

A Administração Pública consensual na modernidade líquida

Onofre Alves Batista Júnior

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Administrativo pela UFMG. Professor Adjunto de Direito Público da UFMG. Procurador do Estado de Minas Gerais.

Sarah Campos

Mestranda em Direito Administrativo pela UFMG. Coordenadora-Geral Discente do Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho e à Administração da Justiça (PRUNART/UFMG). Membro da Comissão Especial de Direito Administrativo do Conselho Federal da OAB. Advogada.

Resumo: Neste trabalho, busca-se analisar a Administração burocrática no contexto da “modernidade líquida”, a crise do ato administrativo unilateral e a atuação consensual na Administração Pública. Também se discute o poder/dever do agente administrativo em optar pela via transacional quando a melhor opção para o atendimento otimizado do bem comum seja a via participativa e democrática. Para isso, aponta-se como necessário a superação da cultura do “medo” e da “subserviência” no âmbito do serviço público, favorecida pelo incremento de mecanismos de meritocracia e produtividade. Por fim, será abordado o controle procedimental preventivo, como meio de garantir a flexibilização responsável do agir administrativo.

Palavras-chave: Administração Pública. Direito administrativo. Administração burocrática. Modernidade líquida. Meritocracia. Controle procedimental.

Sumário: 1 A Administração burocrática no contexto da modernidade líquida – 2 A crise do ato administrativo unilateral e busca de uma atuação administrativa consensual – 3 O poder/dever do agente administrativo em optar pela via transacional – 4 A superação da cultura do “medo” e da “subserviência” – 5 Incremento de mecanismos de meritocracia e produtividade – 6 A garantia da flexibilização responsável por meio do controle procedimental – 7 Conclusão – Referências

Se a esfera pública [Öffentlichkeit] é a arte de envolver pessoas estranhas em um diálogo duradouro sobre os seus assuntos mais pertinentes, então o trabalho público é a arte de complementar essas palavras com ações.

(Ulrich Beck)

1 A Administração burocrática no contexto da modernidade líquida

Com a crise do absolutismo e o surgimento do Estado de Direito, o poder absoluto se retrai perante o domínio dos direitos individuais em uma sociedade, presumidamente, livre e igualitária. A ideia de leis, a que o príncipe não se sujeitava é substituída pelo ideal de princípio da legalidade (a lei como limite da atuação administrativa).

O Estado Liberal do século XIX aparece como Estado de Direito, representativo, e, lastreado da ideia de liberdade, empenha-se em limitar o poder político, tanto internamente (pela separação dos poderes) como externamente, com

a redução de suas funções perante a sociedade.¹ A atuação estatal passou a ser exceção, restrita à manutenção da ordem pública, da liberdade, da propriedade e da segurança individual.

Este Estado não intervencionista na vida econômica e social correspondia bem às aspirações de uma burguesia em rápida ascensão, a quem interessava, por um lado, a manutenção de sua posição jurídica, com a eliminação dos privilégios do clero e da aristocracia, e, de outro, o reconhecimento da igualdade formal perante a lei, consubstanciada no respeito aos direitos civis e políticos, a par da manutenção da desigualdade ao nível econômico e social.

No entanto, da mesma forma em que a expansão da atividade econômica e ascensão da burguesia foram decisivas para o surgimento do Estado-Liberal, a crise do capitalismo liberal, nas primeiras décadas do século XX, foi marcante para a formatação de um novo paradigma de Estado.

O progresso dos meios produtivos, desde o século XIX, com a Revolução Industrial, já havia, pelo acelerado processo de acumulação de capital, aumentado a desigualdade social, que passou a exigir a intervenção moderada do Estado. A burguesia, de força revolucionária, tornou-se elemento conservador, fazendo surgir, no processo crescente de acumulação de capital, uma classe proletária que nada tinha a oferecer senão a sua capacidade de trabalho. Em nome da necessária preservação da paz social, o Estado não pode mais ficar indiferente aos conflitos e problemas sociais.

