo, do mesmo modo que, a partir de uma ideologia puramente liberal, afirma-se que “quanto menos Estado, melhor”. Por outro lado, se se guarda em mente que, em países menos providos de riquezas, o Estado ainda se faz maciçamente presente – e

se torna um ente promotor de desenvolvimento (intervencionismo na ordem econômica) –, então pensar-se-á e visualizar-se-á um Estado provedor (interventor). É sobre isso que dispõe SADDY (2016-c, p. 15-116), percucientemente, no inteiro capítulo I de seu livro ao final indicado.

No Brasil, prevalece a ideia de que a jurisdição é exercida unicamente pelo Poder Judiciário, que age como agente pacificador da sociedade. Significa isso que “(...) a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, nos termos do preceito inserto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República de 1988. Mais do que uma teoria, afirma-se que a jurisdição (togada) brasileira é una e indivisível, cabendo ao Judiciário proferir a última palavra sobre dado litígio, e sobre esta “última palavra” produzirá efeitos a coisa julgada (*res iudicata*). Diz-se, então, que a decisão judicial transitada em julgado não pode mais ser impugnável – em tese.

Sobre este dogma, parece de grande utilidade o estudo das competências administrativas conferidas aos agentes públicos para produzir atos, resolver questões atinentes à boa administração pública, teleologicamente destinadas à concretização de direitos fundamentais (PAGLIARINI: 2014, p. 33), em comparação com aquelas estipuladas pelo regime do “contencioso administrativo”¹ francês, o qual está estruturado fundamentalmente numa dualidade jurisdicional em que (entre os gauleses!) há a figura do “juiz-judicial” e outra do “juiz-administrativo”. Ao juiz-administrativo cabe a apreciação de litígios de administrados em face da Administração Pública. Por sua vez, ao juiz-judicial cabe, apenas, os litígios versados em matéria civil e criminal. Isso significa, mais ou menos, que um juiz-judicial francês faz – mais ou menos – o que um juiz-judicial brasileiro fazia no século XIX.²

¹ O uso da expressão contencioso administrativo neste texto considera a importante advertência de Romeu Felipe Bacellar Filho (2009, p. 60), escorado em Marcello Caetano (2003, p. 388), que se preocupa com a conotação absolutista do termo, carregada de conotação histórica: “Propositadamente evitamos, quanto possível, empregar a expressão *contencioso-administrativo*. É que, como em várias ocasiões temos frisado, pesa sobre ela uma carga emocional influenciada por factores históricos e preocupações políticas determinante de um preconceito existente em muitos países contra o que se julga ser a subtração autoritária dos actos da Administração ao conhecimento dos juízes ordinários. Ora, é necessário desprender o conceito de contencioso administrativo das suas origens históricas em França e trata-lo à luz dos princípios gerais de Direito *sine ira ac studio*” (CAETANO: 2003, p. 388).

² Francisco Rezek ensina isso expressamente em suas palestras, quando relata uma conversa sua com o ex-Premiê espanhol Felipe Gonzales, que, amigo do insigne jurista brasileiro, indagou-lhe “como é que pode um juiz brasileiro se meter até na vida política de uma presidente da República eleita pelo povo (?)”, no que Rezek lhe respondeu que, no Brasil toda questão é jurisdicionável perante o Judiciário togado, absolutamente toda questão! Esta palestra de Rezek ocorreu na Assembleia Legislativa do Estado do Paraná no dia 12 de agosto de 2016 e foi testemunhada pelos autores deste artigo e por inúmeras autoridades e estudantes. Acessível in: <https://www.youtube.com/watch?v=UcxEg3JNV04>

Caracterizadamente, este pretende ser um estudo comparado entre a jurisdição administrativa francesa e a jurisdição administrativa brasileira, principalmente sob os aspectos da competência para atuação dos agentes destinatários da norma de competência. O tema é analisado no Brasil com certa parcimônia. Tem-se a impressão de que a unidade de jurisdição acachapou o estudo da jurisdição administrativa. Mas não. Há espaço e demanda para o estudo da temática.

Basta uma breve leitura do art. 109, da Constituição da República de 1988, para perceber que foi criada uma jurisdição administrativa na Justiça Federal para processar e julgar causas em que a União, autarquia, sociedade de economia mista, empresa pública, fundação forem autoras, rés, assistentes ou oponentes; entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município; aquelas ações fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, e algumas outras previstas no referido dispositivo, apenas como exemplo. Há, ainda, a previsão constitucional da garantia do contraditório e da ampla defesa em processo administrativo (art. 5º, inc. LIV e LV, da CR/1988). Isto pode indicar a existência de uma jurisdição administrativa no Brasil.

Quer-se saber se o estudo comparado entre a jurisdição administrativa francesa e a jurisdição brasileira permite apontar a existência de um contencioso administrativo³ no Brasil? Esta pergunta deverá ser respondida por meio deste artigo. O modelo francês confere à dicotomia público-privado especial força distintiva, conduzindo ao apartamento entre direito público e privado em sentido subjetivo, considerando públicos aqueles litígios que envolvem o Estado. Uma crítica deve ser desenvolvida a partir da concepção do Direito Privado Administrativo⁴, aquele que

³ Entendido, aqui, em sentido formal, como “órgão ou conjunto de órgãos competentes para exercer jurisdição, com ou sem definitividade em suas decisões, em hipóteses de ameaça ou lesão de direitos subjetivos pela Administração” (MOREIRA NETO: 1977, p. 70).

⁴ Segundo Maria João Estorninho, “a especificidade deste Direito Privado Administrativo está no facto de a entidade administrativa não gozar plenamente da autonomia privada negocial, estando antes sujeita a algumas vinculações jurídico-públicas” (ESTORNINHO: 2009, p. 122). A teoria de Estorninho cuida de analisar a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais, pois “o risco de serem lesados os direitos fundamentais, por parte da Administração Pública, é especialmente grande e é, sem dúvida, maior do que por parte do Parlamento ou da Jurisprudência”. E explica o substrato desta afirmação: “A razão para este facto não estará no facto de a Administração ser ‘menos fiel’ à Constituição, mas no maior número de decisões a tomar e em menor espaço de tempo” (ESTORNINHO: 2009, p. 224). Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em obra por si coordenada dedicada ao tema, ensina que: “(...), o regime jurídico privado (ou direito privado administrativo), com as peculiaridades decorrentes do direito administrativo derogatório do direito comum, é aplicável nas quatro matérias que constituem, basicamente, o objeto do direito administrativo: na Administração Pública como *sujeito*, na Administração Pública como *atividade* (função administrativa do Estado), nas

considera essencial ao Estado Pós-Moderno a intrínseca relação entre direito público e privado, superando-se a ideia de poder extroverso do Estado como marca primordial de um regime jurídico administrativo e, conseqüentemente, de outra concepção de derrogação do chamado direito comum. O objetivo é realizar os interesses do cidadão previstos na Constituição em sentido material, promovendo igualdade – na concepção da *Melhoria de Pareto* (DOMINGUES: 2011, p. 39-47).

relações jurídicas de que é parte e nos *bens* que integram o seu patrimônio”. Em seguida, a autora estabelece o ciclo evolutivo da relação entre direito administrativo e direito civil, apontando o estágio atual: “Se quisermos resumir, *grosso modo*, a influência do direito civil sobre o direito administrativo, pode-se partir de uma primeira fase, do primado do direito civil, para uma fase de publicização do direito civil e, agora, para uma fase de duplo movimento: de um lado, a privatização do direito público, em decorrência da busca mais intensa de institutos do direito privado (chamada, por alguns, de *fuga para o direito privado*); de outro lado, a chamada constitucionalização do direito administrativo” (DI PIETRO: 2013, p. 7).

CAPÍTULO 1 – A CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

A Constituição da República de 1988 estabelece em seu art. 1º, *caput*, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Essa previsão acarreta em considerável transformação do papel do brasileiro, nato e naturalizado, perante o Estado e a coletividade. Antes, o cidadão brasileiro não era considerado sujeito de direitos fundamentais; era tratado como se fosse um “súdito” do Estado, um administrado.⁵ Desde 1988, o brasileiro nato e naturalizado, para além de serem cidadãos, são pessoas humanas que devem ser tratadas com dignidade. E isso tudo se extrai do art. 1º da Constituição da República de 1988.⁶

Por isso, importante estabelecermos como premissa a qual modelo de sociedade se refere a Constituição da República de 1988, segundo a sistematização de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1995). Segundo o autor, a coletividade mundial se molda pelo modelo de “sociedade do conhecimento”, diante da “explosão do **conhecimento**” (MOREIRA NETO, 1995, p. 30). Destaca, ainda, que o conhecimento “sobressai, assim, ao lado dos clássicos fatores de produção – terra, capital e trabalho – que, embora sobreexistentes, deixaram de ser decisivos”. Por isso, o conhecimento passou a condicionar os demais fatores de produção, pois de nada adiantaria a existência desses sem o conhecimento para torna-los produtivos (MOREIRA NETO, 1995, p. 31).

Ao demonstrar a metodologia do trabalho desenvolvido em **Sociedade, Estado e Administração Pública**, Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta organograma (MOREIRA NETO, 1995, p. 29) estruturante das vinte e oito tendências

⁵ Odete Medauar (2003, p. 220) faz a distinção entre administrado e cidadão com base em Delperée: “Quanto ao termo *administrado*, este recebe críticas por subentender passividade ou sujeição do indivíduo ao poder administrativo (...); o termo *cidadão* pode dar a entender que se trata somente daquele que detém direito de votar e ser votado, o que significaria restritividade de sentido; esse não é o sentido atribuído ao termo *cidadão* nas obras supracitadas; com este termo, se quer designar a pessoa considerada portadora de direitos perante o poder público, não o súdito submisso e subordinado, sem possibilidade de nada pleitear”.

⁶ “Pode-se dizer, assim, que há entre direitos fundamentais e democracia uma relação de *interdependência* ou *reciprocidade*. Da conjugação desses dois elementos é que surge o Estado democrático de direito, estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas *sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana*” (BINENBOJM, 2008, p. 50-51).

estudadas no livro. As tendências que nos interessam são as seguintes: “sociedade do conhecimento”, que se subdivide em “sociedade pluralista” e “sociedade global”; a “sociedade pluralista” divide-se em “sociedade participativa” e “sociedade competitiva”; por sua vez, a sociedade pluralista transformou o Estado em um “Estado Democrático Participativo”, “Pluriclasse”, “Imparcial”; e, por se esperar “imparcialidade nas decisões do Poder Público”, em “Estado de justiça”; e, o “estado Governável”, em contraposição ao mau governo. Nesse tocante, as tendências decorrentes desses modelos de Estado são a “participação administrativa”, impessoalidade administrativa, “moralidade administrativa”, “desestatização”, “descentralização”, “uniformização administrativa”, “processualização administrativa”, “principiologia administrativa”, “discricionariedade técnica” e “controle intermédio administrativo”. (MOREIRA NETO, 1995, p. 24-28). Jacqueline Morand-Deville (2017, p. 72) acentua importância tendência para mutação do Direito Administrativo: a *democracia participativa*, “também conhecida como *democracia deliberativa*”, consequente da transformação dos “administrados” em “cidadãos” plenos de direitos. Essas tendências orientam a atuação administrativa e estão incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro. Não se trata de inovação, mas de reconhecimento da importância dessas tendências para a consensualização da atividade administrativa processualizada, tema objeto desta dissertação. Adverte-se ao leitor que essas tendências estão incorporadas no discurso “fio-condutor” deste trabalho acadêmico.

1.1 A *democracia administrativa participativa brasileira*

A democracia foi pensada como uma forma de governo dos interesses da sociedade organizada, exatamente como um passo evolutivo adiante de um regime autocrático (BINENBOJM, 2008, p. 50). Gustavo Binjenbojm (2008, p. 50) ensina que a democracia se conforma em um “projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que sejam não apenas os destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado”.

Vitor Rhein Schirato (2010, p. 10) denota a influência do segundo pós-Guerra para a participação cidadã:

Com a consolidação da democracia em diversos dos países ocidentais a partir do segundo pós-guerra, a realidade é profundamente alterada. Diversas são as afirmações de direitos fundamentais dos cidadãos contra os Estados, desde direitos basilares como a vida, a liberdade e a propriedade, até complexos direitos sociais. O cidadão agiganta-se em face do Estado, passando a ser detentor de direitos e credor de resultados específicos. Não há mais a possibilidade de imposição unilateral de decisões em todos os casos, sem processo prévio de diálogo. Passa a haver garantias aos administrados de participação e interação das decisões públicas.

A nosso ver, todo esse processo acima está intimamente ligado à consolidação do Estado de direito e da democracia, na medida em que o conceito de ambos é diametralmente oposto à imposição de decisões, à unilateralidade e ao autoritarismo ilimitado. Valores democráticos passam a exigir que o Estado não somente produza resultados conforme à lei, mas que siga o caminho legalmente disciplinado para produzir tais resultados, de forma concertada com aqueles direta e indiretamente interessados no conteúdo do ato a ser exarado.

Num sistema político democrático nasce, vive, floresce uma sociedade pluralista e no seu seio é que o “conflito de classe é multiplicado por uma miríade de conflitos menores corporativos”; “os interesses contrapostos são múltiplos” e se torna impossível satisfazer aos dois simultaneamente. (BOBBIO, 2013, p. 94). Em outra obra, Norberto Bobbio exorta a criação constitucional dos direitos fundamentais como suposto da democracia e pressuposto da solução pacífica de conflitos:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo (BOBBIO, 2004a, p. 1).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1995, p. 33) adotou a caracterização de Arthur F. Bentley para afirmar que a **sociedade pluralista** se origina na “existência de grupos de interesses comuns a um conjunto de indivíduos que desenvolvem uma atividade concertada para realizá-los”. Trata-se de harmonizar os interesses contrapostos dos grupos de interesse para o progresso de toda a coletividade. Dessa pluralidade

Norberto Bobbio, ao estudar a relação entre liberalismo e democracia, aponta a existência de um neoliberalismo comopositor da consolidação da democracia, como exemplo as práticas corporativistas. Desse movimento, destaca uma proposta ofertada por uma corrente de escritores que exige a limitação constitucional do poder econômico e fiscal (dentre outros) do parlamento para impedir um aumento da dívida pública com demandas sociais, respostas políticas a essas demandas. Não obstante

isso, os “neoliberais” – expressão adotada por Bobbio – defendem o entendimento da democracia como complexo de regras de um jogo que poderá ser utilizado para se atenderem os interesses corporativos já mencionados. Como forma de redução das discriminações políticas, realizou-se uma “reação democrática diante dos neoliberais” por meio da exigência da extensão do direito de participação na tomada de decisões coletivas para além dos parlamentos, passando-se da “democracia de equilíbrio” para a fase da “democracia de participação”. (BOBBIO, 2013, p. 96). Por isso, Jorge Miranda (2008, p. 10) conclui que “não há direitos fundamentais sem reconhecimento duma esfera própria das pessoas; não há direitos fundamentais em Estado totalitário ou, pelo menos, em totalitarismo integral”. A democracia demanda uma Constituição que estabeleça um Estado Democrático de Direito.

Sob a perspectiva da constitucionalização do Direito Administrativo, deve se considerar que a participação democrática advém de uma “projeção política da *autonomia pública e privada* dos cidadãos, alicerçada em um conjunto básico de direitos fundamentais” e é por isso que a regra da maioria, suposto da democracia, “só é moralmente justificável em um contexto no qual os membros da comunidade são capacitados como *agentes morais emancipados* e tratados com igual respeito e consideração”.⁷ O fundamento axiológico da regra da maioria se encontra no valor igualdade, o qual se reconfigurou substancial e juridicamente no princípio da isonomia; e desse princípio se origina o “princípio da maioria como técnica de deliberação coletiva”. (BINENBOJM, 2008, p. 50). Por isso, Gustavo Binjenbojm (2008, p. 50 e ss) analisa a *interdependência* entre direitos fundamentais e democracia. Segundo o autor, o Estado Democrático de Direito exsurge da união entre esses dois elementos e se estrutura como “conjunto de instituições jurídico-políticas sob o fundamento e para a finalidade” de proteção e promoção da “dignidade da pessoa humana”. Então, segundo o Binjenbojm (2008, p. 55), os direitos fundamentais são “condições democráticas” reconhecidas pela “comunidade política” como princípios. A ausência de direitos fundamentais importante em negativa à “cidadania em sentido pleno” e inexistência de “verdadeiro processo político deliberativo”.

⁷ Na mesma obra, o Gustavo Binjenbojm posiciona-se firmemente sobre a importância da liberdade moral do cidadão para a legitimidade da democracia em passagem que serve como complemento à citação *supra*: “Deste modo, uma democracia só pode ser verdadeiramente considerada o governo segundo a vontade do povo se os cidadãos são tratados como agentes morais autônomos, tratados com igual respeito e consideração” (BINENBOJM, 2008, p. 55).

Está na Constituição de 1988 a previsão de que há direito de participação do cidadão na administração popular. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1995, p. 94), o ordenamento jurídico brasileiro segue movimento juspolítico mundial por viabilizar a realização da “sociedade participativa”, expressão dominante neste milênio, segundo o autor, que está relacionada à legitimidade.⁸ Participação administrativa decorre da participação política, esta presente na atuação do Legislativo e do Judiciários, os quais contém órgãos que agem provocados; aquela, por sua vez, apresenta maior dinamismo em face de que o exercício da função administrativa comporta deveres a serem exercidos por ofício do administrador público e, por exigência constitucional, demandam a participação do cidadão na formação do consenso⁹. A participação administrativa consoma “dupla função: legitima as futuras decisões e amplia o controle de legalidade, de legitimidade e de moralidade daquelas já tomadas” (MOREIRA NETO, 1995, p. 94).¹⁰

Como se afirmou, a participação administrativa concretiza o princípio democrático. Por isso, pode-se afirmar que a participação administrativa pressupõe a democracia.

Na esteira das transformações sociais, o Direito Administrativo também experimenta profundas modificações nas relações sociais, principalmente a partir do final do século XX e princípio deste século XXI. Desde a modernidade estudada por Norberto Bobbio, passando pela pós-modernidade do Direito Administrativo estudada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto e por Marçal Justen Filho, até Jaqueline Morand-Deviller (2017, p. 72), estudiosa do Direito Administrativo globalizado, quem defende que as esse ramo do Direito passa para um estágio de envelhecimento do pós-modernismo e que já é tempo de refletir sobre o que poderá se tornar num “Pós-pós-modernismo”. As mutações do Direito Administrativo foram reunidos pela autora em cinco pontos importantes: “a proliferação das fontes do Direito Administrativo”; a “sua globalização”; a sua “constitucionalização; a regulação e o contrato; e a *democracia administrativa participativa* (MORAND-DEVILLER, 2017, p. 66).

⁸ Destaca-se que, não obstante o livro citado ter sido escrito e publicado durante a primeira metade da década de noventa, o seu autor considerou a evolução social que enfrentamos e que impactou a Assembleia Constituinte de 1987 e o produto de seu árduo trabalho: a Constituição da República de 1988.

⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p. 160) assim se posicionou sobre os significados da palavra *consenso*: “(...), no sentido psicológico, é a coincidência de sentimentos; no sentido sociológico, é a coincidência de propósitos e no sentido jurídico, que lhe confere De Plácido E Silva, é a coincidência na “manifestação de vontade”.

¹⁰ Sobre o tema, conferir, também, o livro de Gustavo Justino de Oliveira (2010, p. 20-23).

Para a autora, a constatação de que o pós-modernismo envelheceu propicia refletir sobre uma nova organização social, na qual essa transformação pós-pós-modernista propiciará uma evolução do consensualismo para um “*convivialismo*”. Nas palavras de Morand-Deviller (2017, p. 72), trata-se de “um novo contrato social no qual a participação dos cidadãos – que ao se comprometerem por todos comprometem-se também por eles mesmos – será mais efetivo”. Nesse novo contrato social, a *solidariedade* é alçada a princípio legitimador das fontes do Direitos e serve de moto próprio à promoção de valores sociais em contraposição à “onipresença da ideologia de mercado”.

Não obstante sua importância, o *convivialismo* não é objeto deste estudo; mas, sim, o consensualismo, o consenso e a consensualidade. E, para essa temática, torna-se importante estabelecer que são resultados do consensualismo a transposição da ideia de “administrado” para a noção de “cidadão”, a *boa administração* e a criação de uma “democracia administrativa” por demanda do “cidadão”, que exigia – e exige – a participação direta nas decisões estatais, contribuindo para a tomada de postura de um modo ou de outro e, com isso, atuando para a conformação do ato administrativo – o qual pode ser, ou não, uma manifestação de administração pública imperativa ou consensual.¹¹ Para Jacqueline Morand-Deviller, o Estado francês incorporou as demandas dos cidadãos franceses e instituiu mecanismos de “democracia administrativa participativa” para viabilizar a *boa administração* dos interesses públicos pelo Estado. Por isso, para a autora, são esses os graus da democracia participativa: a Administração transparente, a Administração dialógica e a Administração participativa (MORAND-DEVILLER, 2017, p. 72-74).

Vejam-se, topicamente, cada um dos graus: Primeiro grau: **Administração transparente**. Por isso, na França, “o *direito à transparência e à informação* dos cidadãos” foi Constitucionalizado, desde 2005, pela *Carta do Meio-Ambiente* e a Administração Pública tem o dever de ser transparente; não se trata de fornecer informação apenas quando solicitada, mas de torná-las disponíveis para quando o

¹¹ Esta passagem do *Curso de Direito Administrativo*, de Marçal Justen Filho, corrobora e complementa a afirmação de Jacqueline Morand-Deviller: “É verdade que a legitimidade e a validade dos atos estatais não dependem da participação efetiva e real de cada cidadão. Mas somente haverá a legitimidade e a validade quando a disciplina jurídica não excluir essa participação. O cidadão não é um súdito, um inferior, um servo do Estado. Os governantes e os governados encontram-se em posição de igualdade, todos submetidos ao Direito, ainda que haja competência dos primeiros de tomarem decisões vinculantes para todos. A competência decisória atribuída aos agentes estatais não se funda na posição de supremacia ou superioridade deles em face dos governados, mas na soberania popular” (JUSTEN FILHO, 2016, *ebook*).

cidadão quiser acessá-las (MORAND-DEVILLER, 2017, p. 73). Segundo grau: **Administração dialógica**. Primeiro a informação; depois, o diálogo, o qual deve ser promovido por meio de uma “organização obrigatória ou facultativa de um *debate aberto aos cidadãos*”. Jacqueline Morand-Deville ensina que o amplo debate sobre a adoção da “Carta do Meio-Ambiente” e das Leis francesas Grenelle I e II, respectivamente introduzidas em 3 de agosto de 2009 e 12 de julho de 2010. Nesse debate, consagrou-se a ideia de uma *governança a cinco* – Estado, coletividades territoriais, empresas, associações e organizações não governamentais. A autora faz breve referência, ainda, a novos procedimentos de consenso: as “conferências de cidadãos” – que reúnem a população por meio de representantes e especialistas para debate de temas relevantes – e as “conferências abertas” – as quais trataram das novas tecnologias e suas retroatividades. Por exemplo: a previsão, na lei francesa de 17 de maio de 2011, de que as conferências organizadas na internet poderão ser substituídas por “consultas obrigatórias”. E desse segundo defluiu o terceiro grau: **Administração participativa**, pois é essencial criar métodos e procedimentos para garantir que as opiniões dos cidadãos sejam levadas em consideração pela Administração e para permitir o controle da apreciação das proposições populares pelos agentes públicos. Nas palavras de Jacqueline Morand-Deville (2017, p. 74), passa-se ao “grau superior da democracia participativa: o procedimento de participação”. O artigo 7 da *Carta do Meio-Ambiente*, norma constitucional francesa, criou o princípio da participação ao estabelecer o direito do cidadão participar da elaboração das decisões públicas que incidam sobre o meio-ambiente. Não obstante a perspectiva francesa da autora, sua análise, em alguma medida, desborda as fronteiras francesa e europeia. Morand-Deville (2017, p. 74) sugere que a França poderia se inspirar nas “agências especializadas, *notices and comments, facilitators* nos Estados Unidos” e nos “estudos de impacto” canadenses; ou, ainda, nos “Conselhos de sábios” da Suécia. Ao identificar que as Administrações mundiais precisam conciliar movimentos opostos – globalização e mundialização dos problemas *versus* múltiplos e dispersos centros de poder e de informação –, a autora afirma com precisão que “o Administrado, promovido a cidadão”, agora tem novos deveres: “o de se informar, o de discutir, o de questionar e o de participar”, pois a *boa administração* precisa de bons administradores e, mais ainda, de bons cidadãos. Nessa mesma linha, Gustavo Justino de Oliveira (2010, p. 20) constata que a redação do artigo 1º, *caput*, da Constituição da República de 1988 denota a configuração da

república brasileira como um *Estado Democrático de Direito* e que há um “tratamento meticoloso” à Administração Pública brasileira nos artigos 37 a 42; portanto, conclui que “teve início no Brasil a real *democratização administrativa*”, a qual se realiza por meio da *participação popular* e do *processo administrativo*.

