



A 'consensualidade de fachada' na administração pública

25/10/2024

Há um certo desconforto quando certas temas no Direito começam a ser vistos como absolutas novidades e, em certa medida, como a solução de todos os problemas. Nesses casos, instrumentos jurídicos que teriam sim o potencial de servir como mecanismos de solução de conflitos sociais e de fomento à maior eficiência estatal, acabam sendo deturpados e utilizados sem maior reflexão.

É o que tem ocorrido, ocasionalmente, no que tange à consensualidade na Administração Pública.

A existência da consensualidade no âmbito do Poder Público é uma questão inconteste. No Brasil há um vastíssimo rol de leis e atos infralegais que preveem instrumentos de consensualidade, podendo-se citar, desde antes de 1988, o artigo 10 do Decreto-Lei nº 3.365/41 (Lei da Desapropriação) e artigo 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), até figuras mais modernas como a previsão geral do artigo 26 da Lindb e a recente figura do consenso no âmbito do Tribunal de Contas da União, por meio de sua Instrução Normativa nº 91/2022.

Além disso, do ponto de vista principiológico e teórico a consensualidade na Administração Pública fundamenta-se na eficiência administrativa ^[1], no princípio da boa administração pública e mesmo em uma concepção de democracia administrativa ^[2], que possui como pilares uma maior transparência decisória e uma mais efetiva participação popular na tomada de decisões ^[3].

Trata-se, inclusive, de uma mudança do perfil do Estado, que carregava a Administração sob uma estrutura eminentemente autoritária, regida pela unilateralidade e pelas relações verticalizadas, e passa a encontrar agora no cidadão espaço para relações horizontais, marcadas pelos ajustes e concessões.

'Fenômeno'

Em síntese, a consensualidade administrativa é um "fenômeno" positivado e consolidado no ordenamento jurídico brasileiro. Tem trazido uma nova forma de agir da Administração Pública, com potencial de promover excelentes resultados em prol do interesse público, gerando uma maior legitimação no agir administrativo.

No entanto, é certo que nos meandros dessa atividade consensual, por vezes encobertos pelo frenesi de parte da doutrina e de certas instituições públicas, é observado um desvirtuamento do uso e da própria ideia de consensualidade.

Spacca

De fato, nota-se que tem ocorrido aquilo que André Cyrino e Felipe Salathé Rogoginsky chamaram de “consensualidade abusiva”, como sendo um “fenômeno em que, apesar da aparente composição, há um excesso de autoridade por parte do Poder Público a implicar desequilíbrio, circunstâncias que fazem com que o particular contraia obrigações ilegítimas” [4].

Além desse indevido cenário mencionado pelos autores, observa-se também o uso de instrumentos de consensualidade como forma de legitimar atos antijurídicos. De modo a consolidar ou permitir comportamentos que seriam rechaçados pela ordem jurídica, usa-se do pretenso consenso para sua validação.

A esse conjunto de circunstâncias, marcado tanto pelo excesso de autoridade na consensualidade, como também pelo seu uso para validar atos ou práticas antijurídicas, denominamos de “consensualidade de fachada”, é dizer, uma consensualidade que somente ocorre na forma, mas que é praticada sem a premissa basilar do consenso entre as partes e servindo para uma indevida convalidação de atos ilegítimos.

Essa consensualidade de fachada se mostra, ainda, sob um pretenso manto da legalidade e do verdadeiro acordo de vontade. Assim, em um primeiro momento, aparenta-se estar servindo como um mecanismo de uma Administração Pública dialógica. No entanto, em suas entranhas, ainda se reveste de um autoritarismo estatal e de mecanismo hábil a legitimar práticas indevidas.

Algumas situações (reais) podem ilustrar essa enviesada forma de consensualidade.

Determinado Tribunal de Contas, a fim de viabilizar a elaboração de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAG), em reunião com o gestor do Município, declarou que se não fosse firmado aquele acordo, de agora em diante a Corte de Contas aplicaria as sanções pecuniárias sempre no patamar máximo e realizaria fiscalizações periódicas naquela unidade da Federação.

Em outra situação, determinado Promotor de Justiça propôs um acordo de não persecução civil ao acusado, referente a um suposto ato de improbidade praticado de forma culposa, mesmo após as mudanças da Lei nº 14.230/2021, que justamente aboliram a possibilidade de culpa no ato ímprobo.

Algumas agências reguladoras, quando recebem pedidos de reequilíbrio econômico financeiro das concessionárias, ao invés de decidirem, propõem, após um longo período de espera, acordos, sempre solicitando documentos e análises posteriores, fazendo com que o acordo acabe não sendo realizado (ou que demore um longuíssimo período) e o pedido de reequilíbrio igualmente não seja apreciado.



Sem a pretensão de esgotamento dos exemplos, em outro caso, certo gestor propôs um acordo administrativo para um servidor público, na esfera disciplinar, referente à infração administrativa que já se encontrava prescrita.

Em tom de desfecho: não se pretende de forma alguma invalidar ou por em xeque a consensualidade da Administração, Como já dito, é questão posta e extremamente louvável, com respaldo jurídico e que deve ser cada mais mais fomentada. Isso, contudo, não implica que se trate de temática não sujeita à qualquer olhar crítico e que não deva ser controlada de perto, sob pena de termos somente uma alegoria de consensualidade que esconde ainda aquele típico viés autoritário que sempre existiu na Administração.

[1] A eficiência administrativa “determina àqueles que exercem a função administrativa que, quando dessa atividade, desde que envolva a apuração de custos administrativos diretos, escolham os melhores meios (os menos onerosos à Administração Pública, tanto em relação aos demais meios existentes, como em relação à própria finalidade almejada) que sejam capazes de atingir a finalidade legal pretendida em benefício dos administrados” (CABRAL, Flávio Garcia. O conteúdo jurídico da eficiência administrativa. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024, p.296).

[2] “A administração pública é um espaço privilegiado para uma nova democracia participativa: a outorga aos cidadãos de um poder de intervenção no funcionamento dos órgãos administrativos preenche uma das lacunas da democracia representativa, fundada sobre o princípio da delegação, devolvendo aos interessados uma influência concreta sobre a coisa pública” (CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-Moderno. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 226).

[3] “A tendência mais recente do direito administrativo tem sido no sentido de reforçar a legitimidade política e democrática da ação administrativa. Tal movimento encaminha-se em duas direções: a) para um aumento da transparência da administração pública, tornando efetivamente públicos seus processos decisórios; e b) para uma abertura a uma maior participação democrática nesses processos, com o reforço procedimental da atuação administrativa” (PESSOA, Robertsonio Santos. Apontamentos para uma democracia administrativa: a dimensão política do direito administrativo. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 8, n. 1, 2021, p.10).

[4] CYRINO, André; ROGOGINSKY, Felipe Salathé. A consensualidade abusiva no direito administrativo: notas iniciais de teorização. REI – REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, v. 10, n. 2, 2024, p.636.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-out-25/a-consensualidade-de-fachada-na-administracao-publica/>