Nesse contexto, o *Welfare State* consolida-se para debelar as crises e recessões da ordem capitalista, mantendo-se em um regime de economia de mercado, sujeito, porém, a alguma tutela ou dirigismo, que não lhe afeta as bases conceituais, embora subtraia do livre jogo das forças produtivas determinados espaços da ordem econômica.²

¹ Cf. MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, v. 1, p. 86.

² Cf. BONAVIDES. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 33.

A atividade administrativa deixa, então, de ser puramente garantidora da legalidade formal, incrementando uma estrutura prestacional de serviços públicos. A Administração Pública passa a atuar com uma atividade interventora, chamando para si um leque ambicioso de necessidades coletivas, com declarado desígnio de igualdade, na busca de patamares mínimos de bem-estar econômico, social e cultural. As políticas sociais do Estado, de certa forma, deslocam a luta de classes para demandas sociais que se dirigem agora à esfera política e à burocracia estatal.³

O Estado Social passou a intermediar o confronto entre o capital e o trabalho, evitando que esse duelo competitivo colocasse em causa a paz social. A luta de classes, de um lado, se transformou em reivindicações por direitos sociais e, de outro, pelo pagamento de menores tributos. O novo pacto social desenhado, parte do pressuposto de que o capital deve pagar tributos, para que o modelo mais social de Estado preste os serviços necessários, para ao atendimento das necessidades dos trabalhadores.

Suportando o atendimento crescente das necessidades sociais, os Estados foram assumindo mais e mais atribuições, substituindo, por vezes, como assinala Habermas, as próprias funções da família. Em consequência, as estruturas burocráticas se tornaram cada vez mais pesadas e mais caras — mais lentas e burocráticas, por um lado, e exigindo mais tributos, por outro.

O capital reclama e não concorda com a carga tributária exagerada (e quer reformas tributárias). Por sua vez, o povo reclama por mais e melhores serviços públicos (e quer reformas administrativas ou reage nas urnas). Cada vez mais, intensifica-se a dependência do cidadão para com as estruturas estatais, porém, na mesma medida, elas se tornam mais caras e mais pesadas.

O incremento da atividade estatal acabou por ocasionar o alargamento incessante da base tributária e o crescimento da máquina burocrática, com a proliferação de órgãos de serviço público, criando um ambiente que, no final do século XX, colocou em questão o próprio papel do *Welfare State*.

O problema é a ruptura do pacto estabelecido na “modernidade líquida”, para usar a expressão de Zygmunt Bauman,⁴ quando as estruturas

industriais se fluidificaram e o capital pode migrar para onde os lucros sejam maiores. O capitalismo da “modernidade líquida”, mais leve e flutuante, rompe unilateralmente os laços que o prendiam ao trabalho e o submetiam ao Estado. O capital, livre de sua dependência com relação ao espaço, rompe o pacto de “estabilidade relativa” celebrado com o trabalho e migra para outros lugares.

Como afirma Bauman, “em seu estágio pesado, o capital estava tão fixado ao solo quanto os trabalhadores que empregava”.⁵ Hoje, porém, o capital viaja leve, mas o trabalho permanece tão imobilizado quanto no passado. Nesse contexto, as estruturas estatais, que ainda possuem o desafio de atender as demandas sociais, não contam mais com a contraprestação do capital (por meio de pagamento de tributos), que se liquefez na era da globalização.

Como avalia Zygmunt Bauman, as empresas capitalistas transnacionais da era da globalização alimentam interesses e compromissos locais dispersos e cambiantes e, para elas, o mundo ideal deve mesmo ser “um mundo sem Estados”.⁶ Os Governos acabam, então, por “subordinar suas políticas ao propósito supremo de evitar a ameaça do desinvestimento”.⁷ Um governo atento ao bem-estar de seus cidadãos, sem poder de escolha, tem de adaptar-se ao jogo criado pelo capital fluido, criando melhores condições para o capital, “usando todo o poder regulador à disposição do governo a serviço da desregulação, do desmantelamento e destruição das leis e estatutos”.⁸

Analisando a realidade brasileira, se o cidadão está insatisfeito e é prejudicado com a prestação de serviços públicos insuficientes e ineficientes, o Brasil não consegue competir internacionalmente, na guerra fiscal, por causa do “custo-Brasil” e de suas estruturas burocráticas caras e lentas que afugentam o empresariado internacional. Tudo isso acontece pelas exigências do mundo atual, em que o sistema da economia globalizada reclama Estados mais modernos, permitindo-se maior competitividade, de modo que os custos das diversas administrações estatais começam a ser comparados pelas empresas, para escolher onde se instalar.