Facilmente pode se perceber que o Brasil caminha *pari passu* com a França e com a Europa, pois há regra constitucional que estabelece a participação da comunidade e, por isso, do cidadão brasileiro nas “ações e serviços públicos de saúde” como diretriz (art. 198, III, da Constituição de 1988) e a violação dessa regra importará em instituição de despesa ao arrepio da Constituição, nula de pleno direito. Há, ainda, alguns outros exemplos: o planejamento e a execução da política agrícola (artigo 187); a participação dos trabalhadores, dos aposentados e dos empregadores na organização da seguridade social (art. 194, VII); participação da população na formulação das políticas e no controle das ações por meio de organizações representativas; “democratização dos processos decisórios com participação e controle social” erigido a princípio do Sistema Nacional de Cultura pelo § 1º do artigo 216-A.

Portanto, há métodos e procedimentos constitucionais no Brasil para se afirmar que o Estado Democrático de Direito estabeleceu, também, uma “democracia administrativa participativa”, afastando-se a impressão de que as lições de Jacqueline Morand-Deviller utilizadas neste estudo pudessem ser meros transplantes teóricos. Mas não; tratam-se de construções teóricas profundamente úteis ao desenvolvimento da *democracia administrativa participativa brasileira* criada pela Constituição de 1988.

1.2 A importância da constitucionalização do Direito Administrativo para a conformação da *democracia administrativa participativa brasileira*

Entender a Constituição brasileira de 1988 e perceber a sua influência sobre todos os ramos do Direito não demanda uma discussão ideológica, mas instaurar um diálogo entre autores constitucionalistas e dos outros ramos do direito. Principalmente, entre aqueles e os que estão inseridos no ramo específico no qual o se encontra o tema objeto de estudo. No presente caso, o Direito Administrativo.

Portanto, não obstante acreditarmos que a Constituição brasileira de 1988 tem viés social democrata, percebe-se que há fortes traços liberais que demandam a

participação ativa da iniciativa privada na satisfação de interesses públicos não estatais em clara aplicação do princípio da subsidiariedade.

Marçal Justen Filho destaca o papel da “permeabilização do Direito Administrativo pelo Direito Constitucional”. Afirma que tal fato conduz

à correspondente revisão das estruturas clássicas da disciplina. No entanto, o processo de constitucionalização do Direito Administrativo ainda se encontra em etapa inicial. Existe uma notável defasagem entre o Direito Administrativo e a evolução filosófico-jurídica do restante do direito público. A organização do aparato administrativo do Estado se modela pelas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar do século XIX. A fundamentação filosófica do Direito Administrativo ainda se reporta à clássica disputa entre Duguit e Hauriou, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. Mais do que isso, predomina a influência do pensamento de Hauriou muito mais intensamente do que a de Duguit. O conteúdo do Direito Administrativo é preenchido por institutos vinculados a concepções políticas de um período distante. Ou seja, o Direito Administrativo continua vinculado a concepções filosóficas, políticas e constitucionais que vigoravam na primeira metade do século XX. A evolução radical do constitucionalismo do final do século XX permanece ignorada pelo Direito Administrativo. O resultado é que o Direito Administrativo, nos dias atuais, exterioriza-se em concepções e institutos que refletem uma visão autoritária da relação entre o Estado e o indivíduo. A manifestação mais evidente desse descompasso reside na concepção de que o fundamento do Direito Administrativo consiste na supremacia do interesse público. Essa proposta incorpora o germe da rejeição à importância do particular, dos interesses não estatais e das organizações (JUSTEN FILHO: 2008, p. 66-67).

A transcrição do trecho desse importante estudo de Marçal Justen Filho denota que não devemos tratar a constitucionalização do Direito Administrativo como algo posto; na verdade, encontramos-nos em fase de transição entre as práticas administrativas modernistas da metade do século XX, mas criando mecanismos e instrumentos para a concretização plena do pós-modernismo, período de consolidação do respeito ao cidadão titular de direitos fundamentais.

Noutra obra, Justen Filho (2016, *ebook*) explica que a ideia de legitimação racional desenvolvida por Max Weber é a que melhor se relaciona com o Estado de Direito, sobre quem se centraliza o monopólio da violência. O Estado de Direito, então, conjuga três “postulados fundamentais”: a tripartição de poderes, a “generalização do princípio da legalidade” e a “universalidade da jurisdição”. Em síntese, mas com muita precisão, Marçal Justen Filho (2016, *ebook*) afirma que a prevalência das normas jurídicas gerais e abstratas sobre a vontade do governante decorre de um sistema hierárquico no cume do qual figura a Constituição. Segundo a ideia de *supremacia da Constituição* – e esse talvez seja um quarto postulado do Estado de Direito proposto pelo autor – existem normas hierarquicamente superiores a outras, as quais prevalecem sobre os outros atos estatais e não estatais.

Sobre o “*princípio da supremacia da Constituição*”, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p. 147) traz entendimento de que se trata de contribuição estadunidense e de que sua importância foi notada desde logo pela escola positivista do Direito, para a qual era suficiente a “subsunção formal à Constituição” para “imprimir legalidade a toda a ordem jurídica”. Mas, segundo o autor, o pós-positivismo fez notar que a supremacia da Constituição e a consequente concretização de uma “legalidade estrita” positivista são insuficientes. Por isso, constatou-se necessário incluir o subsídio dos “juristas vintecentistas, do princípio da *força vinculante da Constituição* que, a partir dela, imprime *legitimidade* a toda a ordem jurídica”. Portanto, este é um importante aspecto da constitucionalização do Direito Administrativo: conferir legitimidade ao ordenamento jurídico a partir da *força vinculante da Constituição*.

Virgílio Afonso da Silva, um dos estudiosos da constitucionalização do Direito no Brasil, ensina que:

“a Constituição brasileira consagra também outros direitos fundamentais que não são aqueles chamados de ‘clássicos’, ao contrário do que ocorre com a Constituição alemã, cujo catálogo de direitos fundamentais consagra essencialmente direitos de caráter liberal, ou seja, liberdades públicas. (...). Por conseguinte, qualquer extensão desse âmbito de aplicação a outros tipos de relação que não as relações indivíduo-Estado, exige uma fundamentação que não é trivial. Essa é, dentre outras, a razão pela qual a doutrina e a jurisprudência alemãs sempre deram, desde a promulgação da Constituição, em 1949, grande atenção ao problema e é por isso, também, que quase todas as teorias para reconstrução do problema forma desenvolvidas inicialmente por autores alemães, que tinham que superar dificuldades e limites do texto constitucional alemão que não estavam presentes nos outros países.” (SILVA, 2014, p. 23).¹²

Segundo Marçal Justen Filho (2016, ebook, cap. 1), o Estado de Direito, obra das revoluções francesa e inglesa, centralizou a violência para poder permitir a manutenção do poder político durante algum tempo, ou seja, temporariamente. E propõe o consenso entre os cidadãos como a “única alternativa para a existência permanente do Estado”. O consenso pressupõe a igualdade de tratamento dos indivíduos titulares de “direitos insuprimíveis”. Consequentemente, dessa igualdade decorre o *direito de participação igualitário* por meio de um procedimento democrático.

¹² E continua: “O caso brasileiro é, portanto, diverso, já que, além dos direitos de cunho meramente protetivos, a Constituição garante também direitos sociais e os chamados direitos dos trabalhadores. Diante disso, muitos dos problemas que deram início ao debate alemão sobre a constitucionalização do direito e os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, seja na doutrina ou na jurisprudência, não ensejam grandes controvérsias no caso brasileiro, devido a previsões expressas na Constituição. (...)” (SILVA, 2014, p. 23-24).

Justen Filho (2016) afirma que o “*Estado Democrático de Direito* é uma construção que condensa esses conceitos”. Limita o exercício de seu próprio poder e se sujeita ao procedimento (preferimos o termo “processo”) democrático, eleva a dignidade da pessoa humana à categoria de princípio jurídico e, assim, reconhece os direitos fundamentais dos cidadãos. Desse modo, considerando o postulado que corta transversalmente o seu *Curso de Direito Administrativo* é a vinculação e a sujeição das competências estatais aos direitos fundamentais, Marçal Justen Filho (2016, ebook, cap. 1) ensina que o conteúdo da função administrativa “deixa de ser um poder orientado à realização de um interesse público abstrato para tornar-se um instrumento de realização concreta dos direitos fundamentais”.

Para Alfonso García Figuerola, *constitucionalização* é “o processo e o resultado da transformação do Direito pela Constituição” (GARCÍA FIGUEROA, 2005, p. 163). Em sentido muito parecido, Marçal Justen Filho (2013, p. 102) vincula a *constitucionalização do Direito Administrativo* a sua atualização e a sua elevação ao “nível das instituições constitucionais”. Consiste, ainda, em “submeter a interpretação jurídica de todas as instituições do direito administrativo a uma compensação fundada concreta e pragmaticamente nos valores constitucionais”. Portanto, trata-se de um movimento que visa realizar uma transmutação de uma fase a outra, configurando-se como uma evolução do ordenamento jurídico.

Irene Patricia Nohara (2013) identifica que o Direito Administrativo brasileiro recebeu influência da Constituição de 1988. O Estado Democrático de Direito constitucional pós-1988 influencia o “acolhimento de uma hermenêutica que (re)valoriza a dimensão principiológica na produção normativa”. Trata-se daquilo que Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p. 148) classificou como *novo constitucionalismo* ou *nova teoria do direito*. Nohara (2013) sintetiza a precisa influência do desse *novo constitucionalismo* sobre o Direito Administrativo:

Caso se tome por pressuposto que os princípios e direitos fundamentais têm dimensão normativa, isto é, que eles também têm seu grau de cogência, surge o expediente do juízo de ponderação/razoabilidade ou proporcionalidade para verificar o grau de restrição e condicionamento das liberdades individuais aos desígnios coletivos.

A autora parece relatar uma nova hermenêutica jurídica, a qual quer vencer a regra de ouro da subsunção formal ao texto constitucional para a (re)valorização axiológica dos princípios. Diante destas transformações sumarizadas até este ponto,

pode-se perceber que a transformação do papel do administrado em cidadão, conferindo-lhe o direito de participar das decisões públicas, com destaque às decisões administrativas, são oriundas do Estado Democrático de Direito, movimento de mudança estatal que repercutiu no ordenamento jurídico brasileiro. A *constitucionalização* do Direito, sob influência do Estado Democrático, obriga a Administração Pública republicana e federativa brasileira a ouvir e incorporar no *agir* administrativo a palavra e a vontade do cidadão ver concretizados os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil, que são: a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a extinção do preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação. E isso é só o começo, porque o constituinte não pretendeu esgotar a matéria.

Não obstante serem múltiplos os *novos espaços abertos para o Direito Administrativo* – parafraseando Javier Barnes (2011, p. 34) –, este trabalho se focará na consensualidade administrativa, “como termo plurívoco” (NOHARA, 2013), e na sua configuração como uma qualidade do agir administrativo, verdadeiro requisito de validade.

1.3 Consenso, consensualização e consensualidade: diferenciações

Por ser um “termo plurívoco”, e diante de que autores como Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016), Irene Patricia Nohara (2013) e Thiago Marrara (2017; 2014) trataram do tema partindo de diferenciações terminológicas, necessário se faz abordarmos as diferenças vocabulares oferecidas pelos autores, com a finalidade de se estabelecerem quais os sentidos serão por nós adotados neste trabalho.

Para Thiago Marrara:

As técnicas de *consensualização* administrativa servem exatamente a esse fim¹³. A compreensão dessa asserção requer certas explicações terminológicas. A respeito da

¹³ Servem para “se evitar a regulação simbólica e viabilizar a regulação real, mais que definir as competências das entidades reguladoras, o legislador necessita estimular, prever ou permitir a adoção

distinção entre consensualização, consenso, consentimento e consensualidade, valho-me do quanto abordado em estudo específico sobre as transformações e tendências do direito administrativo brasileiro (MARRARA, 2017, p. 275). “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. Diante desse breve panorama, não há que se confundir *consensualidade*, como resultado, com *consensualização*, aqui correspondente a um fenômeno de intensificação da criação e do uso de mecanismos de gestão que valorizam o consentimento da sociedade ou do cidadão no processo de elaboração de decisões administrativas (MARRARA, 2014, p. 40).

Percebe-se que o trecho supracitado traz os quatro vocábulos mais utilizados pelos autores que tratam sobre *consensualidade* na *administração pública*¹⁴, segundo Marrara (2014). Não obstante a relevância da distinção trazida pelo autor, destacam-se os vocábulos *consenso*, *consensualização* e *consensualidade* como aqueles que mais repercutem e mais importam para este trabalho.

Sobre consenso: parece não haver dúvida sobre seu sentido. Para Marrara (2014, p. 40), “consenso é aceitação recíproca pelas partes envolvidas ou o acordo sobre um determinado objeto que interessa a mais de um sujeito”. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p. 160), tem três sentidos: um “sentido psicológico”, um “sentido sociológico” e um “sentido jurídico”, sendo este último o que mais nos interessa: “é a coincidência na ‘manifestação de vontade’”.

Giacomo Sani (2004, p. 240) parte do pressuposto de que o consenso nas “sociedades complexas” é incerto, pois se “a variedade dos fenômenos em relação aos quais pode ou não haver acordo” torna evidente “que um Consenso total é um tanto improvável” em “pequenas unidades sociais”, será impensável nas unidades sociais complexas. Irene Patricia Nohara (2013), mesmo que não tenha citado expressamente Giacomo Sani (2004) em seu texto, pensa de forma muito semelhante. Entende que o consenso deve ser intersubjetivo; que nem sempre resultará de uma “persuasão racional”, pois a decisão poderá ser tomada por um ou mais dos intérpretes autorizados, ocorrendo sobreposição de “visões de mundo” e, assim, pode

de mecanismos aptos a imprimir legitimidade e efetividade às suas tarefas e às políticas públicas que elas instrumentalizam”, segundo Marrara (2017, p. 275).

¹⁴ Adotaremos as definições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 125), para quem “*administração pública*”, com iniciais minúsculas, são “as atividades preponderantemente executórias, definidas por lei como funções do Estado, gerindo recursos para a realização de objetivos voltados à satisfação de interesses especificamente definidos como públicos”; e, “*Administração Pública*”, com iniciais maiúsculas, “não são designativas da *atividade*, mas do *ente* ou *órgão* que exerce a gestão estatal, na acepção subjetiva de *Estado-administrador*, ou, por vezes, de *Governo*, neste caso tomado em seu sentido mais estrito, excludente das atividades legislativas e jurisdicionais”.

não persuadir a todos; e adverte que “nem sempre a dialogicidade democrática, num contexto plural, é isenta de risco de imposição”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016. p. 160) afirma que o consenso deriva da espécie de relação denominada “cooperação”, em oposição àquela chamada antagonismo. Afirma que a cooperação possibilita:

uma coordenação de diversas expressões de poder com vistas ao atingimento de fins comuns, gerando e desenvolvendo virtudes sociais, como a *tolerância* e a *confiança*, que possibilitam a concertação de vontades e o surgimento do *consenso*, (...).

Por isso, por derivar da cooperação, o consenso deve ser entendido não como unanimidade, mas como um resultado de decisões contramajoritárias, pois o ordenamento jurídico estabeleceu os valores e a principiologia aplicável aos processos decisórios e demanda a participação de toda a sociedade – inclusive de minorias como forma de promoção da redução das desigualdades sociais. Considerando que a Constituição da República de 1988 determinou como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º) a dignidade da pessoa humana, a cidadania e o pluralismo político, e como um de seus objetivos fundamentais (art. 3º) a redução das desigualdades, pode-se afirmar que o consenso será uma das formas pós-modernas para a resolução pacífica dos conflitos; verdadeiro caminho para a emancipação moral do cidadão, para promover a sua liberdade substancial.

Sobre *consensualidade*: Thiago Marrara (2014) define consensualidade a partir do consenso, por ser um “acordo entre os membros de uma determinada unidade social em relação a princípios, valores, normas, bem como quanto aos objetivos almejados pela comunidade e aos meios para os alcançar” (SANI, 2004, P. 240). Por isso, afasta-se a exigência de unanimidade e deve-se falar em “graus de Consenso”, preocupando-se os cidadãos com questões mais relevantes e afastando-se aspectos de por menor. Portanto, pode-se relacionar que o maior ou o menor grau de consenso estará vinculado ao maior dissenso entre cidadãos; em outras palavras, quanto maior o grau de consenso menor será o dissenso. E, ao se tratar sobre “graus de Consenso” na lição de Giacomo Sani (2004), percebe-se que sua teoria repercutiu na lição de Thiago Marrara (2014). Segundo Marrara (2014, p. 40), “a consensualidade, por sua vez, representa o grau de consenso na gestão pública” e “consenso e consensualidade (como grau de consenso em sentido amplo) são meros

resultados eventuais do uso de mecanismos dialógicos. Daí resulta que” – segundo Marrara (2017, p. 276) – “consensualização é meio; consenso é consequência eventual”.

Dessa forma, diante do necessário posicionamento do cidadão frente ao sistema processual, teleologicamente dinâmico, a Administração Pública deverá considerar a consensualidade como caracterizadora de sua atividade; por isso, *processualidade*¹⁵ e *consensualidade* são marcas do agir administrativo pós-moderno. Desse modo, A sociedade poderá se organizar em dois modelos consensuais: o contratual e o convencional. Analisando-se histórica e jusfilosoficamente se pode remontar à Antiguidade (nos ensinamentos das religiões primeiras), passando-se ao Renascimento, pelas ideias de consenso social e legitimidade das instituições. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 38) leciona que:

O conceito consensual *convencional*, distintamente do conceito consensual *contratual*, parte, assim, da ideia de que a *segurança* obtida convencionalmente resulta da *presunção* de que todos se comportarão de acordo com a *expectativa* de que pelo menos uma expressiva maioria adotará esse mesmo *previsível comportamento*. É sob essa presunção que pode germinar no meio social a *confiança*, essa virtuosa situação que a doutrina contemporânea precisamente caracteriza como uma “*expectativa de reciprocidade*”.

A consensualidade presume o agir previsível, confiável. Assim:

Em suma, a *consensualidade*, posta como alternativa preferível à *imperatividade*, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional do emprego do poder (ex.: o poder de polícia) (MOREIRA NETO: 2007, p. 41).

Previsibilidade, confiabilidade, legitimidade são todas expressões que adjetivam a administração pública e a Administração, tornando viável o agir consensual como suplemento da atividade administrativa. A sociedade utiliza as duas formas consensuais: a convencional e a contratual. No entanto, importante é a observação de Marrara (2017, p. 276), para quem os modelos de administração imperativa e consensual convivem A consensualização da administração pública não casou extinção da administração pública imperativa. Mecanismos consensuais se

¹⁵ Este tema será explorado com maior profundidade no capítulo 2.

acoplam a estratégias unilaterais e, de outro lado, medidas estatais coercitivas podem servir de incitação ao diálogo e ao acordo:

Essa conclusão básica é fundamental para evitar ilusões e idealizações a respeito da Administração consensual, bem como para evitar afirmações precipitadas, como a de que o modelo consensual sepultará a administração unilateral clássica. Na verdade, em inúmeros casos, a transformação da consensualização em consensualidade depende exatamente de alguns riscos e estímulos gerados pela existência de mecanismos de Administração unilateral (MARRARA, 2017, p. 276).

A atividade administrativa consensual pode ser de natureza contratual ou convencional, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Paulo Modesto (2010) sistematiza a tratativa sob o aspecto da autovinculação da Administração Pública. Então, a partir de uma autovinculação abrangente, o autor subdivide o tema em: (i) autovinculação unilateral concreta - doutrina dos atos próprios e (ii) autovinculação bilateral – consensualidade na função administrativa ¹⁶ . O conceito de “contratualização da atividade administrativa”, segundo o autor:

“neste contexto, indica uma diretriz política em favor da consensualidade e da composição de interesses no exercício da função administrativa. Assinala, também, não um ato, mas antes um *procedimento administrativo*, uma forma especial de realizar a função administrativa através da sucessão ordenada e encadeada de atos de fiscalização do pactuado. Por óbvio, não designa a adoção generalizada do vínculo contratual clássico no desenvolvimento da atividade de administrar a coisa pública (MODESTO, 2010, p. 15).

Nesse estudo, Paulo Modesto (2010) trata da consensualidade como sinônimo de contratualização e com alcance mais amplo do que aquele oferecido por Moreira Neto (2008). Com a devida vênia, discordamos para aderir à conceituação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008), quem trata de duas outras conceituações consensuais: a contratual e a convencional.

Sobre *consensualização*: Thiago Marrara (2014, p. 40) afirma que esse “fenômeno” (2017, p. 276) se trata de um *meio* para a consensualidade. E a consensualidade caracteriza uma transformação do Direito Administrativo e da administração pública. Thiago Marrara (2017, p. 276) ensina que a consensualização se “**espraia velozmente pelas chamadas atividades restritivas do Estado (...)**”. Dessa frase, destacamos acima, em negrito, o trecho que nos chamou atenção. Denota-se que a consensualização é da **atividade** administrativa, e não dos seus

¹⁶ Para conhecimento de toda a teoria posta pelo autor, confira-se o artigo na íntegra: Paulo Modesto (2010).

entes e órgãos. Pode-se dizer que quem está obrigado a utilizar “técnicas de *consensualização* administrativa” (MARRARA, 2017, p. 275) é o agente público, quem age em nome do Estado no exercício da função administrativa. Por isso, parece-nos mais preciso e correto para a ciência do Direito Administrativo afirmar que se trata da consensualização da administração pública, ou seja, das “atividades preponderantemente executórias, definidas por lei como funções do Estado, gerindo recursos para a realização de objetivos voltados à satisfação de interesses especificamente definidos como públicos” (MOREIRA NETO, 2009, p. 125).

Demonstradas as diferenciações entre consenso, consensualidade e consensualização e estabelecidos os sentidos dessas palavras que serão adotados neste trabalho, estamos autorizados a evoluirmos para uma das quatro propostas de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008) para transformação do Direito Administrativo que justifica a afirmação de que a consensualidade das decisões públicas é mandatória e de que o processo administrativo é o instrumento de consensualização da administração pública por excelência: a legitimidade.

1.4 O paradigma legitimidade e a consensualidade como pressuposto de validade do ato administrativo

O pressuposto deste trabalho, especialmente neste capítulo, a legitimidade se origina de “qualificações antropológicas do consenso”, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 33), como base para o lançamento de novas luzes ao debate sobre o binômio legitimidade e legalidade. Segundo o autor (MOREIRA NETO, 2008, p. 34-35, como destaques em itálico originais), as instituições têm papel preponderante para o desenvolvimento social por se tratar de um “produto nuclear de uma cultura”, verdadeiro “conceito central da *convivência em sociedade*”. A partir de “*padrões no comportamento humano*”, que se formam a partir da *imitação*; essa “reprodução intencional de um comportamento ou de alguns comportamentos anteriores”, próprios ou de terceiros, são reputados como “*respostas individuais eficientes*”. Os comportamentos considerados como eficientes – em oposição àqueles considerados ineficientes -, quando reiterados, geram *hábitos*; a partir do exemplo de funcionalidade do hábito, teremos erigido um *costume*. O *costume* poderá se tornar uma *instituição* estabilizada, desde que seja precedida de uma *convicção geral da*

utilidade em razão dos “valores que instila à convivência com o meio físico e no próprio seio do grupo social”, como a segurança.¹⁷ E conceitua:

Assim se conforma uma *cultura*, como um *complexo institucional desenvolvido em uma sociedade*: um conceito axiologicamente neutro, mas que, em termos pragmáticos, permitirá distinguir as menos eficientes em lidar com os problemas convivenciais daquelas que, por desenvolver maior eficiência, tornam-se aptas a criar, por isso, uma ou mais *civilizações* no curso da História (MOREIRA NETO, 2008, p. 35).