Pesquisa realizada pelo *The World Bank* sobre o gasto de tempo para cuidar da burocracia

³ Nesse sentido, cf. HABERMAS. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*, p. 53-54.

⁴ Cf. BAUMAN. *Modernidade líquida*, *passim*.

⁵ BAUMAN. *Modernidade líquida*, p. 70.

⁶ BAUMAN. *Modernidade líquida*, p. 219.

⁷ BAUMAN. *Modernidade líquida*, p. 173.

⁸ BAUMAN. *Modernidade líquida*, p. 173.

demonstrou que, dos 175 países pesquisados, o Brasil é o que demanda maior tempo.⁹ No Brasil, gastam-se 2.600 horas, por ano, para cumprir as obrigações relacionadas aos tributos (incidentes sobre a renda, consumo e fontes provedoras da seguridade social – contribuições sociais). Seguido pela Ucrânia (2.185 h); República dos Camarões (1.300 h); Nigéria e Armênia (1.120 h). Segundo a pesquisa, os países referência (modelo de desenvolvimento econômico e social) são: Espanha (602 h), México (552 h), Chile (432 h), Estados Unidos (325 h), Dinamarca (135 h), Suécia (122 h), Reino Unido (105 h), Alemanha (105 h), Nova Zelândia (70 h), Suíça (68 h). E os países que investem menos tempo com a burocracia são Singapura (30 h) e os Emirados Árabes Unidos (12 h).

No que diz respeito ao atendimento regulatório, as atividades de atendimento às diversas necessidades de órgãos do governo consomem 7,6% do tempo administrativo das empresas brasileiras.¹⁰ Na América Latina, a média é 4,1%. Também, as estimativas de custo fiscal indireto demonstram que as companhias abertas destinam, em média, 0,33% do seu faturamento às despesas necessárias para custear a burocracia para cumprir as obrigações fiscais.¹¹ Quanto menor a empresa, maior o percentual (nas empresas com faturamento anual inferior a R\$100 milhões, pode atingir 1,7%). Para a maioria das empresas (55%), o custo fiscal indireto corresponde a 1% do faturamento anual.¹² Alguns estudos apontam que o custo fiscal indireto já representa cerca de 5,82% do PIB, com gastos com *advogados, contadores*, etc.¹³

Nesse contexto, o modelo de Estado Social, pautado pela escassez de recursos econômicos e muito menos atrativo ao capital, não consegue mais suportar a estrutura administrativa, complexa e crescente, para o atendimento das demandas sociais. Na mesma perspectiva, o Estado passa a não ter mais o seu fiel legado de combater a pobreza, mas tão somente de “policiar os pobres”,¹⁴ para que os mesmos não atrapassem o jogo do capital.

A análise de Zygmunt Bauman, que aproxima o modelo de Estado Social ao panóptico de

Bentham,¹⁵ é, no mínimo, instigante. O Estado da modernidade líquida tem se mostrado muito mais com o papel de fiscalizar os pobres, concretizando um modelo mais de exclusão do que de inclusão, do que se revelado um mecanismo capaz de garantir a integração social.

Em especial em um Estado onde impera severa desigualdade social e que conta com um contingente significativo de excluídos, como é o caso do Brasil, a Administração Pública burocraticamente modelada não consegue prestar eficientemente a multiplicidade de serviços públicos (mesmo que uniformes) necessários, nem consegue atender aos diferentes interesses elementares dos mais variados grupos.

Por outro giro, o Estado burocrático se revela, assim, com um modelo repleto de deficiências, apresentando uma série de disfunções, tais como: o excesso de formalismo; a “sacralização” dos procedimentos previamente estabelecidos e das regras, perdendo-se, até, por parte dos agentes públicos, a capacidade de compreender o seu significado e finalidade; exibição de sinais de autoridade; dificuldades de atendimento das necessidades da coletividade; despersonalização do relacionamento etc.¹⁶

A realidade complexa da moderna sociedade pluralista, liquefeita, desmontou a possibilidade de sucesso de um modelo puramente burocrático, que provou sua impotência. Se o modelo burocrático privilegia procedimentos previamente determinados e enrijecidos, a realidade atual passou a exigir uma Administração Pública mais orientada para os resultados,¹⁷ sobretudo para a maximização do atendimento das

¹⁵ No final do século XVIII, Jeremy Bentham concebeu, pela primeira vez, a ideia do panóptico, que foi pensando como um projeto de prisão circular, onde um observador central poderia ver todos os locais onde houvesse presos, possibilitando a observação total, a tomada integral por parte do poder disciplinador da vida do indivíduo. O Autor defendeu ser o modelo adequado para todas as instituições educacionais, de assistência e de trabalho, já que daria uma solução econômica para os problemas de eficiência, no âmbito de uma sociedade racional. Cita-se passagem de Foucault: “O Panóptico ao contrário deve ser compreendido como um modelo generalizável de funcionamento; uma maneira de definir as relações do poder com a vida cotidiana dos homens. Bentham sem dúvida o apresenta como uma instituição particular, bem fechada em si mesma. Muitas vezes se fez dele uma utopia do encarceramento perfeito” (*Vigiar e punir: nascimento da prisão*, p. 228).

¹⁶ Cf. CHIAVENATO. *Introdução à teoria geral da administração*, p. 432-438.

¹⁷ Nessa direção ensina Onorato Sepe que “l’amministrazione agente nello stato sociale non può più essere formalista ma deve essere soprattutto rivolta al fine, preoccupata degli obbiettivi più che del modo giuridico dell’azione, [...]”. Ciò comporta una certa desacralizzazione della legge che è un mezzo e non un fine” (*L’efficienza nell’azione amministrativa*, p. 251-253).

⁹ PAYING Taxes: the Global Picture.

¹⁰ Cf. GAZETA MERCANTIL, São Paulo, 29 maio 2006, p. A-8.

¹¹ GAZETA MERCANTIL, São Paulo, 29 maio 2006, p. A-8.

¹² GAZETA MERCANTIL, São Paulo, 03 maio 2006, p. A-10.

¹³ Cf. ELIDIE BIFANO – PricewaterhouseCoopers.

¹⁴ Cf. BAUMAN. *Vida a crédito: conversas com Citali Rovirosa-Madrado*, p. 43.

necessidades sociais. Nesse sentido, impõe-se a dessacralização do confuso emaranhado de regras do ordenamento administrativo, que foi equiparado a instrumento orientador enrijecido de persecução do bem comum.

No Brasil, a partir da década de 1980, frequente se fez a fala no sentido de que uma possível “Administração Pública gerencial” deveria substituir o modelo de “Administração Pública burocrática”. Diogo de Figueiredo Moreira Neto chega a afirmar que existem três fases na evolução da Administração Pública: a fase do absolutismo (em que prevalecia o “interesse do rei”, caracterizando a “administração hegeliana”); a fase do estatismo (em que passou a prevalecer o “interesse do Estado”, caracterizando uma “administração burocrática”) e a fase da democracia (ascendendo como prevalecente o interesse da sociedade, caracterizando a etapa da “administração gerencial”).¹⁸

No entanto, não se pode afastar, por completo, a importância do modelo de Administração Pública burocrática para os procedimentos rotineiros e para a generalidade dos casos. É evidente que reformas são necessárias, entretanto é certo que, na generalidade das situações, o modelo burocrático de soluções pré-programadas, de manuais, de atuações marcadas e muitas vezes pré-definidas, possibilita a obtenção de resultados adequados e foi capaz de evitar a corrupção e favorecer tendencialmente o combate à imoralidade administrativa, bem como de fornecer referenciais para uma atuação eficiente do servidor público.