Considerando que a instituição demanda a aceitação de um costume com uma mínima aceitação por um grupo social, pode se afirmar que esta é uma característica consensual institucional oriunda, portanto, do consenso (MOREIRA NETO, 2008, p. 36).

Induzido ou espontâneo, o consenso poderá originar “dois tipos elementares” de fundamentos para a organização social: o contratual e o convencional. O modelo contratual surgiu como “resultado de uma negociação pactuada entre homem e a divindade” na Antiguidade; da Aliança exurgida depois do dilúvio entre Jeová e o povo hebreu; a consensualidade pelo contrato se laicizou na modernidade, com o Renascimento e se intensificou com Hobbes, Locke e Rousseau, os quais se assentaram no “*consenso manifesto* das sociedades, a *legitimidade* das instituições civis” (MOREIRA NETO, 2008, p. 37). Disso tudo, derivam-se dois tipos de legitimidade originadas no consenso: a *legitimidade primária* (“fundada na aceitação substancial, passiva e espontânea, característica das convenções”) e a *legitimidade derivada* (“fundadas na aceitação formal, ativa e induzida, característica do *pacto*”) (MOREIRA NETO, 2008, p. 39).

Primariamente, portanto, as sociedades se organizavam de forma convencional, passando à *organização pactuada*, fase em que, inicialmente, as sujeições era *consensualmente aceitas* (*pactum subiectionis*) e, em segundas, sobreveio a “mera anuência” às limitações impostas. Após, passou-se à formação de associações consensuais. Segue o autor:

¹⁷ Na síntese do autor: “Em síntese: dá-se a formação de uma *cultura* quando comportamentos são *imitados* em razão de sua presumida *funcionalidade* para a satisfação de *interesses vivenciais e convivenciais*, individuais ou coletivos e, com a repetição de hábitos, transformados em *costumes* gera-se a *instituição*, como um determinado *complexo comportamental estabilizado* numa sociedade, que passa a ser um *padrão regular de condutas socialmente previsíveis* de atores sociais quando postos sob determinadas circunstâncias” (MOREIRA NETO, 2008, p. 35).

Na primeira fase, a segurança se promove como uma expectativa de regularidade na sucessão causa-efeito das relações sociais, fundada na observância geral da aceitação de uma normatividade implícita nos próprios comportamentos habitualmente reiterados: é a *consuetudo* (o costume), definindo, por isso, uma *conceituação consuetudinária da legitimidade*. Na *segunda fase*, a segurança se promove com uma expectativa de regularidade na sucessão causa-efeito das relações sociais, fundada na observância geral da aceitação de uma normatividade explícita, não importando se imposta ou negociada, mas referida a um *contrato social*: é o *pactum* (o pacto), a partir do qual a supremacia da autoridade nele se institucionaliza, definido, destarte, uma *conceituação pactual da legitimidade* (MOREIRA NETO, 2008, p. 39-40).

Esta *característica ambivalente* do pacto permitiu concluir que conforma tanto uma visão contratualista como uma legalista. Desde o racionalismo (século XVIII), perpassando pela sua culminação, o positivismo, a liberdade quase foi “sepultada” pelas ideologias totalitárias que sobrevieram com base nesse último movimento (repita-se, o positivismo), na opinião de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 40).

Patrícia Baptista (2003, p. 274), por sua vez, afirma que há diferenças entre as “formas de consenso” e os contratos, fato que justifica a criação de uma categoria específica para as formas consensuais de administração pública. Por exemplo: não há obrigação de prestações de caráter patrimonial nas avenças. Por isso, segundo a autora, os acordos “representam muito mais uma técnica de administração” do que “uma forma de intercâmbio de prestações patrimoniais. Portanto, para Patrícia Baptista, contrato não é forma de consenso em sentido estrito.

Neste sentido, Irene Patricia Nohara (2013) ensina que:

A distinção mais estrutural entre os conceitos de legalidade e legitimidade foi aquela que se deu no auge do positivismo, quando o conteúdo do jurídico restringiu-se, como regra geral, à concepção de legalidade. A hermenêutica pós-positivista abriu-se axiologicamente, amparando no bojo do processo interpretativo valores cujo conteúdo significativo varia em função das características de cada caso concreto. Neste ponto, é importante advertir que a objetividade do sentido será dada, então, não por critérios lógicos ou de interpretação literal do texto normativo, mas pela busca (argumentada/dialógica) de um *consenso intersubjetivo* quanto ao significado referido à realidade, isto é, contextualizado.

Diante disso, surgiu uma terceira fase, na qual as relações sociais se fundam em um “complexo consensual seletivo”. Disso, originou-se, então, uma clivagem entre os campos dos valores da pessoa humana – no qual prevalece a legitimidade convencional – e dos “valores da organização política” – no qual prevalece a legitimidade contratual formal (MOREIRA NETO, 2008, p. 41). Sobre esta clivagem, denominada sociocultural, tomou forma “uma nova visão do constitucionalismo

contemporâneo”, a qual confere maior cadência à “legitimidade convencional substantiva”, expressada como direitos fundamentais e, paralelamente, confere maior acessibilidade para a “legitimidade contratual formal” – os “direitos organizacionais do Estado” (MOREIRA NETO, 2008, p. 37).

Portanto, a partir da funcionalização da atividade estatal, pois os “poderes” passaram a ser denominados como “deveres”, a função da atividade administrativa passa a ser a “efetiva, eficiente e legítima *realização dos direitos das pessoas*” como determinação constitucional (MOREIRA NETO, 2008, p. 45). Deste modo, as prestações estatais que se sujeitem às limitações dos direitos fundamentais serão reconhecidas como constitucionais, sob a luz da legitimidade (MOREIRA NETO, 2008, p. 46).

Irene Patricia Nohara (2013) também entende que a legitimidade é um paradigma da pós-modernidade. Afirma a autora que:

As sociedades democráticas na pós-modernidade pressupõem o respeito ao pluralismo. Trata-se de corolário da incorporação da visão multicultural, tendo sido rechaçada do universo significativo democrático a tentativa de padronização de comportamentos e de visões de mundo, desde que as variadas práxis não violem conteúdos fundamentais de direitos tutelados nos ordenamentos jurídico

A participação do cidadão para a busca do consenso é fato que demanda proteção jurídica e tutela estatal. Irene Patrícia Nohara (2013), por isso, conclui:

Portanto, a busca da consensualidade, no sentido de legitimidade da conduta de um Estado, perpassa por uma discussão pública, para que haja persuasão. Discussão pública e consenso, no sentido de maior legitimidade, não são conceitos que se resumem à adoção de uma ação acordada (consentida) com os setores interessados. Estes devem ser ouvidos, mas o consenso que se demanda de sociedades materialmente democráticas tem como questão central a preocupação com a cidadania, cujo exercício depende da construção de espaços públicos imparciais, para que haja uma discussão alicerçada no bem-estar geral.

A persuasão do cidadão, o seu convencimento de que a decisão a ser adotada é a melhor, demanda sua participação ativa, sem o quê não se poderá falar em legitimidade da atividade administrativa. Passaremos, agora, a analisar os mecanismos de consensualidade administrativa.

1.5 Mecanismos de consensualidade da administração pública

A Administração Pública enfrentou importantes mudanças de paradigmas. O binômio legalidade-legitimidade recebe luzes advindas de outros prismas cuja orientação juspolítica se origina da vinculação da atividade administrativa aos direitos fundamentais.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 36) afirma que:

(...) é a presumida *concordância geral* de que um determinado *comportamento*, seja individual ou coletivo, uma vez considerado socialmente necessário ou simplesmente útil, *deve ser imitado e reiterado em escala social*, que a torna indutora da lenta sedimentação de *instituições*, um fato que, desde logo, aponta o relevante papel de coesão social desempenhado pelo *consenso*, tanto na *origem do poder* coletivamente considerado, como na própria *natureza da organização social*, que essa qualidade aglutinante propicia.

A sociedade poderá se organizar em dois modelos: o contratual e o convencional. Analisando-se histórica e jusfilosoficamente se pode remontar à Antiguidade (nos ensinamentos das religiões primeiras), passando-se ao Renascimento, pelas ideias de consenso social e legitimidade das instituições.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 38) leciona que:

O conceito consensual *convencional*, distintamente do conceito consensual *contratual*, parte, assim, da ideia de que a *segurança* obtida convencionalmente resulta da *presunção* de que todos se comportarão de acordo com a *expectativa* de que pelo menos uma expressiva maioria adotará esse mesmo *previsível comportamento*. É sob essa presunção que pode germinar no meio social a *confiança*, essa virtuosa situação que a doutrina contemporânea precisamente caracteriza como uma “*expectativa de reciprocidade*”.

A consensualidade presume o agir previsível, confiável. Assim:

Em suma, a *consensualidade*, posta como alternativa preferível à *imperatividade*, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional do emprego do poder (ex.: o poder de polícia) (MOREIRA NETO, 2007, p. 41).¹⁸

A partir desses dados, pode-se definir uma caracterização da consensualidade subsumida às funções precípuas do Estado: consensualidade na

¹⁸ Em sentido contrário, sustentando a peculiaridade da natureza contratual do ato administrativo consensual, Alexandre Santos Aragão (2006, p. 38) sustenta: “LUCIANO PAREJO ALFONSO, em brilhante estudo fundamental na matéria, observa que a peculiaridade do ato administrativo consensual está em ser um exercício da atividade administrativa com relevância jurídica imediata da qual participam terceiros. O objeto do ato é a própria atividade administrativa, tal como configurada constitucionalmente, ou seja, consiste justamente na execução da lei e, portanto, na determinação do que seja o Direito no caso. (...) A consequência disto é a essencial aplicabilidade aqui do regime da atividade unilateral, com as modulações que impõe a referida natureza contratual do ato administrativo consensual”.

produção normativa (“regulática”); uso de meios alternativos consensuais “de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração”; e a consensualidade na resolução de conflitos. Destaque para a consensualidade na resolução de conflitos por meio de meios para composição. Thiago Marrara sistematizou os sob a denominação “mecanismos”:

Os mecanismos *procedimentais* são aqueles empregados pontualmente em certa fase dos processos administrativos no intuito de promover o diálogo entre sociedade e Estado. Exemplo disso, no âmbito de uma agência reguladora, vislumbra-se na realização de audiências e consultas públicas como técnicas preparatórias de atos decisórios de caráter normativo ou geral. Os mecanismos *orgânicos*, a seu turno, englobam os canais de diálogo permanente no âmbito de órgãos colegiados. A participação de representantes de especialistas ou de agentes econômicos em conselhos de políticas públicas ou em órgãos regulatórios exemplifica a técnica em questão. O estímulo ao consenso se dá primariamente pela garantia do direito de voz e de voto dos representantes dos diferentes grupos sociais e econômicos dentro dos centros decisórios estatais. Já os mecanismos *contratuais* são aqueles que consolidam o consenso em instrumentos formais bilaterais, como acordos de leniência, acordos em processos de licenciamento ou autorização administrativa ou compromissos de cessação ou alteração de condutas dos agentes regulados no âmbito de processos sancionadores (MARRARA, 2017, p. 276-277).

A aprovação e sanção da Lei nº 12.846/2013, alcunhada “lei anticorrupção”, traz em seu bojo a possibilidade de se celebrar “acordo de leniência” entre Administração Pública e pessoas jurídicas responsáveis por atos previstos no mesmo diploma (art. 16 e 17 da referida lei), desde que preenchidos alguns requisitos estipulados naquele diploma. Esse *acordo* pretende substituir as sanções administrativas correlatas aos atos típicos de corrupção determinados pela Lei Anticorrupção.

Nestes tempos em que atos de corrupção são investigados pela “Operação Lava Jato”, deflagrada pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, muito se leu e ouviu sobre a participação ativa de gigantes da construção civil brasileiras nos desvios praticados no âmbito das contratações pela Petrobrás.¹⁹

Este acontecimento traz oportunidade de se estudar o tema – técnicas de consensualização – sob a perspectiva da dogmática, tradicional e crítica, do Direito Administrativo, pois se extraiu da leitura de alguns artigos científicos e de livros sobre

¹⁹ Os atos ilícitos praticados por essas empresas poderão ser objeto de acordo de leniência, como já manifestaram suas opiniões o ex-Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, e o Ministro da Fazenda, Joaquim Levy. Disponível em: <http://jornalggn.com.br/noticia/levy-e-lula-apoiam-proposta-de-acordo-com-empresas-da-lava-jato>. Acesso em 05 out. 2015.

a temática a importância do aprofundamento científico sobre a consensualidade do agir administrativo.

Tradicionalmente, a doutrina tradicional de Direito Administrativo (como Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Romeu Felipe Bacellar Filho, Regis Fernandes de Oliveira, Daniel Ferreira, Rafael Munhoz de Mello) sustenta que o regime jurídico administrativo se sustenta sobre duas pilstras: o princípio da supremacia de interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público; desse modo, e considerando o dever-poder de investigar a ocorrência e a prática de ilícito administrativo, a sanção não poderá ser substituída caso se constate, empiricamente, a autoria da infração e sua materialidade; por isso mesmo, a participação do particular no planejamento da contratação pública pode destoar do arcabouço jurídico nacional.

No entanto, há estudos dissonantes da corrente administrativista tradicional, a qual analisa os institutos sob a perspectiva da *consensualidade estatal*. Seu substrato confere à Administração Pública a oportunidade de uma atuação dialógica, horizontalizada em relação ao particular; oposta e preferível à *imperatividade* como se verá adiante.

Nesse sentido, a *consensualidade*, a qual tem em sua base a confiança legítima, pode servir como fundamento ao fomento, ao acordo de leniência e ao procedimento de manifestação de interesse como instrumentos legítimos de manifestação republicana para o reconhecimento da importância da participação da iniciativa privada nas escolhas públicas.

Para sistematizar a abordagem da consensualidade, serão expostos três exemplos da realidade jurídica brasileira.

O fomento é intervenção do Estado no domínio econômico de maneira direta, imediata e concreta, servindo como estímulo às “atividades privadas de interesse público” (MOREIRA NETO, 2007, p. 45).²⁰ As relações de administração surgidas em decorrência da “*técnica promocional*” são ordenadas a partir da “*adesão*” dos particulares à composição dos vínculos, “teleologicamente orientados à satisfação indireta de interesses públicos específicos”. José Roberto Pimenta Oliveira (2006, p. 516) ensina que:

²⁰ Visionário, o autor vaticina: “É inegável que o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado” (MOREIRA NETO, 2007, p. 45).

Esta dimensão dota o fomento de singularidade, em face da atividade ordenadora e da prestacional. Assim, a distinção não está no elemento finalístico comum a toda função administrativa, mas no *modus operandi*, ou seja, na técnica jurídica operativa de estruturação ou criação do vínculo jurídico-administrativo entre particular fomentado e Administração fomentadora, em vista do interesse público colimado pela lei.

Reitere-se: a atividade de fomento representa intervenção direta na ordem econômica em razão da atividade de estimulação aos particulares para exercerem atividades privadas de interesse público; mas tal atividade, como é própria de sua natureza, acarreta em satisfação indireta dos interesses públicos envolvidos, pois a atividade material é realizada pelo particular.

O fomento é “atividade estatal incentivadora, positiva e persuasiva”, no exercício da qual o Estado passa a assumir uma “postura dirigente”. O Estado, notadamente o brasileiro, têm o condão de interferir positivamente na concretização dos ideais sociais programados na Constituição Federal de 1988 e, para tanto, deve contar com a “colaboração dos particulares” para criar e executar políticas públicas. Desse modo, o fomento passa a ser compreendido como “poderoso mecanismo de apoio, promoção e auxílio das iniciativas socialmente significantes, voltadas ao desenvolvimento socioeconômico” (MELLO, 2003, p. 36).²¹

Na Argentina, o fomento pode ser utilizado para incentivar atividades exercidas por particulares ou por outros entes públicos. Roberto Dromi (2009, p. 977) incluiu tal possibilidade no conceito: “El *fomento es actividad administrativa*, que puede ejercer se *concurrentemente* por la *Nación* y las *provincias*”.

O fomento estatal é um exemplo de que a consensualidade permeia o agir administrativo (MOREIRA NETO, 2007, p. 43). Para Vasco Pereira da Silva (2003, p. 466):

Inversão radical das funções normalmente atribuídas ao acto administrativo é a que se verifica quando este – de instrumento ‘autoritário’ de aplicação do direito ao caso concreto, que se dizia ser – se transforma num mecanismo de *concertação* com os particulares, destinado a obter a sua aceitação e colaboração para o desempenho das tarefas administrativas.

Segundo o mesmo autor, a concertação da Administração com as particulares “é consequência da condenação ao fracasso da tentativa de utilização de meios autoritários nos domínios da Administração prestadora e conformadora ou infra-

²¹Aline Koladicz (2009, p. 99) acrescenta que o particular é livre para aderir mas, após isso, “obriga-se a atender todas as condições impostas, ficando inteiramente vinculado aos fins públicos pretendidos”.

estrutural” (PEREIRA DA SILVA, 2003, p. 466). Jean Rivero (1981, p. 34) afirmou, em 1975, que “é evidente em todos os domínios de acção do poder a necessidade de fórmulas menos autoritárias, que façam apelos à cooperação dos particulares e não ao constrangimento”.

Trata-se da concretização do devido processo legal como instrumento de concretização da democracia, proporcionando ao particular a participação na decisão. A partir da experiência espanhola, Tomás Font y Llovet (2003, p. 365) relata que:

El procedimiento participado ha sido, precisamente, el camino a través del cual se ha ido abriendo paso la figura de la curdo entre la Administración y los particulares en el ejercicio de potestades administrativas. De la simple participación en el procedimiento se ha evolucionado hacia la Administración convencional, a la sustitución de la decisión administrativa unilateral, expresion de la sola voluntad de la Administración, por el acuerdo entre las partes.

Afirma o mesmo autor que o exercício contemporizado das potestades administrativas garante a realização da finalidade pública e a realização “del princípio de eficacia” (o qual se aproxima do nosso princípio da eficiência). Ainda, promove uma maior aceitação da decisão pelas partes e deixa de gerar conflitividade (FONT Y LLOVET, 2003, p. 365-366). Ainda, o autor aponta que, na Espanha, há previsão legal de celebração de acordos para o fim de encerrar “recursos dealzada”, novamente um momento para substituir o ato produzido em razão da potestade pública por outro “paccionado”, acordado entre as partes (FONT Y LLOVET, 2003, p. 379).

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2011) informam que, no Brasil, “há competência para a Anatel firmar acordos substitutivos com as prestadoras”, como “a assunção do compromisso de realizar investimentos que beneficiem os serviços e os interesses de âmbito coletivo que estejam envolvidos em cada caso”. Representa a escolha por uma “solução conciliatória” em face de discussão acerca da prática, ou não de conduta tipificada como infração administrativa e “do modo correto de aplicar dada norma ou cumprir dada obrigação”.

Ricardo Villas Bôas Cueva (2009, p. 283-284) informa sobre a possibilidade de ser firmado “termo de compromisso” em processo administrativo sancionador do Banco Central. Aquele instrumento está previsto na Lei Federal nº 7.347/85 após alteração trazida pelo Código de Defesa do Consumidor. O autor conceitua o compromisso de ajustamento de conduta como “um ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete”. Reúne todas as características

de uma transação (negócio jurídico bilateral), mas é dotado de coercitividade para que se tenha eficácia pretendida pela medida.

Na Lei nº 8884/94, bem como na novel lei que a revogou – Lei nº 12.529/2011 –, foi criado o Compromisso de Cessação de prática lesiva à concorrência. O art. 85, da Nova Lei do CADE (nº 12.529/2011) dispõe que o compromisso de cessação poderá ser oferecido nos processos previstos nos inc. I, II e III, do art. 48. Para fins deste estudo destaca-se o inciso III, do art. 48 (“processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica”).

Segundo esse dispositivo, poderá o Conselho Administrativo de Defesa da Economia oferecer o compromisso àquele que pratique infração administrativa punível pela autarquia, o qual visa por fim ao processo antes da aplicação da sanção correlata à conduta e cominada legalmente. Prática evidentemente consensual.

Por outro lado, não há instrumento transação ao BACEN. Os comumente utilizados são a carta de interpelação e o termo de comparecimento, ambos com força coercitiva. Por isso, não são ferramentas consensuais.

Ricardo Villas Bôas Cueva (2009, p. 283-284) aponta algumas vantagens dos instrumentos:

Primeiramente, a experiência tem provado que uma instituição financeira recebendo uma comunicação do Banco Central do Brasil raramente não satisfaz o exigido. Em segundo lugar, em havendo descumprimento do solicitado, dando origem, pois, a um Processo Administrativo, não se poderá alegar em defesa desconhecimento da proibição. E, em terceiro lugar, ainda na hipótese de instauração de processo administrativo, especialmente em se tratando de Termo de Comparecimento, desde logo poder-se-á definir quais os administradores responsáveis pela conduta delituosa.

Os instrumentos supracitados, os quais estão à disposição do BACEN para tentar evitar a instauração de processo administrativo, não são ferramentas consensuais. Os que se caracterizam substancialmente como tais são o compromisso de ajustamento de conduta e o compromisso de cessação já tratados, pois nestes há bilateralidade e estipulação de condições pelo Estado e assunção de obrigações pelo particular. Os dois configuram títulos executivos extrajudiciais e poderão ter seu cumprimento exigido judicialmente, inclusive no tocante à multa eventualmente fixada em caso de descumprimento.

Daniel Ferreira (2009, p. 333) afirma que a Administração tem o dever de instaurar a investigação do ilícito, “salvo se a **lei permitir** ou **determinar** em contrário”. Isso em atenção ao dever-poder conferido pela lei ao agente público competente de

assim proceder. Trata-se de um dever funcional e seu descumprimento por ensejar responsabilização ao agente omissor.

É dizer: *não há escolha* entre processar ou não processar, entre sancionar ou não sancionar, salvo quando a *lei* dispuser em contrário, mesmo porque é desnecessário frisar tal obviedade – a de que ato de hierarquia inferior não pode liberalizar o que o *estado de legalidade* obriga (FERREIRA, 2009, p. 336-338).

A crítica recai sobre os projetos de lei que pretendem inserir nos regimes disciplinares, por exemplo, a possibilidade de suspensão do processo disciplinar – SUSPAD, como criado pela Lei Municipal nº 9310/2006, do Município de Belo Horizonte. O SUSPAD não visa substituir a sanção (FERREIRA, 2009, p. 336-338).

Por isso, funciona como um instrumento da consensualidade.

Neste sentido, Alexandre Santos Aragão (2006, p. p. 38) afirmou:

Sustentando a possibilidade de Agência reguladora de serviço público, em acordo com a concessionária, substituir a aplicação de sanção pecuniária determinada pela lei pelo estabelecimento de novas obrigações de investimento no serviço, medida que seria mais consentânea com as finalidades legais de universalização do serviço público, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO afirma: "a unilateralidade e a exorbitância tradicionais no exercício da autoridade pública (poder extroverso) têm que dar lugar à interlocução, à mediação e à ponderação entre interesses divergentes, sem descuidar, por óbvio, da proteção da coletividade contra abusos dos agentes econômicos. De outro lado, a atividade regulatória estatal, neste novo contexto, tem que se pautar pelos interesses que lhe cumpre tutelar. (...) A finalidade da atividade regulatória estatal não é a aplicação de sanções e sim a obtenção das metas, pautas e finalidades que o Legislador elegeu como relevantes alcançar. Para atingimento destas finalidades primaciais pode lançar mão, dentre outros instrumentos, do poder de sancionar".