O Estado moderno, em regra, não deixou de exigir soluções isonômicas e, muitas vezes, similares às anteriormente tomadas. Em regra, pode-se mesmo afirmar que o modelo burocrático responde às exigências de moralidade e eficiência da Administração Pública moderna.

O que acontece é que, em inúmeras situações, muitas vezes de relevância, a atuação burocrática não conduz a uma solução concreta adequada à complexidade e ao dinamismo, próprios da sociedade pluralista moderna. Não que o modelo até então estruturado seja totalmente ruim e por isso deva ser abandonado. O fato é que se tornam necessários ajustes que permitam que, em situações relevantes excepcionais, soluções igualmente especiais possam ser adotadas. Isto não

traduz a ideia de que soluções (como as transacionais) devam ser adotadas em regra, mas a possibilidade de sua adoção, em situações excepcionais, não pode ser afastada, sob pena de ineficiência do modelo.¹⁹

Da mesma forma, Estado, no contexto da modernidade líquida, não propõe o abandono da legalidade em prol de uma ideia isolada de eficiência pública. O desafio é o de modelar uma Administração Pública mais eficiente, que consiga cumprir o seu desiderato de atendimento otimizado do bem comum, perpassando por todas as dificuldades do contexto da Era da Recessão (em especial após a crise deflagrada em 2008) e, para tanto, o Direito Administrativo exige a revisão do modelo burocrático vigente.

2 A crise do ato administrativo unilateral e busca de uma atuação administrativa consensual

Da mesma forma que o modelo de Administração burocrática atravessou o tempo, modificando-se, evoluindo de uma Administração liberal — garantidora da manutenção da ordem pública, da liberdade, da propriedade e da segurança individual — para uma Administração prestacional — com o desafio de atender as demandas sociais de serviços públicos — a forma de atuação dessa Administração Pública também teve de se adequar a um novo paradigma do agir administrativo.

A Administração Pública prestadora, diferentemente da Administração do Estado Liberal, “agressiva”, que se valia do ato de autoridade como instrumento privilegiado, quando não exclusivo, tende, cada vez mais, a flexibilizar e diversificar seus modos de atuação, afastando-se dos meios autoritários, em prol de formas mais consensuais de atuação.

Por ser a sede dos aparelhos coercitivos estatais e a responsável pela definição, das “razões de Estado”, a Administração do Estado Liberal, indubitavelmente, para um agir mais autoritário, centrado no típico ato administrativo unilateral. Otto Mayer, nesse compasso, definia o ato administrativo como a manifestação da administração interventiva (autoritária) que determinava

¹⁹ Para um aprofundamento no tema, convida-se para a leitura de BATISTA JÚNIOR. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática.*

¹⁸ Cf. MOREIRA NETO. *Mutações do direito administrativo*, p. 17.

o Direito aplicável ao súdito no caso concreto.²⁰ Nesse mesmo viés, Hauriou defendia que o ato administrativo era o típico ato da Administração de polícia, “desfavorável”, portanto, para o particular, vez que o poder administrativo era construído em torno da ideia de polícia administrativa, destinada a assegurar a ordem pública e a paz social.²¹ Ambos autores demonstraram preocupação em teorizar o ato administrativo autoritário, no contexto de uma administração interventiva. Essa definição de ato unilateral correspondia bem à lógica de funcionamento da Administração Pública do Estado Liberal.

O Estado Social, entretanto, abre-se à diretriz de que o indivíduo possui direito a prestações por parte da Administração Pública. Em vez da ideia de garantia de direitos individuais obtida por meio da simples abstenção dos poderes públicos, os direitos subjetivos dos administrados crescem em número e diversidade, deixando o administrado de ser mero objeto do poder administrativo, passando a ser sujeito titular de direitos e obrigações.²²

O administrado, portanto, não apenas deseja que a administração atue, mas solicita essa atuação. Nesse sentido, o ato administrativo deixa de ser visto apenas como uma agressão à esfera individual, para ser, igualmente, um instrumento de satisfação de interesses individuais. Nesse contexto, a Administração prestacional, viu-se obrigada a adotar formas mais consensuais de atuação, utilizando-se de mecanismos institucionalizados de audição e participação dos interessados, mesmo na formatação de decisões administrativas “unilaterais”.

“A crise do ato administrativo”, como anunciado por Vasco Pereira da Silva, é resultado de uma crise muito mais ampla, isto é, da dogmática clássica do próprio Direito Administrativo em razão das transformações introduzidas pelo Estado Social.²³ Mas, como visto, no Estado da modernidade líquida, a crise se agrava.

Em razão da crescente demanda por serviços públicos, o capital mais leve e flutuante que voa faz com que o Estado já não atenda mais as demandas de incremento de arrecadação (por meio

da arrecadação de tributos), tornando-se impossível ignorar a falência do modo organizacional e de atuar desse Estado Providência. Com o enorme alargamento da atuação administrativa no Estado Social, muitas das novas tarefas da Administração Pública prestadora serão exercidas através de formas de organização e atuação jurídico-privadas. Isso porque, revelada a ineficiência e a própria disfunção estatal decorrente da excessiva burocratização das estruturas estatais, o movimento de privatização da Administração Pública agrava-se, tentando abraçar, como tábua de salvação, fenômenos de privatização e de participação da sociedade civil.

No entanto, essa tendência de escolher formas de organização e atuação jurídico-privadas é perigosa, por poder ser utilizada como um mero subterfúgio para escapar às vinculações e controles a que a Administração Pública normalmente está sujeita. Segundo Maria João Estorninho, o fenômeno da “fuga para o direito privado” tem certos riscos:

Torna-se indispensável fazer balanço entre as indubitáveis vantagens e enormes risco desta submissão da Administração ao Direito Privado e pode-se dizer que, ao longo dos tempos, a Administração Pública passou de uma fuga quase *inocente* a uma fuga quase *consciente e perversa* para o Direito Privado, procurando escapar às vinculações jurídico-públicas que normalmente enquadram a sua actuação.²⁴

Se “a fuga para o direito privado” pode não ser a opção que melhor atenda ao interesse público, outra opção seria considerar a reestruturação da própria estrutura burocrática estatal, tornando-a menos autoritária, sem, contudo, abandonar por completo o modelo burocrático. Nesse sentido, sem partir, necessariamente, para uma atuação que privilegie, puramente, formas de atuação do direito privado, a Administração Pública do Estado Pós-Providência pode optar por um modelo de atuação administrativa negociada, concertada,²⁵ na qual o papel do administrado não se restringe a de mero destinatário do ato, mas a de coparticipante da atuação administrativa, sem, contudo, abandonar o regime jurídico público.

Nas últimas duas décadas, o advento de uma Administração Pública mais democrática

²⁰ Nesse sentido, cf. SILVA. *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 67-68.

²¹ Cf. SILVA. *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 100.

²² Nesse sentido, cf. SILVA. *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 81.

²³ Cf. SILVA. *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 110.

²⁴ ESTORNINHO. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, p. 354-355.

²⁵ Nesse sentido, SILVA. *Em busca do acto administrativo perdido*, p. 105.

e consensual, que possibilita a participação do administrado no processo de tomada de decisões administrativas, veio consolidar a tendência de valorização da dogmática dos contratos administrativos.

Nessa perspectiva, quando a Administração Pública puder resolver de forma unilateral e autoritária, mas, em busca da melhor solução para o bem comum, resolver despir-se de seu manto de poder e prescindir dessa forma de atuação em prol de uma solução consensual, estar-se-á diante da celebração dos contratos administrativos de transação *lato sensu*.

O contrato administrativo de transação em sentido *lato* (transações administrativas), portanto, é uma forma de a Administração Pública resolver seus casos concretos, como uma alternativa a uma atuação autoritária (contratos administrativos alternativos).

É certo que as possibilidades de soluções consensuais são, teoricamente, pelo menos a princípio, mais reduzidas quando se está em ramo do Direito Público sujeito ao “princípio da tipicidade”, como o Direito Penal e o Direito Tributário. Nesses domínios, pelo menos tendencialmente, a lei não pode abrir margem discricionária para a autoridade administrativa valorar casos concretos.