Estes atos de concertação administrativa tem caráter negocial. Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras de Freitas (2014, p. 9) afirmam que:

Trata-se de acordo substitutivo: atos administrativos complexos, por meio dos quais a Administração Pública, pautada pelo princípio da consensualidade, flexibiliza sua conduta imperativa e celebra com o administrado um acordo, que tem por objeto substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta, primariamente exigível, por outra secundariamente negociável.

A leitura dos autores supracitados destaca que o tema não é pacífico e há a possibilidade de se sustentar a juridicidade e a antijuridicidade do acordo de leniência. Entretanto, parece tranquilo afirmar que a consensualidade tem assento constitucional; portanto, sobreleva incorreção a afirmação de que a adoção de mecanismo de consensualidade depende da criação legislativa, mas, tão somente, necessita de regulamentação, pois é norma de eficácia limitada. Nesse sentido, importante o escólio de Egon Bockmann Moreira e de Andreia Cristina Bagatin (2014):

A questão que se coloca, então, é a de se saber até que ponto a Administração Pública pode negociar o exercício do “poder de polícia” (i.e., a competência administrativa de fiscalização e aplicação de sanções). Em outras palavras, quais são os limites da (in)disponibilidade no Direito Administrativo Ordenador.

Portanto, ainda que se fale em consensualidade em matéria de acordo substitutivo de sanção administrativa, da sua importante contribuição para a dinamização da ação pública, não se podem perder de vista as limitações impostas à atividade de administração pública pelo regime jurídico administrativo.

O exemplo do acordo de leniência, previsto nos art. 16 e 17 da Lei Anticorrupção, é marcante para a demonstração de que os acordos substitutivos de sanção administrativas servem como instrumentos de defesa dos princípios da administração pública, como: legalidade, legitimidade, proibidade, dever de honestidade do gestor. Ainda, e não menos importante, serve como mecanismo de combate consensual à corrupção, e exerce controle *dialógico-repressivo* de atos ilícitos. Dialógico porque advém da consensualidade; *repressivo* por demonstrar ao infrator que novos ilícitos não serão tolerados, novos acordos estarão proibidos (num dado período) e que todos os incidentes em ilícitos saberão que aquele comportamento reprovável será punido, mais cedo ou mais tarde, numa clara postura ostensiva de combate aos desvios privados.

O terceiro exemplo a ser abordado é o da relação entre consensualidade e concorrência, com recorte especial para o PMI (Procedimento de Manifestação de Interesse), face à instauração legislativa do diálogo entre Poder Público e particular durante o planejamento da licitação.

A Constituição da República de 1988 dispõe, expressamente, sobre o princípio da concorrência em seu art. 37, inc. XXI: “serão contratados mediante processo de licitação pública que *assegure igualdade de condições a todos os concorrentes*”. Por ser uma norma imediatamente finalística, determina a “realização de um fim juridicamente relevante” (ÁVILA, 2009, p. 71), qual seja, a isonomia entre interessados em contratar com o Poder Público.

Desse modo, e de maneira simples, deve-se ter bastante claro que a licitação, procedimento prévio à (e legitimador da) contratação pública adotado pela Constituição, estrutura-se “ao influxo da finalidade cogente”(LIMA, 1987, p. 4)

constitucional regulamentada, por sua vez, pela LGL (Lei Geral de Licitações - Lei 8.666/93).

A supracitada LGL foi elaborada com o intuito de regulamentar o inc. XXI, do art. 37, da CR/88 e concretizar um arcabouço de normas gerais em matéria de contratação pública por meio de regras anticoncorrenciais (SUNDFELD, 2013, p. 16), do “*dirigismo pela licitação*” (SUNDFELD, 2013, p. 29).

Carlos Ari Sundfeld (2013, P. 28-29) precisa três movimentos presentes no processo evolutivo da concorrência no Brasil, a qual, durante o tramitar da evolução dos processos de contratação pública, foi relegada ao estado de *bola de pingue pongue*, recebendo *raquetadas* multidirecionais por parte dos *agentes econômicos* interessados em contratar com o Poder Público; são estes: o “*movimento de modernização pela licitação*”, o “*movimento do dirigismo pela licitação*” e a “*era das licitações eficientes*”.

O *movimento de modernização pela licitação* se instaurou em 1960 durante a unificação da legislação nacional em matéria de licitação, e reforçada em 1980 “com o surgimento da nova lei nacional [Decreto-lei 2300/86] e a inclusão do tema na própria Constituição”. No seio deste movimento, ocorreu o robustecimento dos órgãos de controle do Poder Público (Poder Judiciário, Ministérios Públicos, Tribunais de Contas e Controladorias). O *movimento do dirigismo pela licitação* se caracterizou pela edição de nova lei geral nacional elaborada com a colaboração do *lobby* das “*empreiteiras emergentes de obras públicas*”. Com a finalidade de controlar os ímpetos corruptivos dos agentes econômicos, os órgão de controle restringiram demasiadamente móvel do administrador público e, conseqüentemente, reduziram o espaço decisório e a capacidade de resolver os problemas da coletividade. Problemas para celebrar e gerir contratos surgiram em demasia. Por fim, a *era das licitações eficientes* se iniciou no século XXI, com a edição da Lei do Pregão (Lei 10.520/02), com a Lei do Regime Diferenciado de Contratações (Lei 12.462/2011), entre outras (SUNDFELD, 2013, p. 28-30). Essencial conhecer esses três movimentos para saber que o Brasil está em transição do segundo ao terceiro – a *era das licitações eficientes*.

O mercado de contratações públicas demanda a substancialização da concorrência; pensar e elaborar os critérios objetivos que servirão à contratação da proposta mais vantajosa para a administração pública sob a luz da regra constitucional pró-concorrência, propiciando uma saudável disputa de preços entre os concorrentes.

Para tanto, as licitações precisam ser eficientes e, conseqüentemente, necessitam de planejamento para atingir esse objetivo; planejar é princípio fundamental da Administração Federal, previsto no art. 6º, inc. I, do Decreto-lei 200/67.

Antes da divulgação do edital ao público, existe uma fase preparatória prevista na licitação. Nesta, o Poder Público planeja a execução da licitação e do contrato. Segundo Mário Saadi (2014), “Em suma, a licitação não se inicia com a divulgação do edital e tampouco o ato convocatório surge do nada. É na etapa interna que ela é estruturada. É nela em que ocorre, em verdade, o planejamento da licitação”.

Fica claro que uma licitação eficiente concretizará o princípio da concorrência; quer dizer, o planejamento do certame realizado na fase interna da licitação, principalmente, oportunizará um maior número de concorrentes, quiçá a totalidade dos interessados.

As dificuldades enfrentadas cotidianamente pelo Poder Público brasileiro, principalmente em âmbito municipal, para preparar as licitações com vistas à contratação mais vantajosa para a administração pública conduziram os estudiosos e o legislador a pensar em instrumentos, mecanismos, que propiciem a colaboração do particular detentor de conhecimento técnico especializado, em clara postura estatal dialógica, horizontalizada.

Segundo Guilherme F. Dias Reisdorfer (2015, p. 187),

A necessidade administrativa de obter subsídios mais amplos tem propiciado o surgimento de práticas pelas quais se promove, antes mesmo da concepção final do empreendimento, um diálogo prévio com o mercado sobre aspectos relacionados à futura contratação. Nesse sentido, pode-se mencionar desde a figura do *road show*, que envolve a divulgação e discussão de soluções concebidas pelo Poder Público previamente à licitação, até as técnicas que admitem e fomentam a manifestação de interesse de particulares em conceber e apresentar projetos de interesse público.

O PMI é uma criação legislativa e os autores afirmam que sua existência se extrai de interpretação do art. 21, da Lei 8.987/95, e 31, da Lei 9.074/95, ou seja, utilizável para as contratações ou permissões de serviços públicos. Desse modo, sua adoção se restringe a algumas hipóteses, mas serve como um bom exemplo da consensualidade presente no planejamento da contratação pública.

O Estado do Paraná objetivou oportunizar à iniciativa privada a prerrogativa de instaurar um procedimento administrativo para se analisar “projetos, estudos, levantamentos ou investigações que subsidiem modelagem de parceiras público-

privadas, solicitando a sua inclusão no Programa Paraná Parcerias”, nos termos da Lei Estadual 17.046/2012. O Decreto Estadual 6.823/2012, regulamentador da lei supracitada, conceitua o PMI provocado como “aquele iniciado a partir de provocação do particular interessado, iniciado mediante protocolo (...)”, em seu parágrafo único do art. 2º.

Segundo Guilherme F. Dias Reisdrofer (2015, p. 189-190), não existe qualquer impedimento à iniciativa privada apresentar projetos de interesses públicos. “Ao contrário, vivemos em um contexto que revela um “Estado ativador”, que, a partir de certas técnicas e procedimentos, busca incentivar o envolvimento da iniciativa privada com projetos de interesse público”. Com maior dedicação ao planejamento, Mário Saadi (2014) destaca que:

Há verdadeiro processo de tomada de decisão administrativa para a outorga da concessão. É nesta etapa interna da licitação que a Administração Pública realiza o seu *planejamento*. Existe, portanto, uma sequência de decisões administrativas, logicamente encadeadas entre si que vão desde a realização de todos os estudos que embasam a outorga, passando pelo lançamento do edital e, finalmente, pela adjudicação do objeto para que a concessão seja realizada.

Os estudos que embasam a concessão podem ser elaborados diretamente pelo Poder Público, por meio de seu próprio quadro de servidores, ou por meio da contratação de consultores para o desenvolvimento dos estudos que embasarão a futura licitação da concessão. Assim, o Poder Público necessita alocar *recursos escassos* para levar a cabo tanto a identificação de uma necessidade pública a ser satisfeita e a forma de sua efetiva execução.

Em qualquer das hipóteses acima, a Administração pode se ver em meio a uma série de entraves, os quais podem dificultar a realização das necessárias licitações. Apenas a título de exemplo, há que se identificar pessoal técnico especializado apto para desenvolver, diretamente, tais estudos ou, no segundo caso, será necessário existir empenhos orçamentários para a contratação de empresas ou entes especializados para carrear os projetos.

Com o objetivo de contornar essas dificuldades ou, pelo menos, minimizar os seus impactos, um instituto tem sido utilizado pelos diversos órgãos e entes públicos a fim de obter as informações relativas à viabilidade da concessão dos mais diversos empreendimentos públicos, especialmente de PPPs: o PMI.

Bernardo Strobel Guimarães (2015) também percebe a mudança paradigmática que o PMI acarreta às contratações pública ao reconhecer que:

Visando a superar esse contexto é que a legislação relativa a projetos de concessão criou regras distintas das previstas para as contratações públicas ordinárias que permitem a instituição de PMIs. *Começa-se a perceber a necessidade de criar mecanismos institucionais em que haja o diálogo entre Administração e mercado.*

Há necessidade de se combater o bom combate em defesa de políticas estatais pró-concorrenciais e, portanto, opostas ao *dirigismo pela licitação*. No Brasil,

há claras manifestações, legislativas e doutrinárias, favoráveis a ampliação do diálogo público-privado, pois tal é exigência da consensualidade constitucional. Inaceitável e reprovável o agir administrativo autoritário, aquele que quer impor ao particular todos os ônus acarretados pelas más escolhas públicas; o mesmo deve ocorrer com o vaidoso administrador público que não admite necessitar do auxílio do mercado especializado no escopo da futura contratação e, com isso, impõe igualmente os ônus de seu fracasso sobre os particulares.

1.6 Considerações finais: a *consensualidade* como pressuposto de validade da democracia administrativa participativa brasileira

Todo o raciocínio desenvolvido neste capítulo nos autoriza concluir, preliminarmente, o seguinte:

- 1) A sociedade brasileira é uma “sociedade do conhecimento”, conhecimento esse que se destaca junto com os “fatores clássicos de produção – terra, capital e trabalho.
- 2) O Estado democrático proporcionou transformações, mutações no Direito Administrativo mundial e o mesmo ocorreu com esse ramo do Direito no Brasil. A tendência mais relevante para o trabalho é a democracia participativa, verdadeiro pressuposto da atuação estatal.
- 3) Considerando que o Estado democrático vincula a Administração Pública, a atividade administrativa deve pressupor a democracia participativa.
- 4) Nossa sociedade pluralista demandou do constituinte o devido tratamento democrático da condição do indivíduo pós-moderno: a denominação “cidadão”, opondo-se à denominação “administrado”.
- 5) O cidadão deve ser capacitado como um “agente moral emancipado”, tratado com respeito e consideração.

6) O segundo pós-guerra propiciou que a demanda da sociedade pluralista por resolver os conflitos por meio do consenso fosse atendida, criando aos cidadãos direitos fundamentais – há relação de interdependência entre esses e a democracia.

7) A democracia participativa promoveu transformações no direito administrativo, pois, a partir da vontade de consenso, estabeleceu-se no Brasil, na Constituição de 1988, que a atividade administrativa deverá promover maiores – ou menores – graus de consenso, dependendo da compreensão dos temas debatidos pelos cidadãos e da maior ou menor concordância sobre qual decisão tomar. Isso é consensualidade.

8) Vivemos em tempo de um estado pós-moderno e, conseqüentemente, de um Direito Administrativo pós-moderno.

9) A Administração Pública se transformou e adotou os três graus de democracia participativa: Administração transparente, Administração dialógica e Administração participativa.

10) No Brasil, podemos afirmar que há uma *democracia administrativa participativa* propriamente *brasileira*, pois a Constituição de 1988 a criou.

11) O Direito Administrativo brasileiro passou pela constitucionalização e a concretização dos direitos fundamentais passou a ser o norte e a finalidade da atividade administrativa. Portanto, é mais um fundamento para afirmarmos que há uma *democracia administrativa participativa brasileira*.

12) Há diferença etiológica entre consenso, consensualização e consensualidade. A mais relevante expressão para este trabalho é consensualidade, a qual se explica, simplesmente, como “graus de consenso”.

13) A consensualidade, como “graus de consenso”, como qualidade da atividade administrativa, legitima-a e confere juridicidade.

14) A consensualidade não exige total acordo, mas, sim, acordo da maioria. Todos os grupos, comunidades sociais brasileiras devem poder participar do processo decisório.

15) O Estado deve proporcionar o exercício da persuasão por todos os agentes sociais.

16) Não são todos os processos decisórios que permitirão o consenso. A aplicação de sanção é um exemplo – multa por infração de trânsito.

CAPÍTULO 2 – ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DINÂMICA E CONSENSUAL

No Brasil, prevalece a ideia de que a jurisdição é exercida unicamente pelo Poder Judiciário, que age como agente pacificador da sociedade. Significa isso que “(...) a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, nos termos do preceito inserto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República de 1988. Mais do que uma teoria, afirma-se que a jurisdição (togada) brasileira é una e indivisível, cabendo ao Judiciário proferir a última palavra sobre dado litígio, e sobre esta “última palavra” produzirá efeitos a coisa julgada (*res iudicata*). Diz-se, então, que a decisão judicial transitada em julgado não pode mais ser impugnável – em tese.

Sobre este dogma, parece de grande utilidade o estudo das competências administrativas conferidas aos agentes públicos para produzir atos, resolver questões atinentes à boa administração pública, teleologicamente destinadas à concretização de direitos fundamentais (PAGLIARINI: 2014, p. 33), em comparação com aquelas estipuladas pelo regime do “contencioso administrativo”²² francês, o qual está estruturado fundamentalmente numa dualidade jurisdicional em que (entre os gauleses!) há a figura do “juiz-judicial” e outra do “juiz-administrativo”. Ao juiz-administrativo cabe a apreciação de litígios de administrados em face da Administração Pública. Por sua vez, ao juiz-judicial cabe, apenas, os litígios versados em matéria civil e criminal. Isso significa, mais ou menos, que um juiz-judicial francês faz – mais ou menos – o que um juiz-judicial brasileiro fazia no século XIX.²³

Caracterizadamente, este pretende ser um estudo comparado entre a jurisdição administrativa francesa e a jurisdição administrativa brasileira,

²² O uso da expressão contencioso administrativo neste texto considera a importante advertência de Romeu Felipe Bacellar Filho (2009, p. 60), escorado em Marcello Caetano (2003, p. 388), que se preocupa com a conotação absolutista do termo, carregada de conotação histórica: “Propositadamente evitamos, quanto possível, empregar a expressão *contencioso-administrativo*. É que, como em várias ocasiões temos frisado, pesa sobre ela uma carga emocional influenciada por factores históricos e preocupações políticas determinante de um preconceito existente em muitos países contra o que se julga ser a subtração autoritária dos actos da Administração ao conhecimento dos juízes ordinários. Ora, é necessário desprender o conceito de contencioso administrativo das suas origens históricas em França e trata-lo à luz dos princípios gerais de Direito *sine ira ac studio*” (CAETANO: 2003, p. 388).

²³ Francisco Rezek ensina isso expressamente em suas palestras, quando relata uma conversa sua com o ex-Premiê espanhol Felipe Gonzales, que, amigo do insigne jurista brasileiro, indagou-lhe “como é que pode um juiz brasileiro se meter até na vida política de uma presidente da República eleita pelo povo (?)”, no que Rezek lhe respondeu que, no Brasil toda questão é jurisdicionável perante o Judiciário togado, absolutamente toda questão! Esta palestra de Rezek ocorreu na Assembleia Legislativa do Estado do Paraná no dia 12 de agosto de 2016 e foi testemunhada pelos autores deste artigo e por inúmeras autoridades e estudantes. Acessível in: <https://www.youtube.com/watch?v=UcxEg3JNV04>

principalmente sob os aspectos da competência para atuação dos agentes destinatários da norma de competência. O tema é analisado no Brasil com certa parcimônia. Tem-se a impressão de que a unidade de jurisdição acachapou o estudo da jurisdição administrativa. Mas não. Há espaço e demanda para o estudo da temática.

Basta uma breve leitura do art. 109, da Constituição da República de 1988, para perceber que foi criada uma jurisdição administrativa na Justiça Federal para processar e julgar causas em que a União, autarquia, sociedade de economia mista, empresa pública, fundação forem autoras, rés, assistentes ou oponentes; entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município; aquelas ações fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, e algumas outras previstas no referido dispositivo, apenas como exemplo. Há, ainda, a previsão constitucional da garantia do contraditório e da ampla defesa em processo administrativo (art. 5º, inc. LIV e LV, da CR/1988). Isto pode indicar a existência de uma jurisdição administrativa no Brasil.

Quer-se saber se o estudo comparado entre a jurisdição administrativa francesa e a jurisdição brasileira permite apontar a existência de um contencioso administrativo²⁴ no Brasil? Esta pergunta deverá ser respondida por meio deste artigo. O modelo francês confere à dicotomia público-privado especial força distintiva, conduzindo ao apartamento entre direito público e privado em sentido subjetivo, considerando públicos aqueles litígios que envolvem o Estado. Uma crítica deve ser desenvolvida a partir da concepção do Direito Privado Administrativo²⁵, aquele que

²⁴ Entendido, aqui, em sentido formal, como “órgão ou conjunto de órgãos competentes para exercer jurisdição, com ou sem definitividade em suas decisões, em hipóteses de ameaça ou lesão de direitos subjetivos pela Administração” (MOREIRA NETO: 1977, p. 70).

²⁵ Segundo Maria João Estorninho, “a especificidade deste Direito Privado Administrativo está no facto de a entidade administrativa não gozar plenamente da autonomia privada negocial, estando antes sujeita a algumas vinculações jurídico-públicas” (ESTORNINHO: 2009, p. 122). A teoria de Estorninho cuida de analisar a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais, pois “o risco de serem lesados os direitos fundamentais, por parte da Administração Pública, é especialmente grande e é, sem dúvida, maior do que por parte do Parlamento ou da Jurisprudência”. E explica o substrato desta afirmação: “A razão para este facto não estará no facto de a Administração ser ‘menos fiel’ à Constituição, mas no maior número de decisões a tomar e em menor espaço de tempo” (ESTORNINHO: 2009, p. 224). Maria Sylvania Zanella Di Pietro, em obra por si coordenada dedicada ao tema, ensina que: “(...), o regime jurídico privado (ou direito privado administrativo), com as peculiaridades decorrentes do direito administrativo derogatório do direito comum, é aplicável nas quatro matérias que constituem, basicamente, o objeto do direito administrativo: na Administração Pública como *sujeito*, na Administração Pública como *atividade* (função administrativa do Estado), nas *relações jurídicas* de que é parte e nos *bens* que integram o seu património”. Em seguida, a autora estabelece o ciclo evolutivo da relação entre direito administrativo e direito civil, apontando o estágio atual: “Se quisermos resumir, *grosso modo*, a influência do direito civil sobre o direito administrativo, pode-se partir de uma primeira fase, do primado do direito civil, para uma fase de publicização do direito

considera essencial ao Estado Pós-Moderno a intrínseca relação entre direito público e privado, superando-se a ideia de poder extroverso do Estado como marca primordial de um regime jurídico administrativo e, conseqüentemente, de outra concepção de derrogação do chamado direito comum. O objetivo é realizar os interesses do cidadão previstos na Constituição em sentido material, promovendo igualdade – na concepção da *Melhoria de Pareto* (DOMINGUES: 2011, p. 39-47).

2.1 Algumas características do Contencioso Administrativo francês

O Direito Administrativo passou a ser estudado, contemporaneamente, sob o enfoque da transformação das finalidades da Administração Pública nos últimos vinte anos. Tradicionalmente, ensinava-se que o atendimento do *interesse público* pelo Estado era seu fim último; que *razões de Estado* poderiam ser motivação de qualquer decisão administrativa, ausente qualquer outro fundamento.

Com a *constitucionalização do Direito*, passou-se a estudar o Direito Administrativo à luz da Carta Magna e Política do Estado. Tornou-se fim do Estado (e da Administração Pública) a realização de direitos fundamentais, a promoção do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (conforme art. 3º e 5º da CR/88).

A Constituição de 1988 eleva o cidadão à categoria de detentor do poder e partícipe das decisões estatais. Com isso, deve-se reconhecer que a *relação de administração* se tornou dialógica, exigindo a participação da população como diretriz para organização da atividade (saúde e assistência social são exemplos); surgiu o direito constitucional de participação popular. Ouvir e atender aos anseios da sociedade é dever do Estado e da Administração Pública e, ao mesmo tempo, marca de uma postura dialógica, oposta ao autoritarismo patrimonialista superado no Brasil.

Deste modo, a democratização da atuação administrativa estatal passou a ser analisada sob a luz do direito de o cidadão intervir nas decisões, antes mesmo delas serem tomadas. Inaugurou-se a ideia de *processualidade* do agir administrativo. Esta ideia foi impulsionada por uma norma da Constituição de 1988 (art. 5º, inc. LIV e LV)

civil e, agora, para uma fase de duplo movimento: de um lado, a privatização do direito público, em decorrência da busca mais intensa de institutos do direito privado (chamada, por alguns, de *fuga para o direito privado*); de outro lado, a chamada constitucionalização do direito administrativo” (DI PIETRO: 2013, p. 7).

e pelas leis que regulamentam o processo administrativo nas esferas federal e estadual (SUNDFELD: 2012, p. 23).²⁶

O processo administrativo passou a ter valor substantivo na Constituição da República de 1988. Atualmente, poucas são as decisões tomadas sem o conhecimento prévio do cidadão, bem como sem oportunizar-se ao particular manifestar-se antecipadamente sobre o chamado “mérito administrativo” – sob o manto da legalidade (ou juridicidade, correspondente à análise da constitucionalidade do agir administrativo), legitimidade, impessoalidade, eficiência e moralidade administrativa.

São *cases* naturais deste estudo as competências jurisdicionais de órgãos do Poder Judiciário para decidir questões de direito público, as quais envolvem o Estado como parte, dos Tribunais de Contas, do Conselho Administrativo de Defesa da Economia – CADE, o julgamento das contas do Presidente da República pelo Congresso Nacional, o julgamento de processos administrativos disciplinares pelos órgãos da Administração Pública; nesta esteira, pode-se – firmemente! – afirmar que há uma jurisdição administrativa brasileira. Mas a questão é mais profunda: há um contencioso administrativo no Brasil?