Se a transação fosse admissível em qualquer situação, estando a Administração livre para fazer as concessões que entendesse pertinentes, estaria pragmaticamente nulificado o mandamento de observância do princípio da estrita legalidade.²⁶

A admissibilidade da transação em quaisquer circunstâncias, assim, é incompatível com o princípio da tipicidade. Exatamente por isso que a admissibilidade da transação deve se circunscrever a situações especiais. A transação é solução pragmática e excepcional que não tem o condão de transformar em regra aquilo que deve ser tratado como exceção.

Nos domínios do direito público, a lei que fundamenta as possibilidades de transação deve determinar as circunstâncias nas quais o contrato pode ser celebrado, suas condições, bem como seus limites, caso contrário a legalidade restaria pragmaticamente desvalorizada.

Em ramos sujeitos ao princípio da tipicidade, em especial nos domínios tributários, com

maior rigor ainda, apenas quando a lei, no caso concreto, dê ensejo a uma solução de flagrante prejuízo para o bem comum, se comparada com a solução derivada da transação, é possível o contrato. Nesses casos, a legalidade não está sendo colocada de lado, porque é com suporte na lei (autorizativa de transação) que uma má aplicação de outra lei (de incidência tributária) é excepcionalmente substituída, em prol dos interesses maiores da coletividade.

No moderno Estado Democrático de Direito, eficiente, pluralista, democrático e prestacional, a Administração Pública apercebeu-se de que, muitas vezes, não consegue agir onde não consegue convencer. Nesse sentido, mandar e sancionar por meio de decisões unilaterais e executórias pode ser um sistema eficaz quando se trata de impor a ordem e assegurar o respeito às leis, entretanto, trata-se de mecanismo insuficiente para polarizar as energias sociais com vistas à consecução dos objetivos propostos.

3 O poder/dever do agente administrativo em optar pela via transacional

O tema da consensualidade administrativa tem causado debates nas últimas duas décadas, mas ainda são poucos os que efetivamente defendem o contrato administrativo alternativo ao ato unilateral. Talvez porque ainda o Direito Administrativo brasileiro não tenha disciplinado genericamente as transações administrativas, muito menos estabeleceu cláusula geral fundamentadora como fizeram, sobretudo, os ordenamentos jurídicos italiano, espanhol e alemão.

Mesmo sujeita a críticas e preconceitos, a transação administrativa não pode ser abandonada, sob pena de se trazer enormes prejuízos ao interesse público. Esse é, por certo, um tema controverso, mas o desiderato de eficiência pública do moderno Estado pluralista Pós-Providência exige sua admissão.

De toda sorte, é incontroverso que ordenamento jurídico brasileiro admite a celebração de contratos administrativos alternativos, desde que as normas de competência não imponham o ato administrativo como a única via juridicamente possível. Diversos dispositivos já firmaram cláusulas setoriais autorizativas, além do que, um entendimento contrário seria absolutamente incongruente com o próprio texto constitucional.

²⁶ Cf. CRUZ. *A transação no direito tributário*, p. 185.

Já no preâmbulo, a CRFB/88 marca que todo o ordenamento funda-se na harmonia social e deve buscar, na ordem interna e internacional, a solução pacífica das controvérsias (acordos). É do espírito da CRFB/88 a necessidade de serem adotadas soluções pacíficas e consensuais.

Mais do que isso, os princípios constitucionais da eficiência administrativa e da razoabilidade fundamentam mais diretamente a celebração dos contratos de transação *lato sensu*. Se o princípio da eficiência determina a persecução otimizada do bem comum, em inúmeras situações, essa busca da melhor solução pode ser obtida mediante a transação.

Isso não significa que, em prol da eficiência, a Administração possa abandonar a legalidade, mas é verdade que a aplicação genérica, mecânica e desalinhada da lei, no caso concreto, possa ser afastada. Nesse sentido, é a própria legalidade que dá instrumentos para o vetor eficiência ser acatado como princípio reitor da atuação administrativa. A legalidade, como princípio da Administração Pública, condiciona o administrador em todas as suas atividades, assim, mesmo a decisão de contratar e o próprio conteúdo do contrato administrativo, devem encontrar fundamento legal.