O estudo da jurisdição administrativa francesa e das suas contribuições ao estudo da jurisdição brasileira se torna relevante a partir da leitura dos livros *Direito Administrativo* (1981) e *Curso de Direito Administrativo Comparado* (2004), ambos da autoria de Jean Rivero, importante publicista francês. Ainda, as importantes contribuições de Carlos Ari Sundfeld (2012) e Romeu Felipe Bacellar Filho (2009) para o estudo comparado dos sistemas também serão abordadas neste artigo.

A partir destas obras (Rivero, Sundfeld e Bacellar), percebe-se que a especialidade do sistema francês se insere na organização administrativo-jurisdicional propriamente dita, e não sobre as regras especiais de competência. Diferentemente da realidade da Constituição francesa, caso houvesse unicamente a distribuição de competências entre órgãos jurisdicionais centralizados na estrutura do Poder Judiciário francês, poderia se reconhecer uma proximidade maior com o modelo brasileiro. Deste modo, pode-se afirmar com certa margem de segurança que, sob a

²⁶ Carlos Ari Sundfeld ensina que a “ideia é que as decisões (atos administrativos) teriam sempre de ser tomadas por meio de *processos*, com direito à ampla participação dos interessados e com vários mecanismos para o controle do decidido (dever de justificar e de dar publicidade às decisões, direito de recorrer contra elas etc.)” (SUNDFELD: 2012, p. 23).

luz das regras de competência do juiz administrativo francês e do juiz brasileiro, que há pouca diferença. E esta constatação é o primeiro passo para o vencimento da barreira dogmática – talvez um verdadeiro tabu – para enfrentamento do tema sob a perspectiva de Direito Comparado.

Serão identificados pontos de intersecção entre os modelos francês e brasileiro e, a partir deles, críticas serão tecidas com o intuito de aprimorar ou de elogiar o sistema brasileiro, propiciando-se a evolução do controle da administração pública.

2.2 Fundamentos da criação do contencioso administrativo francês

A lapidar frase que inaugura o Título IV (A Jurisdição Administrativa), do livro *Direito Administrativo* (RIVERO: 1981), merece ser transcrita: “A existência de uma organização jurisdicional especializada no julgamento dos litígios administrativos separada da jurisdição ordinária é um dos traços essenciais do sistema francês” (RIVERO: 1981, p. 155).

A criação da jurisdição administrativa francesa, por exemplo, deu-se na Revolução Francesa por retomada da experiência do Antigo Regime, raciocínio este que, segundo Romeu Felipe Bacellar Filho (2009, p. 60-61), “guardava um sentido histórico inequívoco: o sentimento generalizado de desconfiança em relação ao poder Judiciário, inspirado na lembrança dos parlamentos do Antigo Regime”. Não obstante o “pecado original do contencioso administrativo”, criado com um “contencioso ‘privativo’ da Administração” (PEREIRA DA SILVA, 2003: 28) Nasceu a partir de um *princípio* interpretado sob o influxo de uma *tradição* (RIVERO: 1981, p. 157). O substrato jurídico para a estruturação deste pensamento foi uma interpretação do princípio da separação dos poderes (BACELLAR FILHO: 2009, p. 61), pois havia desconfiança sobre eventual abuso de poder por parte dos membros do Poder Judiciário ao decidir sobre atos administrativos, sob o pretexto de limitar eventuais desvios de poder por parte dos membros do Executivo. Receava-se legitimar o caminho para um governo de juízes²⁷.

²⁷ Sobre o assunto, ler “Não há governo dos juízes”, do catedrático da Sorbonne e sucessor de Kelsen (PFERSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2014).

Com efeito, na França recém-despontada do *Ancien Régime*, havia uma desconfiança enorme da magistratura, de tal sorte que se se deferisse aos juizes a competência para a resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública e os particulares, estar-se-ia a submeter a atividade administrativa, criando-se o risco de degeneração em um instrumento de usurpação e despotismo. Essa concepção radical da separação orgânico-funcional do poder político conduziu à impossibilidade de submissão do Poder Executivo e seus conflitos ao Poder Judiciário e, assim, criou-se, no âmbito da própria Administração Pública, o órgão incumbido do julgamento dos conflitos que a envolvessem. (MAIOLINO: 2012)

Jean Rivero (1981, p. 157) ensina que a jurisdição administrativa é dispensável, pois há países, como os anglo-saxões (e o modelo jurisdicional brasileiro se aproxima do anglo-saxão nesse tocante), que vivem sem; na França, “nasceu por um concurso de circunstâncias *históricas*; sobreviveu por razões práticas”. E, segundo o pensado por Montesquieu, o princípio da separação dos poderes pode fundamentar tanto a criação de órgãos no Executivo para julgar litígios envolvendo atos administrativos quanto a delegação de tal dever para o juiz comum (membro do Judiciário togado) (RIVERO: 1981, p. 157-158).

A análise do sistema de dualidade ou duplicidade de jurisdição parte, necessariamente, da compreensão diversa acerca do princípio da separação de poderes, encontrada no sistema anglo-saxão e francês, principalmente. Criaram-se, a partir daí, dois modos de controle da Administração Pública: um interno à própria organização administrativa, tipicamente francês, em que o Poder Jurisdicional é partilhado entre o Poder Judiciário e a Administração Pública, dando origem ao sistema de dualidade de jurisdição, e outro, em que o monopólio da jurisdição é conservado nas mãos do Poder Judiciário, a quem compete dirimir os conflitos de direito comum, bem como aqueles decorrentes do Direito Administrativo.

(...)

Antes da eclosão da Revolução Francesa e a derrocada do *Ancien Régime* todo o aparato administrativo prestava-se à consecução daquilo que era determinado pelo monarca, quem se beneficiava da atividade administrativa que então se desenvolvia. No entanto, a queda do antigo, e sua substituição pelo moderno, tinham como uma de suas determinantes político-ideológicas o estabelecimento de uma sociedade e, em consequência, de um Estado, que não fosse governado pelos homens, mas pelas leis, produto da razão humana segundo a filosofia iluminista e capaz, por isso, de conduzir a sociedade ao “reino das leis” segundo o bem comum. (MAIOLINO: 2012)

Jean Rivero (1981, p. 158) afirma que a opção dos homens articuladores da revolução Francesa foi a tradição. “O *Ancien Régime* conheceu tribunais especializados nas matérias administrativas (Corte dos Auxílios, Câmaras de Contas, Tribunais de Águas e Florestas)”. Preponderaram os conflitos entre os parlamentos e a administração monárquica, provocados pelo rei, preocupado em vencer as resistências impostas pelos parlamentares, julgando, *per se*, casos administrativos. Por isso, reforça-se, o fundamento para criação da jurisdição administrativa francesa e do contencioso administrativo, por sua vez, foi o princípio da separação dos poderes,

de Montesquieu. A Lei 16, de 24 de agosto de 1790, estipulou que “as funções judiciais são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas”. E, assim, os “juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar por qualquer forma e acção dos corpos administrativos, nem citar, para comparecer à sua presença, os administradores por motivos das respectivas funções” (CAETANO: 2003, p. 385). Marcello Caetano (2003, p. 386) afirma que:

Teoricamente continua a dizer-se que os tribunais administrativos e o Conselho de Estado (que, além das secções de contencioso, possui as secções consultivas) são órgãos da Administração, constituem a sua “consciência”, são “a Administração que se julga a si própria”. Na realidade eles formam uma hierarquia de tribunais de competência especializada, distinta e independente do Poder Judiciário, mas com as mesmas garantias.

Deste modo, observada a criação do sistema de controle da legalidade da atividade administrativa no seio do Poder Executivo, retirando-o do Poder Judiciário, útil analisar-se os dois aspectos da jurisdição administrativa destacados por Jean Rivero.

2.3 Duplo aspecto da jurisdição administrativa francesa

Há dois aspectos: um negativo e outro positivo, destacados por Jean Rivero (1982, p. 158-159). O negativo diz respeito à impossibilidade de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário; por outro lado, no aspecto positivo, os litígios serão apreciados por um juiz (administrativo). Antes da reforma da Constituição do ano VIII²⁸ vigia o sistema administrador-juiz, no qual o próprio administrador – “rei e, após a queda da Monarquia, os ministros ou, para outras categorias de litígios, o Directório de Departamento” (RIVERO: 1981, p. 159). Após a reforma da Constituição do ano VIII, o *Conseil d'État*, antes meramente órgão consultivo, passa a realizar a

²⁸ John Gilissen informa que a Constituição francesa do ano VIII (1799) passou a vigorar em 1800 no regime napoleônico e trouxe algumas alterações à organização judiciária francesa, especificamente: (i) a separação dos poderes; (ii) os juízes passaram a ser profissionais, “nomeados vitaliciamente pelo poder executivo (ou seja, pelo Primeiro Cônsul, mais tarde, pelo Imperador)”; (iii) restabelecimento das “custas fiscais (custas, direitos de registro de sentenças, etc.) em matéria judiciária”; (iv) extinguiu a necessidade de representação processual por advogado, por receio de manutenção de benefícios do Antigo Regime (fato que mudou, posteriormente, com o restabelecimento da Ordem dos Advogados por Napoleão por meio da lei do Ventoso do ano XII – 1804); (v) audiências passaram a ser públicas e as sentenças motivadas; e (vi) extinção dos foros privilegiados, impondo igualdade formal a todos os homens, pois seriam julgados pelas mesmas cortes – mantidos os tribunais do comércio e os militares (GILISSEN: 2008, p. 494-495).

justiça delegada. Além do Conselho de Estado, foram criados os conselhos de Prefeitura ligados aos municípios (BACELLAR FILHO: 2009, p. 63).

2.4 Evolução da jurisdição administrativa francesa

Destacam-se três etapas principais da evolução da jurisdição administrativa francesa: (i) a evolução da *justiça reservada* à *justiça delegada*; (ii) segue com o “desaparecimento da jurisdição do ministro”; e (iii) culmina com a “organização da jurisdição administrativa” (RIVERO: 1981, P. 160). Prosper Weil afirma que, a partir da Lei de 24 de Maio de 1872, a qual conferiu a *justice déléguée*²⁹ ao Conselho de Estado, “a administração fica submetida ao controlo de uma verdadeira jurisdição, que decide directamente ‘em nome do povo francês’”, e complementa, ao dizer que esta lei criou, “ao mesmo tempo, um Tribunal dos Conflitos, composto por um número igual ao de membros do *Conseil d’État* e de conselheiros da *Cour de Cassation* e encarregado de decidir sobre os conflitos de competência entre as duas ordens jurisdicionais, a administrativa e a judiciária” (WEIL: 1977, p. 16).

Para o fim de explicar a primeira etapa, expõe-se que justiça reservada é aquela exercida pelo próprio soberano, cujo poder este reserva a si mesmo o poder de decidir sobre os litígios envolvendo a Administração, ao invés de delegar aos tribunais. Assim ocorria antes da reforma do ano VIII. Após a reforma da lei de 28 do Pluvioso do ano VIII,³⁰ a justiça administrativa passa a ser delegada, com restrita competência, ao Conselho de Estado, junto ao governo central, o qual emite pareceres ao soberano que poderia, ou não, acatá-los (RIVERO: 1982, p. 160). Antes da lei de 24 de Maio de 1872, o Conselho de Estado tinha recebido autoridade e seus pareceres passaram a ser vinculantes para quem os tivesse obrigação para homologar. Após, passou a decidir litígios sem necessidade de homologação (CAETANO: 2003, p. 385). Prosper Weil (1977, p. 13) afirma que o *Conseil d’État* viu-se encarregado (primeiro, pelo Primeiro Consul, e depois por vários outros Chefes de Estado que o sucederam) de preparar um projeto de solução para os litígios envolvendo a Administração. Marcello Caetano (2003, p. 385) afirma que tal fato

²⁹ Significa *justiça delegada* em português (tradução livre).

³⁰ Veja-se a lição de John Gilissen, quem afirmou que a referida reforma ocorreu em 1799, passando a vigor a partir de 1800 (GILISSEN: 2008, p. 494-495).

originou a migração da *justiça delegada* para a *jurisdição própria* do contencioso administrativo.

A segunda etapa analisa a mutação da figura do soberano de “juiz de apelação” para “juiz administrativo de direito comum” (RIVERO: 1982, p. 160). Nesta etapa da evolução da jurisdição administrativa surge a distinção entre jurisdição administrativa e Administração ativa com a edição do aresto “*Cadot*” pelo Conselho de Estado, em 13 de janeiro de 1889 (BACELLAR FILHO: 2009, p. 64).

A terceira etapa exposta por Rivero (1981, p. 161) é aquela culminada com a reforma de 1953, levada a efeito para “acelerar o curso da justiça” (RIVERO: 1981, p. 216), erigiu os tribunais de prefeitura em juiz administrativo de direito comum. Estes, segundo o autor, decidem “sempre sob reserva de apelação”, salvo algumas exceções, nas quais o Conselho de Estado atua como juiz de primeira instância nas causas enumeradas no Decreto de 30 de setembro de 1953. (RIVERO: 1981, p. 216). Romeu Felipe Bacellar Filho (2009, p. 65) informa decisão contemporânea do Conselho Constitucional da França, a qual indica, com valor constitucional, a competência da jurisdição administrativa para anulação ou reforma das decisões tomadas pelo Poder Executivo.

Não obstante sua manutenção na Constituição francesa de 1958, não subsistem mais as razões na época da criação da jurisdição administrativa francesa. A separação entre jurisdição administrativa e Administração ativa, no seio do Poder Executivo, nunca satisfizeram plenamente os críticos liberais, pois, no momento da sua criação, havia preocupação de tal separação ofender, por outro lado, o princípio da separação de poderes. Montesquieu elaborou, em sua tese, a ideia de que aquele órgão, ou agente, que executa não poderia julgar, sob pena de se propiciar condições para o abuso. Segundo os críticos, aquele que age segundo a lei, cumprindo seus misteres, não pode julgar os conflitos oriundos dos seus atos. Entretanto, neste tocante, a jurisdição administrativa demonstrou que o Executivo francês se desincumbiu da missão constitucionalmente conferida a si com sucesso.

Para além dos benefícios que justificaram sua criação, Jean Rivero aponta inconvenientes manifestos da dualidade de jurisdições. “É muitas vezes difícil saber se uma questão deve ser apresentada perante os tribunais administrativos ou ordinários” (RIVERO: 1981, p. 161). São apontadas como novas razões para manutenção da jurisdição administrativa: (i) a elaboração de um direito administrativo original e autônomo; (ii) as particularidades de um direito administrativo original

poderia apresentar dificuldades aos julgadores comuns; (iii) cientes da realidade, os juízes da administração conhecem profundamente os limites do seu controle e podem avançar com o conhecimento específico que os ensinou o limite do arbítrio; (iv) estão menos expostos a excessos de timidez ou audácias intempestivas (RIVERO: 1981, p. 162). E arremata: a existência de um direito administrativo original e autônomo que constitui a “única justificação sólida da existência da jurisdição administrativa” (RIVERO: 1981, p. 162). Para Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 33), o trabalho dos juízes administrativos, ao exercer a jurisdição administrativa, foi essencial para (i) a constatação de que o direito privado não servia para resolver os conflitos envolvendo a Administração Pública e, por isso, (ii) para a criação de “soluções originais para a Administração, em todos esses temas”.

Conclui Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 34) que:

(...) as exceções criadas pela jurisprudência administrativa (conjunto reiterado de decisões dos juízes administrativos) ao regime do Código Civil geraram figuras jurídicas como a *responsabilidade extracontratual do Estado*, o *contrato administrativo*, os *bens públicos* e as *peças jurídicas de direito público*.

Estes fortes argumentos expostos acima permitem afirmar que não se faz necessário a qualquer Estado do mundo adequar seu sistema jurisdicional àquele dualismo, pois, para se criar um direito administrativo autônomo e original, basta que o ordenamento jurídico atribua competências especiais a alguns órgãos da jurisdição para permitir que, por meio da especialização da Justiça, atinja-se este objetivo.

2.5 Notas sobre a jurisdição administrativa brasileira

No início, destacou-se a advertência de Marcello Caetano (2003) sobre a conotação autoritária da expressão “contencioso administrativo”. Neste estudo, esta fórmula vernácula será observada por mera necessidade de adequação linguístico-histórica com os textos das Constituições brasileiras de outrora. O intuito é estimular o uso da expressão “jurisdição administrativa” como consenso conceitual, pois inegável reconhecer que não existe *contencioso administrativo* no Brasil atualmente – em sentido estrito, como ocorre na França.

Ademais, as dificuldades existentes lá em face da dualidade de jurisdição são muito maiores do que as existentes aqui no Brasil, as competências da jurisdição especial exercida por órgãos da Justiça Federal – por exemplo – são estipuladas em razão das pessoas submetidas ao conflito, ao invés de se utilizar critérios materiais.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto traça três grandes períodos da história do Direito no Brasil (MOREIRA NETO: 1977, p. 16): o português, de 1500 a 1822, o imperial, de 1822 a 1889, “marcado pela constitucionalização de índole francesa”, e o republicano, de 1889 aos nossos dias, influenciado diretamente pelo constitucionalismo norte-americano.

No Brasil colônia, as autoridades consideradas como magistrados – o juiz ordinário, o juiz de fora, os corregedores e ouvidores do rei – detinham a chamada jurisdição administrativa (PERLINGEIRO; GRECO: 2009, p. 61). O regime de gestão adotado era o das Ordenações – municipalista, em razão da aplicação da legislação portuguesa.

No Brasil imperial existia a figura do Conselho de Estado, o qual exercia a competência de exercer a jurisdição administrativa. Dilvanir José da Costa (1985, p. 149) aponta que “Prestando serviço ao Poder Moderador, o Conselho de Estado era um órgão consultivo supremo para pronunciamentos sobre as nomeações de Senadores” (...). “Percebe-se, nessa primeira fase, o Conselho de Estado como órgão eminentemente consultivo, com intervenções para propiciar o equilíbrio nas relações entre os Poderes”. “Na definição determinada pela lei de 1841 foram introduzidas, pela primeira vez, as atribuições próprias do contencioso administrativo. Ao lado das funções consultivas, passa a exercer as de índole jurisdicional”. A Constituição de 1824³¹, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março daquele ano, criou quatro poderes. Destaque para o Poder Moderador, com forte caráter político, exercido pelo Imperador e auxiliado por um Conselho de Estado (PAULA: 1979, p. 274). Thiago Marrara (2014, p. 20) afirma que a “sua existência por si só revelava o reconhecimento, no Brasil, de uma distinção entre relações jurídico-administrativas e relações de direito privado em geral” e que a sua inserção no nosso sistema evidencia que o Direito Administrativo brasileiro nasceu globalizado (MARRARA, 2014, p. 26).

³¹ Apenas como notícia interessante e correlata à história da Constituição de 1824, lembre-se que o Imperador D. Pedro I foi o mesmo Rei Pedro IV, de Portugal, que outorgou a Constituição portuguesa de 1826. As duas Constituições foram promulgadas pela mesma pessoa e são muito semelhantes, inclusive.

Ensina Dilvanir José da Costa (1985, p. 150) que:

A dualidade de jurisdição (autoridades administrativas e judiciária) teve no Conselho de Estado do Império, um grande suporte. Como instituição jurisdicional manifesta-se como órgão competente para as decisões entre a administração e os particulares: “Funcionava o Conselho como jurisdição de primeira instância em relação a determinadas matérias – conflitos de atribuição e questões de presas marítimas –, cabendo-lhe, ao mesmo tempo, como última instância, decidir sobre os recursos que lhe eram impostos contra decisões de outras autoridades administrativas – Ministros de Estado, Presidentes de Províncias, autoridades fiscais; contra decisões de jurisdições especiais, com as do Tribunal do Tesouro, dos Tribunais de Comércio, parte administrativa e das Tesourarias Provinciais. Exercia, ainda, o C.E. um controle jurisdicional sobre os atos das autoridades eclesiásticas, a origem legal da famosa questão religiosa de 1872/75 (...).

Pela concisão eficiente de grande número de informações, cita-se trecho do estudo de Edylcéa Nogueira de Paula (1979, p. 274):

Este órgão foi suprimido pelo Ato Adicional de 1834 e, posteriormente, restabelecido em 1841, por D. Pedro II. No ano seguinte, fez-se a sua regulamentação através do Regimento nº 124, de 5-2-1842, concedendo-lhe a função jurisdicional em casos de conflitos negativos entre o juiz ordinário e os presidentes das Províncias, relativos a causas em que fossem apreciados atos administrativos, decidindo pela competência da jurisdição ordinária ou do autocontrole da Administração.

A Constituição de 1891 alterou a realidade da Constituição anterior, de inspiração francesa, e inaugurou o sistema de jurisdição una,³² estabelecendo competências especiais para uma Justiça Federal, que ficou incumbida de “julgar toas as ações intentadas pelos particulares contra a União e por esta contra os particulares”³³, essencialmente. Opostamente, os Estados-membros receberam a jurisdição comum e geral, para julgar ações criminais e as de Direito Privado. O juiz federal absorvera, então, o “contencioso administrativo”, antes atribuição do Conselho de Estado brasileiro de 1824. Durante a segunda fase (republicana), com a edição da Lei 221, de 20 de novembro de 1894³⁴, surge a hipótese de controle dos atos

³² Confira-se a lição de Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 647): “*L’influence française qui a marqué l’adoption de l’idée d’un État administratif n’a pas été détruite par la Constitution de la République de 1891, d’inspiration nord-américaine. Il est vrai qu’à ce moment-là, le Brésil a connu un changement de cap en direction du modèle judiciaire de justice commune à l’américaine, supprimant le Conseil d’État qui avait été emprunté au modèle français. Il a également intégré durant cette période de le présidentielisme et le fédéralisme*”.

³³ Tal regramento estava previsto no art. 60, alínea b: “Aos juizes e Tribunaes Federaes: processar e julgar: (...)b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contractos celebrados com o mesmo Governo;” (...) (BRASIL: 1891).

³⁴ Vejam-se os dispositivos específicos da Lei 221/1894 pertinentes ao estudo: “Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União. (...)§ 9º Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resolução em questão é illegal, o annullará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor.a) Consideram-se illegaes os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-ha em

administrativos por intermédio de ação judicial específica (MOREIRA NETO: 1977, p. 17). Interessante é perceber um resquício autoritário do direito administrativo oitocentista, pois a lei limitava o controle do ato discricionário ao vício de legalidade e ao excesso de poder, claramente influenciado, ainda, pelo direito administrativo do Conselho de Estado francês.

Previu a Constituição, então, o *habeas corpus* como medida hábil a combater ilegalidade e abuso de poder, não se restringindo à mera defesa da liberdade de locomoção (PAULA: 1979, p. 274; MOREIRA NETO: 1977, p. 18). No entanto, com o advento da reforma constitucional de 1926, o *habeas corpus* se restringiu à defesa da liberdade de locomoção, eclodindo o anseio por um novo remédio constitucional. Em 1934, outorgou-se nova Constituição, influenciada pela de Weimar, a qual criou o *mandado de segurança*. Após período do Estado-Novo e do advento da Constituição de 1937, restabeleceu-se a democracia representativa por intermédio da Constituição de 1946, inserindo o mandado de segurança novamente no ordenamento jurídico, o qual passou a receber regulamentação do Código de Processo Civil de 1939 e pela Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951 (MOREIRA NETO: 1977, p. 18-20). Até o advento da Constituição de 1967, alterada pela E.C. nº 1/69, nenhuma alteração legislativa relevante para o tema do “contencioso administrativo” foi realizada.

Foi com a promulgação da Emenda Constitucional 7/1977 que o “contencioso administrativo” tomou novo fôlego no cenário nacional. Sob o rótulo de Reforma do Poder Judiciário, esta promoveu as alterações inseridas nos arts. 111; 153, § 4º; 203; 204 e 205, e autorizou a criação, por lei, do contencioso administrativo, garantindo-se

razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade;b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário sómente será havida por illegal em razão da incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder.§ 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.§ 11. As sentenças judiciaes passarão em julgado e obrigarão as partes e a administração em relação ao caso concreto que fez objecto da discussão.§ 12. A violação do julgado por parte da autoridade administrativa induz em responsabilidade civil e criminal. (...)” (BRASIL: 1894). Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 644-646) leciona: “*Um tel effort de créations’estproduit à partir d’un act efondateur, à savoir, la Constitution de 1824, instituant la séparation des pouvoirs, um Conseil d’Etat et une déclaration des droits fondamentaux*”. (...) “*La loi nº 221 de 1894 a définiles competéces du jugeau regard de l’administration publique em s’appuyant sur les notions d’acte admnistratif, d’autorités administratives, de lésion de droits individuels et d’annulation (art. 13): ‘Les juges et les cours fédérales examineront et jugeront les affaires fondées sur la lésion de droits individuels par des actes ou une décision des autorités administratives de l’Union’; ‘l’autorité judiciaire, em vérifiant que l’acte ou la résolution em question est illegal, l’annulera em totalité ou em partie, dans le but d’assuer le droit du justiciable’; ‘Son tré putés illégauxels actes ou décisions administratives em raison de la non-application ou del’application incorrecte du droit em vigueur’*”.

a inafastabilidade de controle jurisdicional do ato administrativo impugnado. Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca limitações de três ordens acarretadas pelo texto da EC 1/77: quanto às *pessoas*, quanto à *matéria* e quanto à *definitividade*. No tocante às *pessoas*, será plena a competência do Contencioso Administrativo somente se o litígio se travar entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, nos termos do art. 205, da Constituição de 1967, alterado pela EC supracitada. Quanto à *matéria*, o rol é restrito: questões de servidores, fiscais, previdenciárias e relativas a acidentes de trabalho (MOREIRA NETO: 1977, p. 71-72). Por fim, quanto à *definitividade*, a falha da EC 7/1977 se encontra na timidez da abordagem pelo Constituinte. Percebe-se que não se adotou a vinculação *formal* do Contencioso Administrativo à teoria da jurisdição una, atribuindo-se ao Poder Judiciário as competências para a jurisdição administrativa *ou* criando-se órgãos vinculados ao Poder Executivo para, exclusivamente, julgarem os litígios entre a Administração e os particulares. Há flagrante hibridismo: o Contencioso Administrativo era formalmente ligado ao Executivo, exercia materialmente jurisdição, pois julgava conflitos que envolvessem a Administração, mas poderia suprimir (ablação) um grau de jurisdição, substituindo uma instância judiciária (MOREIRA NETO: 1977, p. 80-82).

No entanto, “o contencioso administrativo criado pelo constitucionalismo anterior não deu o passo fundamental no sentido da cisão da jurisdição em comum e especializada e, conseqüentemente, manteve a unidade de jurisdição” (MAIOLINO: 2012). Assim, a Constituição da República de 1988 revogou o ordenamento jurídico anterior e, atualmente, não mais existe esta previsão que permita a criação de um Contencioso Administrativo no Brasil.

2.6 O valor do processo administrativo

Segundo exposto no Capítulo 1 deste trabalho, pode se reconhecer que a principal contribuição do Direito Administrativo francês foi a sujeição do Estado às leis que cria e a atribuição da resolução de conflitos que envolvem a Administração Pública ao órgão jurisdicional vinculado ao Poder Executivo denominado Conselho de Estado. O ordenamento jurídico francês submete à responsabilização jurisdicional o Estado e os agentes públicos por prática de ilegalidade e excesso de poder. Esta

fórmula influenciou parcialmente o ordenamento jurídico brasileiro. Para além da autotutela - o dever de autocontrole -, a Administração Pública passou a ser controlada por órgãos titulares de jurisdição, vinculados estruturalmente ao Poder Judiciário, responsáveis por realizar controle externo de sua atividade. Na França, em face da dualidade da jurisdição, criaram-se órgãos como o Conselho de Estado e figuras como o juiz administrativo, ambos vinculados ao Poder Executivo, mas dotados de deveres-poderes de resolução de litígios que envolvem o Estado, conforme se explicou acima. Por sua vez, no Brasil, vige sistema de jurisdição unificado administrado pelo Poder Judiciário, no qual o Supremo Tribunal Federal ocupa o topo da hierarquia, sendo este o “guardião da Constituição”, função esta que cabe ao Conselho Constitucional, na França.³⁵

No Brasil, em razão da unidade de jurisdição, desenvolveram-se teorias do controle jurisdicional dos atos administrativos a partir do controle da juridicidade e sobre os contornos da teoria do desvio de poder – ou desvio de finalidade ou abuso de poder -, da teoria dos motivos determinantes, do controle sobre resultados, da discricionariedade administrativa, das políticas públicas,³⁶ entre outras. Considerada a regra constitucional - nenhuma ameaça de lesão ou lesão a direito poderão ser excluídas da apreciação do Poder Judiciário (BRASIL: 1988, art. 5º, inc. XXXV, da CR/88) - todo e qualquer ato administrativo poderá ser impugnado por meio de mandado de segurança (BRASIL: 1988, art. 5º, inc. LXIX, da CR/88), ação popular (BRASIL: 1988, art. 5º, inc. LXXII, da CR/88), ou mesmo por meio do exercício do direito de petição (BRASIL: 1988, art. 5º, inc. XXXIV, a, da CR/88) endereçada ao

³⁵ Segundo Louis Favoreu (2004), o Conselho Constitucional exerce influência sobre a ordem jurídica e política. Afirma o autor que a jurisprudência constitucional está desafiando a dicotomia tradicional entre direito público e direito privado, impondo o direito constitucional como embasamento comum a todos os ramos da ciência do Direito para o fim de recuperar “suas funções originais de direito fundamental”; ainda, o Conselho Constitucional posicionou-se para dizer que “não exercia o poder político e que a Constituição não lhe conferia ‘um poder geral de apreciação e de decisão, idêntico ao do Parlamento’” (FAVOREU, 2004, p. 101). Otto Pfersmann (2014, p. 141-142) traz uma importante nota sobre a função de direito fundamental do direito constitucional francês ao afirmar que: “(...) os direitos garantidos pela Constituição são certamente direitos que deverá respeitar o legislador, mas não são direitos por meio dos quais as pessoas que se julgam lesadas poderão apelar ao juiz a fim de que controle a lei, estando o acesso dos indivíduos excluído”. E, em nota de rodapé, ao esclarecer o trecho supracitado, destaca que: “Claro que os cidadãos podem recorrer ao Conselho Constitucional como juiz eleitoral e poderá se dizer que o direito de voto é um Direito Fundamental. Mas não é este Direito Constitucional garantido que pode ser invocado como tal neste processo. Na França, o juiz eleitoral é um juiz da legalidade, isto é: da concretização legislativa do Direito Constitucional de voto e de elegibilidade” (PFERSMANN, 2014, p. 142).

³⁶ Conferir André Saddy (2016a) e Luis Manuel Fonseca Pires (2013).

órgão do Poder Judiciário competente. Ou seja, cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a juridicidade da decisão administrativa.

O sistema constitucional brasileiro de unidade de jurisdição se aproxima, minimamente, do sistema francês de dualidade jurisdicional com a criação da Justiça Federal pelo art. 109 da Constituição de 1988. Por meio desse dispositivo, pode-se afirmar que existem núcleos de especialização da justiça no âmbito do exercício do poder jurisdicional pelo Poder Judiciário. Exemplifica-se com a estruturação da Justiça Federal por representar uma “jurisdição administrativa”, a qual, por meio de seus juízes, deverá “processar e julgar” “causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”, nos termos do inciso I do art. 109 da Constituição.

A Justiça Federal é especializada nas matérias previstas no art. 109, e incisos, da CR/88. Esta disposição impede que os juízes comuns, vinculados aos poderes judiciários estaduais, conheçam de pedidos cujos objetos estão inseridos nesse rol, o qual expõe verdadeira jurisdição administrativa para a Administração Pública federal no seio do Poder Judiciário federal brasileiro. Esta especialização se discute desde a Proposta de Emenda Constitucional nº 11/1984, segundo notícia Dilvanir José da Costa (1985), e se concretizou, em parte, com a estruturação do Poder Judiciário Federal nos moldes do art. 109 da Constituição de 1988.

Não obstante, tal estruturação não exclui o dever conferido aos juízes comuns, vinculados aos poderes judiciais estaduais, de julgarem os casos que envolvem as questões não previstas no art. 109 da Constituição da República de 1988. Por exemplo, é plenamente possível impugnar-se edital de licitação promovida por um Estado-membro por meio de mandado de segurança endereçado a Juiz de Direito; ou, pode servidor público municipal questionar ato de demissão, praticado pelo Prefeito, ao arrepio do devido processo legal (BRASIL: 1988, art. 5º, inc. LV, da CR/88) ou ilegalmente, diante do seu regime jurídico funcional, perante o Poder Judiciário estadual. O controle judicial, nestes casos, é exemplo de competência atinente à jurisdição administrativa (sinônimo de especialização da justiça) exercida pelo Poder Judiciário estadual.

Considerando-se a exposição precedente, pode-se concluir que não há contencioso administrativo (em sentido formal)³⁷, propriamente dito, no Brasil. Para viabilizar sua instituição seria necessário que o ordenamento jurídico fosse alterado e adequado, a partir da Constituição da República, criando-se órgãos na estrutura do Poder Executivo e atribuindo-se a tais competências para o exercício de jurisdição, constituindo-o, então, do dever de resolver litígios oriundos da atividade administrativa (relação de administração), promovendo-se as mudanças infraconstitucionais necessárias e correlatas.

Não obstante, prudente adotar como melhor estrutura a unidade de jurisdição, pois, segundo alerta Jean Rivero (1981, p. 161), para além dos benefícios que justificaram sua criação, há inconvenientes manifestos na jurisdição dualista. “É muitas vezes difícil saber se uma questão deve ser apresentada perante os tribunais administrativos ou ordinários”. A unidade de jurisdição é suficiente para evitar conflitos de competência como esses mencionados pelo autor francês.

Por isso, reitere-se: inexistente contencioso administrativo no Brasil.

Deste modo, ao se traçar um paralelo entre a jurisdição francesa e a brasileira, pode-se afirmar que o juiz brasileiro tem maior liberdade funcional para realizar controle judicial (por iniciativa de terceiro interessado) de atos administrativos do que o juiz administrativo francês. Em França, o juiz administrativo só pode conhecer dos “litígios nascidos da atividade da Administração”, mas nem todos esses litígios competem à jurisdição administrativa (RIVERO: 1981, p. 177). Exemplificativamente, explica Jean Rivero (1981, p. 178) que estão excluídos da competência do contencioso administrativo os conflitos oriundos de atividade comum de órgãos públicos e os que envolvem autoridades públicas estrangeiras.³⁸ No Brasil, os juízes deverão conhecer qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, por força constitucional (BRASIL: 1988, art. 5º, inc. XXXV, da CR/88). Inegável reconhecer que o juiz brasileiro tem uma gama muito maior de atribuições.

Esse olhar comparado permitiu constatar o aspecto positivo da jurisdição una brasileira. Ao criar uma “jurisdição administrativa”, fruto da especialização da atividade jurisdicional, propiciou-se um incremento na profundidade e na qualidade do controle

³⁷ Entendido, aqui, em sentido formal, como “órgão ou conjunto de órgãos competentes para exercer jurisdição, com ou sem definitividade em suas decisões, em hipóteses de ameaça ou lesão de direitos subjetivos pela Administração” (MOREIRA NETO: 1977, p. 70).

³⁸ Para aprofundamento dessa questão, cf. Jean Rivero (1981, p. 178-187).

judicial da atividade administrativa dos órgãos de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário). Ao mesmo tempo, a unicidade de jurisdição no Brasil não proibiu a Administração Pública editar atos administrativos por meio processos administrativos. Ao contrário, criou o dever de garantir a participação popular em suas decisões através do devido processo legal administrativo. Isso devido às fontes formais do Direito Administrativo permitirem a autotutela (autocontrole, controle interno em sentido amplo) no exercício da função administrativa. Por isso, construiu-se um sistema de autocontrole democrático da relação de administração por meio do processo administrativo, alçando-o como instrumento para se produzir decisão sobre a juridicidade da atividade administrativa. Esta decisão, que é um ato administrativo, é produtora de norma jurídica entre as partes integrantes da relação jurídica processual. Nesse tocante, afasta-se do contencioso administrativo francês. Segundo a advertência de Anapaula Trindade Marinho e Samir Salemkour (2011, p. 547), o que chamamos de processo administrativo, no Brasil, é denominado como “*procédure administratif non contentieux*” no direito francês. Reitere-se: não há contencioso administrativo no Brasil e a atividade administrativa democrática, processualizada, propriamente uma “relação que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente” (LIMA, 1987, p. 4), não se confunde com o contencioso administrativo francês em sentido formal.

Afirma-se que há processo no âmbito do exercício da função administrativa diante do entendimento do “procedimento” como legitimador de decisões administrativas. Romeu Felipe Bacellar Filho (2014, p. 367-368), afirma que “Candido Rangel Dinamarco, na esteira de Elio Fazzalari, anota que o procedimento é ‘um sistema de atos interligados numa relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade comum de preparar o ato final de consumação do exercício do poder’”. Adicione-se a cooperação de sujeitos segundo a lógica do contraditório e o procedimento passa a ser um processo. Nesse tocante, considerando que o “final de consumação do exercício” do Poder Executivo (função administrativa) é o ato administrativo, pode-se constatar que o processo administrativo é “modalidade de exteriorização da função administrativa” (BACELLAR FILHO: 2014, p. 369). O exercício desta função administrativa qualifica o agir administrativo processualizado como produto da atividade administrativa democrática exercida diretamente por órgãos e entidades da Administração Pública e, segundo Odete Medauar (2003, p.

224), “o ato administrativo se torna produto do exercício da função, deixando-se de considera-lo como expressão pré-constituídas de uma autoridade privilegiada”.

2.7 Do ato ao processo: mudança de centro

No subtópico anterior, afirmou-se que o agir administrativo é *processualizado* em face da garantia fundamental do devido processo legal preceituada no art. 5º, inc. XXXV, da CR/1988. Entretanto, nem sempre foi assim.

O direito administrativo, que se desenvolveu no período posterior à Revolução Francesa, preocupava-se com o agir imperativo e unilateral do Estado e, conseqüentemente, com o ato administrativo produto de sua atividade. Originariamente, tentou conciliar a necessidade de asseguramento da ordem pública, pelo Estado, por meio de prerrogativas e as sujeições às quais, por sua vez, está vinculado. Mas preponderou o caráter autoritário na relação de administração (JUSTEN FILHO: 2008, p. 66-67). No Brasil, Antonio Carlos Cintra do Amaral (2008, p. 26-27) afirma que é comum encontrar a citação de trecho consagrado da obra de Seabra Fagundes (2010, p. 3) na doutrina brasileira (“administrar é aplicar a lei de ofício”), destacando-se a ideia de que administrar é só o cumprir a lei de maneira automática. Entretanto, entender que esta definição de Seabra Fagundes encerra um dever irresistível de estrita legalidade é negar o efeito da *constitucionalização do direito* sobre o *direito administrativo*.³⁹ A conformação clássica da dogmática do direito

³⁹ Marçal Justen Filho destaca o papel da “permeabilização do Direito Administrativo pelo Direito Constitucional”. Afirma que tal fato “conduz “à correspondente revisão das estruturas clássicas da disciplina. No entanto, o processo de constitucionalização do Direito Administrativo ainda se encontra em etapa inicial. Existe uma notável defasagem entre o Direito Administrativo e a evolução filosófico-jurídica do restante do direito público. A organização do aparato administrativo do Estado se modela pelas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar do século XIX. A fundamentação filosófica do Direito Administrativo ainda se reporta à clássica disputa entre Duguit e Hauriou, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. Mais do que isso, predomina a influência do pensamento de Hauriou muito mais intensamente do que a de Duguit. O conteúdo do Direito Administrativo é preenchido por institutos vinculados a concepções políticas de um período distante. Ou seja, o Direito Administrativo continua vinculado à concepções filosóficas, políticas e constitucionais que vigoravam na primeira metade do século XX. A evolução radical do constitucionalismo do final do século XX permanece ignorada pelo Direito Administrativo. O resultado é que o Direito Administrativo, nos dias atuais, exterioriza-se em concepções e institutos que refletem uma visão autoritária da relação entre o Estado e o indivíduo. A manifestação mais evidente desse descompasso reside na concepção de que o fundamento do Direito Administrativo consiste na supremacia do interesse público. Essa proposta incorpora o germe da rejeição à importância do particular, dos interesses não estatais e das organizações” (JUSTEN FILHO: 2008, p. 66-67).

administrativo é autoritária por ignorar a importância do indivíduo (JUSTEN FILHO: 2008, p. 67).

Floriano de Azevedo Marques Neto tece crítica à conformação clássica ao mirar seu instituto mais importante: o ato administrativo. Segundo o autor, este, “tomado pelo ângulo interno ao sistema administrativo, tratado pelo vetor da estrutura da administração pública”⁴⁰, deve ser denominado por “*ato administrativo autista*”,⁴¹ considerando que é produzido à margem da esfera de direitos do “administrado” (MARQUES NETO: 2011, p. 96). O oposto do ato administrativo denominado autista é aquele produzido segundo a visão funcional do direito administrativo, levando em consideração seu impacto sobre a esfera de direitos individuais a partir da participação do particular em sua formação.⁴²

⁴⁰ Neste ponto, importante citar a distinção entre a visão estrutural e a visão funcional do Direito Administrativo construída por Florian de Azevedo Marques Neto (2011, p. 95-96): “De um lado, temos a visão estrutural do direito administrativo, que privilegia o ângulo *ex pars principii*; do outro a visão funcional, com relevo à mirada *ex pars populi*. Tomado pelo ângulo estruturalista, o ato administrativo é visto como um instrumento autônomo de manifestação do poder, que se forma, é editado e se executa a partir das premissas internas ao sistema jurídico administrativo, independentemente dos interesses, interferências e injunções do administrado que, em última instância, é causa e destino do próprio ato. Numa vertente funcionalista, o ato administrativo só teria razão de ser a partir da função que exerce em relação à esfera de direitos dos indivíduos; ou seja, como manifestação de poder extroverso, todo ato administrativo afeta a esfera de direitos individuais seja para restringi-los, seja para consagrá-los e, sendo assim, haveria necessariamente que ser tomado também a partir das condicionantes externas do sistema jurídico administrativo”.

⁴¹ Florian de Azevedo Marques Neto (2011, p. 97) conceitua o “ato administrativo autista” como a “*manifestação unilateral da Administração pública, por intermédio de agente competente, no exercício de poder extroverso e praticado em cumprimento estrito de um comando legal, sujeitando-o ao controle judicial quanto aos aspectos de legalidade*”.

⁴² Nesse sentido, importantíssima e magistral a análise de André Saddy (2014, p. 396-397) sobre a distinção entre subjetividade e apreciatividade no âmbito da atuação discricional: “(...) a chamada subjetividade ou autonomia pública do administrador possui diferentes modalidades de margem de liberdade de órgãos administrativos, que, por conseguinte, possui elementos que a integram, sendo os mais estudados a liberdade conformadora do legislativo e do governo, a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Não são poucos os que defendem que existam outras formas de liberdade ou margens distintas destas três. As mais mencionadas são poderes agraciáveis, facultativo, avaliativo e até uma liberdade prognóstica. Há, também, quem defenda que existe uma discricionariedade de desvio (*deviational discretion*), configurada como o poder para atuar de acordo com o melhor juízo do agente, inclusive, que não está autorizado ou até proibido por normas de competência. Segundo seus defensores, a conduta de desvio somente é aceitável como de contexto do sistema jurídico porque é consoante com a finalidade básica do sistema legal. Outros preferem o termo discricionariedade de dispensa como uma autorização de exceção em casos atípicos que permitem que a Administração se desvie da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma, por razões comprovadas de especial relevância. E tem ainda quem prefere mencionar uma discricionariedade não autorizada ou assumida (*unauthorized or assumed discretion*), como aquelas em que os agentes públicos assumem, sem autorização expressa, uma margem de liberdade para afastar-se da norma jurídica por razão de justiça, por necessidade prática ou conveniência e oportunidade. Os agentes públicos estão mais preocupados com a finalidade e propósito da norma do que com a letra estrita da lei. (...) A apreciatividade administrativa é aquela margem de liberdade de que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que o requerem. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, seja porque se está diante de um caso de ação

Nessa esteira de legitimação as, surge a legitimação pelo procedimento, analisada por Niklas LUHMANN (1985). Segundo o autor, os processos são:

(...) sistemas sociais especiais, que são constituídos de forma imediata e provisória para elaborar decisões vinculativas. (...). Sua função legitimadora fundamenta-se nessa separação em termos de papéis sociais. Nos processos, os participantes são dotados de papéis especiais enquanto eleitores, representantes do povo, acusadores, acusados, requerentes, testemunhas, etc., dentro dos quais eles devem poder comportar-se livremente, mas apenas segundo as regras do sistema processual – e não enquanto marido, sociólogo, sindicalista, etc. (...) Ao longo do processo, os participantes são levados a especificar suas posições com respeito aos resultados em cada caso ainda em aberto, de tal forma que ao final seu objetivo não possa mais parecer com o objetivo de qualquer outro terceiro. (...) Os processos têm, assim, por objetivo especificar os temas conflitantes, antes do desencadeamento da força física, no sentido de isolar e despolitizar o relutante enquanto indivíduo. Juntamente com a força física, eles representam uma combinação de mecanismos generalizantes e especificantes que sustenta a legitimação da decisão jurídica (LUHMANN: 1985, p. 65-66).

Pode-se extrair das lições acima citadas que Niklas Luhmann (1985), quando analisou a legitimação pelo procedimento, contribuiu epistemologicamente para a teoria do direito e definiu que as relações humanas são processualizadas, na qual cada participante é dotado de um papel obrigado a seguir as regras predispostas pelo sistema processual. Odete Medauar interpreta essa dinâmica e a insere no seio da relação de administração. Afirma que para a imperatividade do poder não configurar opressão ao indivíduo, representar o posicionamento unilateral e parcial da Administração, necessária a manifestação paritária, em processo “pré-constituído”. “Desse modo, a imperatividade do ato apresenta-se como resultado de um processo que viu o confronto de muitos interesses, direitos e deveres e chegou a um ponto de convergência” (MEDAUAR: 2008a, p. 70).

Assim, o controle dos atos administrativos segue, basicamente, essa fórmula no modelo burocrático, em que os interessados podem participar ativamente para atingimento de um melhor conteúdo das decisões administrativas. “Com isso, se ampliam os pressupostos objetivos da decisão administrativa” (MEDAUAR: 2008a, p. 69). Esta dialogia pode conduzir a melhores resultados obtidos pelas decisões, favorecendo o uso do direito administrativo como “caixa de ferramentas”, ressaltando-se seu caráter prático para resolução de problemas da Administração Pública, e não trabalhar o Direito Administrativo por meio de um estilo expositivo-sistemático,

não deontica, ou pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nesses supostos, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação ulteriormente. A apreciatividade na realidade é inferida da interpretação sistemática de um conjunto de normas. Deduz-se, portanto, da destinação da prestação, isto é, da composição e de funcionamento dos órgãos competentes para determinar seu alcance”.

científico, taxionômico e conceitualmente concatenado, pressupondo coerência e certeza (SUNDFELD: 2012, p. 39).

O princípio democrático está visceralmente ligado à procedimentalização dos atos administrativos, pois permite a realização da pluralização das manifestações acerca do conteúdo das decisões a serem adotadas pela Administração Pública. Neste sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho (2003, p. 130) ensina:

A procedimentalização do agir administrativo, a fixação de regras para o modo como a Administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos configura, assim, condição indispensável para a concretização da democracia. Sem a fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre Administração e cidadão, onde cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido.

A Administração Pública enfrentou importantes mudanças de paradigmas. Jean Rivero (1981, P. 34) afirmou, em 1975, que “é evidente em todos os domínios de acção do poder a necessidade de fórmulas menos autoritárias, que façam apelos à cooperação dos particulares e não ao constrangimento”. O binômio legalidade-legitimidade recebe luzes advindas de outros prismas cuja orientação juspolítica se origina da vinculação da atividade administrativa aos direitos fundamentais. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 36):

(...) é a presumida *concordância geral* de que um determinado *comportamento*, seja individual ou coletivo, uma vez considerado socialmente necessário ou simplesmente útil, *deve ser imitado e reiterado em escala social*, que a torna indutora da lenta sedimentação de *instituições*, um fato que, desde logo, aponta o relevante papel de coesão social desempenhado pelo *consenso*, tanto na *origem do poder* coletivamente considerado, como na própria *natureza da organização social*, que essa qualidade aglutinante propicia.

A *processualidade* da Administração Pública proporciona legitimidade, segundo Luhmann; mas, também, estabilidade em face da previsibilidade das decisões a serem tomadas, pois um comportamento necessário ou útil deve ser imitado e reiterado em escala social, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 36), e o processo administrativo é instrumento garantidor desses elementos de segurança social.

O agir administrativo dinâmico⁴³ – para nós, processualizado – é uma consequência do devido processo legal administrativo, verdadeira democratização da

⁴³ Destaque-se a posição de Marçal Justen Filho (2013, p. 335-336): “O fundamental está em considerar a atuação administrativa de modo global, não cada ato isoladamente”.

tomada de decisões seja no âmbito do Poder Executivo, seja no do Poder Judiciário. Em face do previsto no art. 5º, inc. LV, da Constituição de 1988, cabe o reconhecimento por parte do Direito sobre a necessidade de diálogo para a legitimação do processo de tomada de decisão do Estado. A visão luhmanniana de processo como uma relação sistêmica contribui para que se afirme a necessidade de a relação de administração se caracterizar pelo diálogo público privado como a tônica da decisão administrativa, ou seja, para a consideração das consequências que poderão onerar o indivíduo, valorizando-o e tornando o agir administrativo legitimamente democrático, nos exatos termos exigidos pela cláusula constitucional do devido processo legal administrativo.

2.8 A processualidade como pressuposto de validade da *democracia administrativa participativa brasileira*

Vasco Pereira da Silva (2003: 149) afirma que a “relação jurídica surge, em nossos dias, como um novo conceito central do Direito Administrativo, capaz de ocupar posição pertencente ao acto administrativo na dogmática tradicional”. Com essa frase, o autor inaugura o capítulo II do livro *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, publicado em 1996 e reimpresso em 2003. O pensamento do autor desenvolvido nesse livro influenciou a doutrina brasileira e contribui, ainda hoje, para a construção da relação jurídica processual brasileira, hoje regulada pela Lei Federal n. 9.784/99. Essa teoria de Vasco Pereira da Silva (2003: 149) parte de uma alegada “crise do acto administrativo, que já não é a forma dominante de actuação, nem consegue abarcar a integralidade do relacionamento da Administração com os particulares (...)”.

Esse autor está a analisar a relação jurídica segundo a doutrina do Direito Administrativo, a qual reputa ter contribuído com “nova orientação dogmática”. Segundo Vasco Pereira da Silva (2003: 149-150), há quatro correntes (ou “concepções principais”, como prefere o autor) que analisaram a aplicação da relação jurídica no Direito Administrativo:

- a) Uma posição que rejeita, por princípio, a possibilidade de utilização da relação jurídica no domínio administrativo. É esse o entendimento da corrente positivista, tal como foi expressado pelos seus “pais-fundadores”, Kelsen e Merkl;

- b) Uma visão que não rejeita a figura da relação jurídica administrativa como hipótese abstracta, mas que lhe não atribui uma grande importância teórica ou prática, uma vez que a concebe como uma mera relação de poder, totalmente desequilibrada, e na qual o particular ocupa a posição de “sujeito” passivo. Defenderam esta concepção, entre outros, G. Jellinek, O. Mayer, W. Jellinek, F. Fleiner, M. Caetano;
- c) Uma outra corrente sustenta a admissibilidade e a importância teórica e prática do instituto da relação jurídica, mas limita o seu âmbito de aplicação somente ao domínio da Administração prestadora. Posição que é defendida por autores como, v.g., Krause ou Maurer;
- d) Por último, há quem veja na relação jurídica o novo conceito central do Direito Administrativo, o instrumento teórico-prático adequado para o entendimento da actual realidade jurídico-administrativa. Posição que é compartilhada, entre outros, por autores como Bachof, Erichsen, Martens, Haeberle, Henke, Bauer, Achterberg, Fleiner-Gester, Sudhof.

Desse modo sintético, Vasco Pereira da Silva indicou as quatro concepções da relação jurídica trabalhadas pela doutrina do Direito Administrativo e apontou a corrente descrita na letra *d* como aquela que informa os fundamentos para sustentar que a relação jurídica se opõe à ideia de atividade administrativa imperativa. Não será necessário se estudar as três correntes descritas nas letras *a*, *b* e *c supra* para concluir que a relação jurídica é a categoria da atividade administrativa democrática, por oposta àquela imperativa. Portanto, a “doutrina da relação jurídica” se opõe ao exercício da atividade administrativa autoritário, pois

permite ainda explicar os fenômenos de participação (de privados, ou mesmo de outras autoridades públicas) no procedimento, uma vez que a relação de procedimento constitui uma das modalidades de relação jurídica. Desta forma, a própria noção de procedimento administrativo é enquadrada e teoricamente assimilada pela doutrina da relação jurídica, surgindo o procedimento como um instrumento de regulação de relações jurídicas, cujos intervenientes são chamados a actuar para defesa das suas posições jurídicas substantivas (PEREIRA DA SILVA, 2003: 161).

Seria de pouca utilidade revisitar os bem postos argumentos de Vasco Pereira da Silva sobre cada uma das concepções expostas nas letras *a*, *b* e *c*, pois o presente trabalho não tratará de aspectos doutrinários históricos ou diametralmente opostos à realidade brasileira. Por isso, optou-se por partir da análise da “doutrina da relação jurídica”, pois há notas de sua aplicação no direito administrativo brasileiro desde a promulgação da Constituição da República de 1988, a qual prevê o devido processo legal e a participação popular como mecanismos de realização democrática de direitos subjetivos por meio de relações jurídico-administrativas.

Na esteira do desenvolvimento de sua teoria, baseado em Peter Haeberle, H Bauer, Otto Bachof, H.-U. Erichsen e Fleiner-Gerster, Vasco Pereira da Silva afirma razões para denotar a relevância de se aplicar a relação jurídica no âmbito do Direito

Administrativo. Indica que o há associação entre as “posições jurídicas substantivas”, também conhecidas como “direitos subjectivos dos indivíduos”. (PEREIRA DA SILVA: 2003, p. 161), os quais têm uma “dimensão procedimental”, e o direito fundamental “ao (e de) de procedimento”⁴⁴, contribuem para “ressaltar a dimensão subjectiva do procedimento” e das relações jurídicas que por meio dele se estabelecem. Por isso, o autor afirma que há um desdobramento da “doutrina da relação jurídica” em “relação jurídica de procedimento e relação jurídica substantiva” e a relaciona com o “Direito do Contencioso Administrativo, onde o instituto da relação jurídica processual já é, de há muito, utilizado” (PEREIRA DA SILVA: 2003, p. 162).

Dessa última associação entre relação jurídica processual e Direito do Contencioso Administrativo mencionado pelo autor se justifica o estudo levado a efeito no primeiro capítulo. Vasco Pereira da Silva é autor português e em Portugal há contencioso administrativo. No Brasil, Egon Bockmann Moreira (2014, p. 360) também defende uma “visão do processo como relação jurídica diferenciada”, configurando-se como um “direito-garantia”. No mesmo sentido, Odete Medauar (2008a, p. 19) ensina que a ideia de relação jurídica processual permitiu visualizar o processo como um “conjunto de posições jurídicas ativas e passivas, de cada um dos seus sujeitos (poderes, faculdades, deveres, sujeições e ônus) e não somente como simples sucessão de atos”. Há dados nucleares para caracterizar a “progressiva aproximação” entre cidadão e Administração Pública, que são:

No Brasil, conforme já se afirmou, inexistente contencioso administrativo. Mas foi essencial definir esta situação como paradigma para comparação com qualquer sistema de justiça estrangeiro e para se evitar transplantes teóricos inaplicáveis e, assim, inúteis para a epistemológica da ciência do Direito brasileira. A relação jurídica processual administrativa brasileira é não contenciosa – pois só há contencioso propriamente dito no âmbito do Poder Judiciário – e pode ser submetida ao controle externo realizado por órgãos judiciais. Portanto, a relação jurídica processual brasileira desenvolvida em razão do exercício da função administrativa não atrairá a integralidade da teoria desenvolvida por Vasco Pereira da Silva (2003), mas há pontos de contato: o Estado Democrático de Direito é meio ambiente do cidadão no Brasil e em Portugal; por isso, a atividade administrativa é essencialmente democrática e processualizada e os cidadãos poderão defender seus direitos fundamentais perante

⁴⁴ Que na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 se denomina como devido processo legal (art. 5º, inc. LIV).

qualquer Administração Pública graças ao devido processo legal. A democracia está arraigada no Direito Administrativo brasileiro pois é fruto da “permeabilização do Direito Administrativo pelo Direito Constitucional” (JUSTEN FILHO, 2008, p. 66).

Odete Medauar (2008b, p. 406-412) se preocupou analisar a doutrina para concluir sobre a existência, ou não, de um tema central no Direito Administrativo. Durante a primeira metade do século XX, segundo Odete Medauar, surgiram muitos estudos jurídicos sobre o tema “ato administrativo”, o que pode denotar uma temporária centralidade do tema para o Direito Administrativo. Para traçar essa linha evolutiva, estruturou seu estudo sobre a evolução do tema na concepção clássica do ato administrativo; em seguida, realizou levantamento de importantes livros publicados na Itália, na França, na Argentina e no Brasil. Depois, opõe o que chama de “pregação em favor do processo administrativo” à concepção clássica do ato partindo do pressuposto de que ocorreram mudanças de paradigma no Direito Administrativo, como a “reivindicação de *democracia administrativa*” (ao utilizar de famosa frase de Jean Rivero). Em razão dessa democratização, ocorreu a “diluição da distância entre Estado e sociedade, como ideia e como prática”; “a Administração tende a ser menos imperial” ao agir ao encontro de soluções oriundas de “acordo, negociação e consenso” em colaboração com os cidadãos.

A mudança de paradigmas do Direito Administrativo está embasada em argumentos que pretendem ser suficientes a afastar a centralidade do “ato administrativo” no exercício da função administrativa e dos estudos do Direitos Administrativo. Com base em Ricardo Villata, Rosario Ferrara e Vasco Pereira da Silva, Odete Medauar (2008b, p. 416-417) apresenta a mudança de paradigma objeto de seu estudo: a evolução do ato ao processo. Por meio de sua análise, a autora propõe o seguinte questionamento: “o processo administrativo tornou-se a figura central ou a noção nuclear do Direito Administrativo”? Em resposta, a autora parte da resposta de Jean Rivero, quem afirmou não existir um critério ou noção central do Direito Administrativo (MEDAUAR: 2008b, p. 418-419), para dizer que o processo administrativo foi erigido como instrumento de promoção da melhoria das relações entre “Administração/administrado”; “da atuação do administrado” no processo de elaboração da decisão pública. O meio ambiente desse caminhar é a democracia administrativa; é o Estado Democrático de Direito.

O processo é meio da atividade administrativa, pois serve como instrumento se produzir democraticamente o ato administrativo concretizador de direitos

fundamentais. Por isso, pode-se afirmar que este capítulo considerará a existência do devido processo legal compreendida no contexto do Estado de Direito, pois este é o seu meio ambiente. Parafraseando-se Oscar Vilhena Vieira (VIEIRA, 2017, p. 414), afirma-se que o meio ambiente do devido processo legal administrativo brasileiro é o Estado Democrático de Direito, por força do preâmbulo e do artigo 1º, *caput*, da Constituição da República de 1988. E neste tocante, a Constituição influencia o Direito Administrativo desde sua definição. Portanto, para este trabalho, e para a realidade da relação jurídica administrativa brasileira, a decisão estatal deve permitir o diálogo público-privado como forma de viabilizar a concretização de direitos fundamentais concertadamente.

O recorte dado a este estudo pretende definir os limites para se analisar o processo administrativo como relação jurídica de uma atuação administrativa dinâmica, concertada, por meio da qual ocorra a participação e a colaboração do cidadão com a finalidade de conferir legitimidade e eficácia à ação pública.

Neste capítulo, analisar-se-á a democratização da atividade administrativa e o processo administrativo como seu instrumento, especialmente aquela atuação produzida no âmbito do exercício da função administrativa pelo Poder Executivo. Marçal Justen Filho, ao conceituar o Direito Administrativo, afirma que este “tem íntima conexão com o conceito de *atividade*. Isso conduz a reduzir a importância do *ato administrativo* e a destacar a natureza procedimental por meio da qual se produz a atuação estatal” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 91).

Por isso, diante do necessário posicionamento do cidadão diante do sistema processual, dinâmico por natureza, a Administração Pública deverá considerar a consensualidade como caracterizadora de sua atividade; por isso, *processualidade* e *consensualidade* são marcas do agir administrativo contemporâneo.

Por se tratar de mecanismo da participação do cidadão no processo de produção da decisão resultado do exercício da função administrativa, a processualidade e o processo administrativo pretende combater o arbítrio. Tanto os atos que são editados em exercício de administração imperativa quanto aqueles produzidos por administração consensual são permeados por atos administrativos e o fato de alguns atos serem decorrentes, necessariamente, da administração imperativa não pode servir para enquadrá-los como arbitrários e, portanto, contrários ao Estado Democrático de Direito. Irene Patrícia Nohara (2013) traz alguns exemplos:

O poder-dever sancionador de polícia estatal não prescinde da abertura do contraditório (dialogicidade), num contexto no qual cabe ao interessado auxiliar a Administração Pública na construção da verdade material, por meio de sua defesa; mas, uma vez constatada a ocorrência e a autoria de uma infração administrativa, com cominação legal e respeito à ampla defesa, o particular deve submeter seus bens e a sua liberdade (em sentido amplo, isto é, liberdade de desenvolvimento de suas atividades), mesmo contra sua vontade individual, às medidas sancionatórias, desde que sejam adequadas e proporcionais às finalidades de proteção aos interesses coletivos.

Mas isto não significa que o poder do Estado seja ilimitado, há sempre condicionamentos legais à ação estatal, para que haja a contenção do arbítrio. Por isso, é injusto relegar ao ato administrativo o papel de vilão do autoritarismo estatal, ainda mais porque na atualidade a teoria do ato administrativo evoluiu no controle.

Irene Nohara fez um contraponto, encontrou um meio-termo entre extremos. Em verdade, aplicou a ideia de prerrogativas e sujeições de Jean Rivero (1981) à processualidade administrativa, advertindo que o Estado democrático oportuniza a realização da processualidade e da consensualidade em clara manifestação da administração consensual; mas isso não excluem as competências de administração imperativa, cujas realizações não prescindem da processualidade – e isso não quer dizer, por si só, que ocorrerá a aplicação de uma sanção disciplinar consensualmente, por exemplo. Ainda que o particular se oponha à desapropriação, no sentido de afirmar que não quer ter bem expropriado, não poderá impedir a realização do processo desapropriatório – desde que legitimamente.

Atualmente, a concepção atual do processo administrativo o configura como “meio de atendimento de requisitos de validade do ato administrativo”. Ainda, fomenta o conhecimento ao cidadão do que se passa anteriormente à repercussão, sobre os indivíduos, dos efeitos dos atos administrativos; permite corroborar, por conseguinte, como se processa a tomada da decisão. Desse modo, contribui para o aumento da objetividade. E vaticina: “Como contraponto à visão estática da atividade administrativa, correspondente à noção atomista do ato, se tem a visão dinâmica, pois se focaliza o ato no seu ‘formar-se’ e nos seus vínculos instrumentais” (MEDAUAR, 2003, p. 224). O cidadão brasileiro vive numa sociedade pluralista, complexa por si só, e demanda o aprimoramento do mecanismo processual administrativo para concretização dos seus direitos fundamentais. Portanto:

(...), o “esquema processual responde à exigência pluralista que domina a sociedade atual, pois chama a cooperar, no exercício do poder, todos os sujeitos privados e públicos inscritos no quadro de disciplina do poder e, portanto, envolvidos no exercício deste; deixa de ocorrer o rígido confronto entre autoridade e liberdade, em prol de um ‘compartilhar’ do poder que se liga ao princípio democrático; realiza-se uma cooperação entre sujeitos públicos e sujeitos privados, entre entidades centrais e descentralizadas, entre órgãos hierarquizados”, o que propicia atenuação do caráter de rigidez e de imposição unilateral que predomina nas condutas administrativas (MEDAUAR, 2003, p. 225).

Esse conjunto de aspectos supracitados sugere a ideia de uma “democracia pelo procedimento, ao lado da democracia representativa e da democracia resultante de mecanismos descentralizadores”, ressaltando-se o processo como “ferramenta jurídica idônea, na disciplina das relações entre governantes e governados” (MEDAUAR, 2003, p. 225).

Caso seja “considerado que o poder tradicionalmente tido como democrático, o Legislativo, e que o poder tradicionalmente identificado com a justiça, o Judiciário, atuam mediante processo”, a processualidade na função administrativa englobaria “democracia e justiça” (MEDAUAR, 2003, p. 225). Ou seja, a processualidade da atividade administrativa é meio para a realização da *democracia administrativa participativa brasileira*. Para Medauar (2008a, p. 19), a ideia de processualidade surge, primeiramente, como discussão dogmática entre processualistas e administrativistas, partindo-se do “ponto referencial comum os dados do contexto sócio-político das últimas décadas do século XX e a busca de novas chaves metodológicas”, preocupando-se com uma adequação a esse contexto e à eficiência do exercício dos poderes estatais.

Odete Medauar (2008a, p. 65-74) apresenta dez finalidades do processo administrativo: (i) “finalidades de garantia”, (ii) “melhor conteúdo das decisões”, (iii) “eficácia das decisões”, (iv) “legitimação do poder”, (v) “correto desempenho da função”, (vi) “justiça na Administração”, (vii) “aproximação entre Administração e cidadãos”, (viii) “sistematização de atuações administrativas”, (ix) “facilitar o controle da Administração”, (x) “aplicação dos princípios e regras comuns da atividade administrativa”.

Com isso, o processo administrativo disciplina a atuação administrativa, impondo limites formais a sua atuação, fato que conduz a uma complementação da proteção jurisdicional; os direitos fundamentais exigem o processo administrativo como meio para sua concretização; o processo promove paridade e imparcialidade à atividade administrativa imperativa; realiza aproximação entre “sujeito público e sujeito privado”, instrumentalizando “as exigências pluralistas do contexto sociopolítico do fim do século XX e primórdios do século XXI; e também a demanda de democracia na atuação administrativa”; “o controle da atuação administrativa por meio do controle oportuniza a Administração democrática”; entre outros aspectos (MEDAUAR, 2008a, p. 65-74).

Desde 1992, Odete Medauar (2003, p. 226-227) adotou as propostas de Allegretti e Pastori para afirmar os preceitos constituintes do “mínimo denominador comum da ação administrativa”. E: (a) “publicidade dos processos e atos administrativos”; (b) o direito de acesso a documentos e autos administrativos ao cidadão; (c) o princípio da concentração; (d) “obrigatoriedade de concluir o processo quando iniciado e mediante ato explícito”; (e) condenação do silêncio administrativo; (f) “prefixação de prazos para conclusão do processo”; (g) “liberdade de formas”; (h) “dever de completar a instrução”; (i) “obrigação de motivar (segundo a Constituição do Estado de São Paulo, art. 4º)” e também segundo o art. 27 da Constituição do Estado do Paraná; (j) “obrigatoriedade de contraditório e ampla defesa na formação de atos puntuais restritivos de direitos” (art. 5º, LV, da CR/88); (l) adoção de meios de instrução pública antes da prática de atos de elevada complexidade – como as audiências públicas; (m) identificação da autoridade competente para instaurar, impulsionar, instruir, decidir o processo; (n) participação dos cidadãos na tomada de decisão.

Estes preceitos estão previstos na Lei n. 9.784/99. Desde o final da década de 1990 existe leis gerais de processo administrativo no Brasil. Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 293-294) afirma que as leis de processo administrativo (a federal e a do Estado de São Paulo) servem como limitadoras dos “poderes dos administradores públicos”, fixam prazos e demais “condições adjetivas” para o exercício de suas competências.

Ao tempo em que retomamos a ideia de processo como uma relação jurídica, trataremos da tipologia do processo. Egon Bockmann Moreira (2014, p. 361) afirma que a relação administrativa processual é uma espécie diante do gênero “relação jurídica”; mas é um gênero em consideração às várias “subespécies” de processo administrativo; e essas espécies tem pontos em comum. A atividade administrativa estatal entabula “relações jurídico-administrativas formais (materiais e processuais) com outros sujeitos de direito”, dirigidas pela Constituição e legislação infraconstitucional, fato que autoriza a “investigação a propósito das espécies de relações jurídico-administrativas e os direitos fundamentais a elas pertinentes” (MOREIRA, 2014, p. 362).

São três espécies (ou dimensões) de processo administrativo.

A *primeira espécie* “envolve aqueles processos nos quais o particular defende os seus direitos subjetivos, com a pretensão de limitar a atividade administrativa do Estado. O cidadão recorre ao processo como medida de proteção do direito agredido

unilateralmente; a Administração o instaura a pedido do interessado ou por ofício. A outra pessoa afetada será notificada a se manifestar previamente, sob pena de arcar com os ônus oriundos de eventual silêncio. O ato administrativo impugnado sofre “controle negativo”, pois o interessado pretende garantir suas liberdades constitucionais. São exemplos os processos fiscais e expropriatórios. (MOREIRA, 2014, p. 369). Aqui, conforme Bockmann Moreira (2014, p. 369):

(...) estão em primeiro plano os *direitos fundamentais materiais de primeira dimensão*. Logo, são muito relevantes os direitos subjetivos processuais, mais especificamente os *direitos-garantia fundamentais da publicidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório*, a fim de que a pessoa privada conte com os meios necessários para participar da formação do ato e assim possa impedir ou limitar eventuais ações indevidas do Estado. Vigem também com especial intensidade os *princípios da impessoalidade e da presunção de inocência*. Com a licença pela analogia, essa espécie de relação processual, que muitas vezes pode culminar na aplicação de sanção administrativa (e a respectiva *privação da liberdade e/ou bens*), antes se aproxima do direito processual penal do que do direito processual civil.

A *segunda espécie* de processo administrativo se refere a casos em que o cidadão pede o reconhecimento de direitos pela Administração Pública, “numa perspectiva ampliativa. Não haverá litígio ou acusação. (MOREIRA, 2014, p. 370). Egon Bockmann Moreira (2014, p. 371) afirma que:

(...) o particular busca o cumprimento de *direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões* (o exercício de liberdades ou o cumprimento a direito prestacional que prestigie os valores constitucionais – seja individual, seja coletivo). Quando muito, o ato final não implicará a aplicação de quaisquer sanções (afinal, não se está diante de ilicitudes), mas sim o exercício das limitações administrativas às liberdades privadas: o direito ordenador, na dicção de Carlos Ari Sundfeld.

A *terceira espécie* está atrelada ao processos aos quais particular e Administração Pública colaboram na produção normativa. O processo é instaurado pela Administração, a pedido ou por ofício, e é “requisito de validade ao futuro ato regulamentar a ser editado. A interação dos indivíduos funciona como se fossem administradores públicos. O exemplo dessa terceira espécie é o processo normativo no âmbito das agências reguladoras – consultas públicas previamente a edição de resoluções, audiências públicas para a realização de licitações (Lei 8666/93, art. 39) e consultas públicas em processos de interesse geral (Lei 9784/99, art. 31). (MOREIRA, 2014, p. 371). Egon Bockmann Moreira (2014, p. 371) ensina que nessa terceira dimensão de *direitos processuais*,

(...) por meio do processo administrativo o *particular busca o cumprimento de direito fundamental de terceira e/ou quarta dimensão* (informação, democracia e pluralismo democrático na formação das decisões públicas). Diante disso, a legitimidade é plural, de todos os cidadãos, de todas as pessoas – pouco importa se futuramente afetados ou não pela norma regulamentar a ser editada. Há várias ordens de direitos em jogo: individuais, coletivos e difusos.

Neste trabalho, procuramos tratar da processualidade – e do processo administrativo – como pressupostos de validade da atividade administrativa. E Egon Bockmann Moreira demonstra que é possível afirmar isso. Afirma o autor (MOREIRA, 2014, p. 372) que:

O que há de essencial no processo administrativo contemporâneo – comum às três espécies antes expostas – é a necessidade da *efetiva participação dos sujeitos de direito na formação dos atos estatais*. Pouco importa que eles sejam ou quais direitos ou interesses articulem, pois o que a legislação põe em relevo é o *dever público de bem informar e respeitar a dignidade da participação privada* diretamente na formação da vontade estatal. Outrora caracterizados como unilaterais e impositivos, os atos administrativos hoje precisam ser consensuais, obtidos mediante cooperação público-privada.

A processualidade pode ser considerada como um requisito da atividade administrativa e essa última deve adotá-la como um mecanismo de consensualidade (mecanismo *procedimental*, segundo MARRARA, 2017, p. 276). Portanto, exceto quando não for possível materialmente adotar-se o processo para decidir – como no caso da execução material de um serviço de limpeza predial da sede administrativa do ente público -, é dever da Administração Pública adotar a processualidade da sua atuação por ser o instrumento central do direito para ampliar o grau de consenso na atividade estatal executiva.

2.9 Considerações parciais – processualidade como requisito da atividade administrativa

Das exposições deste capítulo, pudemos extrair o seguinte:

1) Este estudo permitiu perceber que a dualidade jurisdicional francesa foi fundamentada na teoria da separação de poderes de Montesquieu, face o receio existente no momento pós-Revolução Francesa de que os membros do Poder Judiciário, caso recebessem a incumbência de decidir sobre os atos administrativos praticados em exercício da função administrativa pelo

Poder Executivo, pudessem abusar do poder, como ocorrera no Antigo Regime. Assim, e conforme estipulou a Lei 16, de 24 de agosto de 1.790, reputou-se prevaricação a apreciação de ato dos "corpos administrativos" por juízes comuns, vinculados ao Poder Judiciário francês. Neste tocante, há diferença com a jurisdição exercida pelos juízes no Brasil, a qual não conhece a mesma limitação para atuar, ou seja, o juiz togado pode conhecer de qualquer questão atinente a atos administrativos, exceto aquelas que dizem respeito à competência em razão da matéria, do território etc.

2) Ainda, expôs-se o duplo aspecto da jurisdição administrativa na França: um positivo e outro negativo. O positivo diz respeito sobre a vantagem de a matéria ser julgada por um juiz imparcial e especializado na relação de administração existente entre o público e o privado; o negativo, por sua vez, relaciona-se com a impossibilidade de controle da decisão proferida pelo juiz administrativo por outro juiz comum.

3) No Brasil, há atribuição de competência a alguns órgãos do Poder Judiciário para o fim de criar uma jurisdição administrativa, como é o caso da Justiça Federal. Os juízes togados designados para exercer as funções de juiz federal são especializados em matéria de relações de administração entabuladas entre Administração Pública federal, direta e indireta, com particulares, estados estrangeiros, outros órgãos da administração federal, outros entes da Federação.

4) A evolução da jurisdição administrativa francesa passou por três fases: (i) a evolução da *justiça reservada* (exercida pelo próprio soberano) à *justiça delegada*, a qual conferiu ao Conselho de Estado o controle dos atos administrativos sob sua exclusiva jurisdição; (ii) passou pelo desaparecimento da figura do juiz de apelação para o juiz administrativo de direito comum, diferenciando-se jurisdição administração da Administração ativa com a edição do aresto *Cadot* pelo Conselho de Estado; (iii) a terceira e última fase se deu com a reforma de 1953, por meio da qual se converteram os *tribunais de prefeitura* em *juiz administrativo de direito comum*, estes como os quais decidem em regime de apelação quando o

Conselho de Estado atua como corte originária para a demanda. No entanto, percebe-se que não subsistem as razões para criação do contencioso administrativo na França, em razão da atual dificuldade de se definir a competência, ora dos tribunais administrativos, ora dos ordinários.

5) São apontadas como novas razões para manutenção da jurisdição administrativa: (i) a elaboração de um direito administrativo original e autônomo; (ii) as particularidades de um direito administrativo original poderia apresentar dificuldades aos julgadores comuns; (iii) cientes da realidade, os juízes da administração conhecem profundamente os limites do seu controle e podem avançar com o conhecimento específico que os ensinou o limite do arbítrio; (iv) estão menos expostos a excessos de timidez ou audácias intempestivas. A única justificativa para a manutenção do contencioso administrativo francês é a existência de um direito administrativo original e autônomo.

6) No Brasil, vislumbram-se três grandes momentos da história do Direito: o português, de 1500 a 1822, o imperial, de 1822 a 1889, “marcado pela constitucionalização de índole francesa”, e o republicano, de 1889 aos nossos dias, influenciado diretamente pelo constitucionalismo norte-americano. Na fase imperial, existia a figura do Conselho de Estado, o qual exercia a competência de exercer a jurisdição administrativa, o qual atuava a serviço do Poder Moderador como órgão consultivo. A partir de 1841, foram introduzidas funções próprias do contencioso administrativo ao Conselho de Estado. A Constituição de 1824 criou o Conselho de Estado como auxiliar do Poder Moderador, o qual detinha jurisdição administrativa e atuava como órgão de primeira instância para algumas matérias - como conflitos de atribuição -, como última instância para decidir recursos interpostos contra autoridades administrativas.

7) A Constituição de 1891 rescindiu com a ordem jurídica anterior, extinguiu o Poder Moderador e o Conselho de Estado, e criou a jurisdição una, mas inaugurando uma jurisdição especializada em matérias de interesse da União: a Justiça Federal.

8) A criação de um contencioso administrativo toma fôlego novamente sob a égide da Constituição de 1967, alterada pela EC 1/69, com a edição da Emenda Constitucional 7/1977, a qual criou, novamente, o contencioso administrativo brasileiro. Mas, com a promulgação da Constituição de 1988, retornou-se ao modelo de jurisdição una e extinguiu-se a previsão do contencioso administrativo.

9) Desenvolveu-se a teoria do controle jurisdicional dos atos administrativos a partir do controle da legalidade e sobre os contornos da teoria do desvio de poder, considerando que nenhuma ameaça de lesão ou lesão a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

10) Há criação de núcleos de especialização no âmbito do exercício do poder de julgar estatal. Exemplifica-se com a estruturação da Justiça Federal, a qual, por meio de seus juízes, deverá “processar e julgar” “causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”, nos termos do art. 109, inc. I, da Constituição. Deste modo, ao traçar-se um paralelo entre a jurisdição administrativa francesa e a brasileira, pode-se afirmar que o juiz brasileiro tem maior liberdade funcional para realizar controle judicial (por iniciativa de interessado) de atos administrativos do que o juiz administrativo francês.

11) Esse olhar comparado permitiu constatar o aspecto positivo da jurisdição administrativa brasileira, fruto da especialização da atividade jurisdicional, qual seja, a abrangência e a profundidade de exercício da função judicial sob o aspecto do controle dos atos administrativos do Poder Executivo. O modelo de jurisdição administrativa francês permite afirmar, basicamente, que (i) há órgãos com poderes jurisdicionais inseridos na estrutura do Poder Executivo; (ii) as decisões proferidas por tais órgão são definitivas; e (iii) as competências dos juízes administrativos são restritas.

12) A partir destes elementos, afirma-se que há um “contencioso administrativo” na França em razão da existência de órgão no Poder Executivo com poder jurisdicional. Opostamente, o sistema de unidade jurisdicional brasileiro, influenciado pela pureza do princípio da separação dos poderes, não permitiu a criação de órgãos com poderes de jurisdição administrativa no seio do Poder Executivo. Mas, em razão das fontes formais do direito administrativo permitirem a autotutela (autocontrole, controle interno em sentido amplo), construiu-se um sistema de controle dos atos administrativos em sede de processo administrativo, por meio do qual se produz uma nova decisão sobre a juridicidade do ato questionado. Esta decisão é um novo ato administrativo, o qual poderá rejeitar o ato impugnado, extinguindo-o e editando-se outro em seu lugar, ou reconhecer a juridicidade do mesmo, mantendo-o no mundo jurídico.

13) Portanto, pode-se afirmar que há processo no âmbito da Administração Pública, diante do entendimento do “procedimento” como legitimador de decisões administrativas, assim como se pode entender existente, dimensões ou tipos de processos administrativos.

14) A processualidade administrativa, ideia desenvolvida e difundida no Brasil por Odete Medauar, serviu como pedra fundamental ao aprofundamento dos estudos sobre o processo administrativo, o qual parte do pressuposto de que há uma processualidade ampla; que vincula a atividade administrativa em face de que a Constituição de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito, o qual pressupõe participação do cidadão durante o exercício da função administrativa que culminará com uma decisão (ato administrativo). Por isso, a processualidade administrativa é requisito de validade do ato administrativo; sem processo, o ato padecerá por vício de forma.

CONCLUSÕES

A Constituição da República de 1988 adotou a *democracia administrativa participativa*. Por isso, a Administração Pública brasileira exerce a função administrativa e sua atividade pode ser *imperativa* ou *consensual*. E o objeto deste trabalho é a atividade administrativa consensual.

O consenso é o acordo das vontades entre os cidadãos; a consensualidade, os graus de consenso atingidos no meio social durante os processos de tomada de decisão. A consensualização, o meio para se atingir a consensualidade. A partir dessas definições, estabelecemos que o tema deveria ser abordado – e assim o foi! – a partir dos mecanismos consensuais. Dentre esses mecanismos, elegemos a processualidade administrativa com potencial indutor de consenso e o processo administrativo como instrumento para realização de atividades administrativas consensuais.

Apresentamos vários mecanismos de consensualidade: fomento, acordos substitutivos de sanção, o procedimento de manifestação de interesse e o processo administrativo.

Também adotamos neste trabalho o estudo comparado entre a jurisdição administrativa francesa (Contencioso Administrativo) e a jurisdição administrativa brasileira. A pretensão era verificar se existe contencioso administrativo no Brasil, nos moldes do paradigma francês. Descobrimos que a Constituição de 1988 veda sua existência.

Este estudo nos permitiu perceber que a dualidade jurisdicional francesa foi fundamentada na teoria da separação de poderes de Montesquieu, face o receio existente no momento pós-Revolução Francesa de que os membros do Poder Judiciário, caso recebessem a incumbência de decidir sobre os atos administrativos praticados em exercício da função administrativa pelo Poder Executivo, pudessem abusar do poder, como ocorrera no Antigo Regime. Assim, e conforme estipulou a Lei 16, de 24 de agosto de 1.790, reputou-se prevaricação a apreciação de ato dos "corpos administrativos" por juízes comuns, vinculados ao Poder Judiciário francês. Neste tocante, há diferença com a jurisdição exercida pelos juízes no Brasil, a qual não conhece a mesma limitação para atuar, ou seja, o juiz togado pode conhecer de qualquer questão atinente a atos administrativos, exceto aquelas que dizem respeito à competência em razão da matéria, do território etc.

Ainda, expomos o duplo aspecto da jurisdição administrativa na França: um positivo e outro negativo. O positivo diz respeito sobre a vantagem de a matéria ser julgada por um juiz imparcial e especializado na relação de administração existente entre o público e o privado; o negativo, por sua vez, relaciona-se com a impossibilidade de controle da decisão proferida pelo juiz administrativo por outro juiz comum. No Brasil, há atribuição de competência a alguns órgãos do Poder Judiciário para o fim de criar uma jurisdição administrativa, como é o caso da Justiça Federal. Os juízes togados designados para exercer as funções de juiz federal são especializados em matéria de relações de administração entabuladas entre Administração Pública federal, direta e indireta, com particulares, estados estrangeiros, outros órgãos da administração federal, outros entes da Federação.

A evolução da jurisdição administrativa francesa passou por três fases: (i) a evolução da *justiça reservada* (exercida pelo próprio soberano) à *justiça delegada*, a qual conferiu ao Conselho de Estado o controle dos atos administrativos sob sua exclusiva jurisdição; (ii) passou pelo desaparecimento da figura do juiz de apelação para o juiz administrativo de direito comum, diferenciando-se jurisdição administração da Administração ativa com a edição do aresto *Cadot* pelo Conselho de Estado; (iii) a terceira e última fase se deu com a reforma de 1953, por meio da qual se converteram os *tribunais de prefeitura* em *juiz administrativo de direito comum*, estes como os quais decidem em regime de apelação quando o Conselho de Estado atua como corte originária para a demanda. No entanto, percebe-se que não subsistem as razões para criação do contencioso administrativo na França, em razão da atual dificuldade de se definir a competência, ora dos tribunais administrativos, ora dos ordinários. São apontadas como novas razões para manutenção da jurisdição administrativa: (i) a elaboração de um direito administrativo original e autônomo; (ii) as particularidades de um direito administrativo original poderia apresentar dificuldades aos julgadores comuns; (iii) cientes da realidade, os juízes da administração conhecem profundamente os limites do seu controle e podem avançar com o conhecimento específico que os ensinou o limite do arbítrio; (iv) estão menos expostos a excessos de timidez ou audácias intempestivas. A única justificativa para a manutenção do contencioso administrativo francês é a existência de um direito administrativo original e autônomo.

No Brasil, vislumbram-se três grandes momentos da história do Direito: o português, de 1500 a 1822, o imperial, de 1822 a 1889, “marcado pela

constitucionalização de índole francesa”, e o republicano, de 1889 aos nossos dias, influenciado diretamente pelo constitucionalismo norte-americano. Na fase imperial, existia a figura do Conselho de Estado, o qual exercia a competência de exercer a jurisdição administrativa, o qual atuava a serviço do Poder Moderador como órgão consultivo. A partir de 1841, foram introduzidas funções próprias do contencioso administrativo ao Conselho de Estado. A Constituição de 1824 criou o Conselho de Estado como auxiliar do Poder Moderador, o qual detinha jurisdição administrativa e atuava como órgão de primeira instância para algumas matérias - como conflitos de atribuição -, como última instância para decidir recursos interpostos contra autoridades administrativas. A Constituição de 1891 rescindiu com a ordem jurídica anterior, extinguiu o Poder Moderador e o Conselho de Estado, e criou a jurisdição una, mas inaugurando uma jurisdição especializada em matérias de interesse da União: a Justiça Federal. A criação de um contencioso administrativo toma fôlego novamente sob a égide da Constituição de 1967, alterada pela EC 1/69, com a edição da Emenda Constitucional 7/1977, a qual criou, novamente, o contencioso administrativo brasileiro. Mas, com a promulgação da Constituição de 1988, retornou-se ao modelo de jurisdição una e extinguiu-se a previsão do contencioso administrativo. Desenvolveu-se a teoria do controle jurisdicional dos atos administrativos a partir do controle da legalidade e sobre os contornos da teoria do desvio de poder. Considerando que nenhuma ameaça de lesão ou lesão a direito poderão ser excluídas da apreciação do Poder Judiciário. Entretanto, há criação de núcleos de especialização no âmbito do exercício do poder de julgar estatal. Exemplifica-se com a estruturação da Justiça Federal, a qual, por meio de seus juízes, deverá “processar e julgar” “causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”, nos termos do art. 109, inc. I, da Constituição. Deste modo, ao traçar-se um paralelo entre a jurisdição administrativa francesa e a brasileira, pode-se afirmar que o juiz brasileiro tem maior liberdade funcional para realizar controle judicial (por iniciativa de interessado) de atos administrativos do que o juiz administrativo francês.

Esse olhar comparado permitiu constatar o aspecto positivo da jurisdição administrativa brasileira, fruto da especialização da atividade jurisdicional, qual seja, a abrangência e a profundidade de exercício da função judicial sob o aspecto do controle dos atos administrativos do Poder Executivo. O modelo de jurisdição

administrativa francês permite afirmar, basicamente, que (i) há órgãos com poderes jurisdicionais inseridos na estrutura do Poder Executivo; (ii) as decisões proferidas por tais órgão são definitivas; e (iii) as competências dos juízes administrativos são restritas. A partir destes elementos, afirma-se que há um “contencioso administrativo” na França em razão da existência de órgão no Poder Executivo com poder jurisdicional. Opostamente, o sistema de unidade jurisdicional brasileiro, influenciado pela pureza do princípio da separação dos poderes, não permitiu a criação de órgãos com poderes de jurisdição administrativa no seio do Poder Executivo. Mas, em razão das fontes formais do direito administrativo permitirem a autotutela (autocontrole, controle interno em sentido amplo), construiu-se um sistema de controle dos atos administrativos em sede de processo administrativo, por meio do qual se produz uma nova decisão sobre a juridicidade do ato questionado. Esta decisão é um novo ato administrativo, o qual poderá rejeitar o ato impugnado, extinguindo-o e editando-se outro em seu lugar, ou reconhecer a juridicidade do mesmo, mantendo-o no mundo jurídico.

A processualidade administrativa, ideia que inaugurou uma corrente de estudos sobre o processo administrativo no Brasil, sobre seus aspectos, pressupostos, características, é *mecanismo de consensualidade*. Por meio da atividade administrativa consensual processualizada, o cidadão pode participar ativamente do processo decisório, controlando-o *a priori*. Com isso, as obrigações prestacionais estatais, todas vinculadas a direitos fundamentais, serão legitimamente exigíveis e realizadas pelo Estado, sob o olhar atento do cidadão brasileiro.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos. O marco regulatório dos serviços públicos. **Revista dos Tribunais**, vol. 843, p. 38, jan/2006, São Paulo: RT, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Procedimento administrativo. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.); BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; e MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo**. vol. 5. São Paulo: RT, 2014. p. 361-721.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A jurisdição administrativa no direito comparado: confrontações entre o sistema francês e o brasileiro. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 59-78.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

BARNES, Javier. **Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo**. *E-book*. Sevilla: Editorial Derecho Global – Global Law Press, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004a.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial, 2004b.

CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Almedina: Coimbra, 2003.

COSTA, Dilvanir José da. O contencioso administrativo e a nova meta da especialização da Justiça. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 22, n. 88, ou/dez 1985, p. 149.

COSTA, Thales Moraes da (coord.). **Introdução ao direito francês**. Curitiba: Juruá, 2011. vol. 1.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Termo de compromisso no processo administrativo sancionador do Banco Central: possibilidades e limites. *In*: MEDINA OSÓRIO, Fábio

(Coord). **Direito sancionador: sistema financeiro nacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Legalidade e consensualidade: a Administração precisa de lei para fazer acordos? **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, mar./ago. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236731>>. Acesso em: 26 out. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: RT, 2014. v. 5.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1-20.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 39-47.

ESTORNINHO, Maria João. **Fuga para o direito privado** – contributo para o estudo da atividade de Direito Privado da Administração Pública. 2ª. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

FAGUNDES, Seabra Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FONT Y LLOVET, Tomás. Desarrollo reciente de los instrumentos de la administración consensual en España. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del Derecho en tempos de constitucionalismo. CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 159-186.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Proposta de Manifestação de Interesse (PMI) – Riscos públicos e riscos privados. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, set. 2014/fev. 2015. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=230987>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. em *ebook* baseada na 12. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65-85.

KOLADICZ, Aline Cristina. **A atividade empresarial socioambientalmente responsável e sustentável pela via do fomento estatal**. (Dissertação). Centro Universitário Unicuritiba: 2009.

LIBÓRIO, Daniela; GUIMARÃES, Edgar; GABARDO, Emerson (Coord.). **Eficiência e ética no direito administrativo**. Curitiba: Editora Íthala, 2017.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. Unicidade e dualidade de jurisdição: o contencioso administrativo. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=83824>>. Acesso em: 19 mai. 2016.

MARRARA, Thiago. 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, p. 274-293, 2017.

MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. In: MARRARA, Thiago (Org). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina Brasil, 2014.

MARRARA, Thiago (Org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina Brasil, 2014.

MARINHO, Anapaula Trindade; SALEMKOUR, Samir. Contencioso administrativo. In: COSTA, Thales Morais da (coord.). **Introdução ao direito francês**. vol. 1. Curitiba: Juruá, 2011. p. 547-581.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: RT, 2011.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: RT, 2011.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: RT, 2010.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008a.

MEDAUAR, Odete. Administração pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008b.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. IV. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MODESTO, Paulo. Autovinculação a Administração Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, outubro/novembro/dezembro de 2010, Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-OUTUBRO-2010-PAULO-MODESTO.pdf>. Acesso em 18 de janeiro de 2018.

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Paris: Hachette, 1968.

MORAN-DEVILLER, Jaqueline. As mutações do direito administrativo francês. Traduzido por Daniel Wunder Hachem. In.: LIBÓRIO, Daniela; GUIMARÃES, Edgar; GABARDO, Emerson (Coord.). **Eficiência e ética no direito administrativo**. Curitiba: Editora Íthala, 2017. p. 53-74.

MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. Lei Anticorrupção e quarto de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 55-84, jul./set. 2014a

MOREIRA, Egon Bockmann. As várias dimensões do processo administrativo brasileiro (um direitos-garantia fundamental do cidadão). In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de; FERRAZ, Sérgio; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da; SAAD, Amauri, Feres. **Direito administrativo e liberdade** – estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014b. p. 359-374.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas**: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. A Juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas. **Fórum Administrativo**, v. 156, p. 9-20, 2014

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, Estado e administração pública**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Contencioso administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

NOHARA, Irene Patrícia. Consensualidade e gestão democrática do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 78, mar./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=92555>>. Acesso em: 14 jan. 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). **Cooperação jurídica internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PAULA, Edylcéa Nogueira de. Contencioso administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 16, n. 62, abr/jun. 1979, p. 271-280.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. 1. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

PERLINGEIRO, Ricardo; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter. **Código de jurisdição administrativa (o modelo alemão)**. Rio de Janeiro: 2009.

PERLINGEIRO, Ricardo; GRECO, Leonardo. A jurisdição administrativa no Brasil. In: _____: BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter. **Código de jurisdição administrativa (o modelo alemão)**. Rio de Janeiro: 2009. p. 61-72.

PERLINGEIRO, Ricardo. A justiça administrativa brasileira comparada. **Revista CEJ**, Brasília, ano XVI, n. 57, maio/ago. 2012, p. 6-18.

PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. Tradução: Alexandre Coutinho Pagliarini. Prefácio: Jorge Miranda. Apresentação: Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. Soluções contratuais público-privadas: os procedimentos de manifestação de interesse (PMI) e as propostas não solicitadas (PNS). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da lei 11.079/2004**. São Paulo: RT, 2015

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Almedina: Coimbra, 1981.

SAADI, Mário. O planejamento da concessão e o procedimento de manifestação de interesse: fundamentos legais, aplicação e desdobramentos. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./jun. 2014.

Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=113188>>. Acesso em: 21 dez. 2015.

SADDY, André. **Apreciatividade e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014-d.

SADDY, André. **Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: 2016-c.

SADDY, André. **Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016a.

SADDY, André. **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016b.

SANI, Giacomo. Consenso. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. p. 240-242.

SCHIRATO, Vítor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado Democrático de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; _____. **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: RT, 2010. p. 9-52.

SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. julho-setembro, 2011, v. 80, n. 3, ano XXIX, p. 65-95.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDEFELD, Carlos Ari. *Le droit administratif hors cadre: la perspective du Brésil*. In: **Mélanges en l'honneur de Pierre Bom: Long cours**. 1. ed. Paris: Dalloz, 2014, v. 1, p. 635-660.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. In: _____ (Org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: SBPD/Malheiros, 2013.

SUNDEFELD, Carlos Ari. Conversando sobre direito administrativo. In: _____. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 19-48.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos substitutivos nas sanções regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdnCtd=73323>>. Acesso em: 2 dez. 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. 2. ed. Colaboração de Flávia Scabin e Marina Feferbaum. São Paulo: Malheiros, 2017.

WEIL, Prosper. **O direito administrativo**. Almedina: Coimbra, 1977.

AUTORIZO o depósito do presente exemplar, como versão definitiva da Dissertação de Mestrado.

Curitiba, aos ____/____/____.

Prof. Dr. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
(orientador)

DE ACORDO.

Curitiba, aos ____/____/____.

Prof. Dr. Daniel Ferreira
Coordenador do PPGD