No quadro burocrático ortodoxo, é mesmo preciso coragem e determinação por parte dos gestores e controladores públicos, que não podem se prender a interpretações estereis da lei. Perante alternativa que conduza ao “melhor interesse público possível”, é poder/dever de o agente administrativo optar pela via transacional, se for o caso, mesmo sabendo que, por vezes, pode sofrer o questionamento por parte de unidades mais burocratizadas de controle, que assumem, por vezes, posturas positivistas mais ortodoxas e maléficas ao bem comum.

A função administrativa diz respeito àquele “poder/dever” de, diante dos mais variados interesses, adotar aquela decisão que, no caso concreto, diante de margem de discricionariedade aberta pela lei, será a mais eficiente para a prossecução do bem comum.

Assim, se a própria lei abre a possibilidade de ponderação ao administrador, que tem a prerrogativa e o “dever” de verificar, no caso concreto, qual a melhor solução a ser aplicada, qualquer decisão que não atenda a essa finalidade será antijurídica. Dessa forma, se existe a possibilidade

de celebração de contratos alternativos ao ato unilateral, que propiciem soluções mais ajustadas ao desiderato do atendimento otimizado do bem comum, em especial quando o Direito estabelece cláusulas setoriais autorizativas, firma-se um poder dever de transacionar.

Em especial se analisado sob a égide do princípio da participação, que reclama a intervenção do cidadão na atividade administrativa e constitui a base legitimadora das atuações consensuais da Administração.

No entanto, por vezes, posturas preconceituosas, fruto de uma arraigada cultura burocratizada mais ortodoxa, servem de obstáculo para a possibilidade de celebração de transações; não são incomuns penalizações (ou tentativas de anulações ou penalizações) aos servidores públicos que abraçam a via consensual, apenas por isso. Os agentes públicos recolhem-se receosos, fugindo de soluções que possam melhor atender ao interesse público, prendendo-se a interpretações mais ortodoxas e burocráticas, mesmo que em detrimento do interesse do Estado e do administrado.

O modelo hierárquico e burocrático, em reverência máxima aos mandamentos do bloco de legalidade, desenha verdadeira armadilha. Nos atos vinculados, a margem de autonomia decisória para o administrador é reduzida, portanto, se o agente atua em conformidade com os regulamentos, normas internas, diretrizes ou ordens de seus superiores não é possível a imputação de responsabilidade pelos resultados ao servidor, uma vez que, em muita maior parcela, o resultado depende dos termos das normas, diretrizes ou ordens recebidas. Ou bem se atribui ao agente, no processo administrativo decisório, certa margem discricionária, ou bem a responsabilidade se assenta na norma. A abertura de margens mais dilatadas de discricionariedade para uma decisão administrativa mais acertada e adequada à pluralidade dos casos concretos implica em uma imputação de resultados ao agente, que passa a ter responsabilidade direta pelo acerto ou erro de sua valoração ou decisão.

Naturalmente, o controle é a contrapartida necessária para a abertura de margens discricionárias, ou seja, uma “flexibilização responsável” da atuação administrativa reclama mecanismos de controle eficazes. Por certo, não se pode, assim,

questionar a viabilidade, utilidade ou necessidade de órgãos de controle. O que se questiona é a postura estéril de alguns controladores que, com lastro em uma ideia estéril da legalidade, pretendem cercar todas as atuações administrativas.

O controle da Administração Pública, de fato, é uma necessidade para que se possam observar as máximas de moralidade, impessoalidade e mesmo de eficiência administrativa, entretanto, o Estado não pode mesmo ser visto como um veículo cuja principal parte seja os freios.²⁷

A busca da eficiência administrativa não pode ser um convite a repercussões negativas para o agente, sob pena de generalização de um comportamento “mediano”, resignado.

Uma ideia equivocada de legalidade, calcada em um “legalismo estéril”, não pode converter os mecanismos de controle da Administração Pública no cavalo de Troia do Direito Administrativo, especialmente no contexto da Administração democrática, que exige a adoção de soluções consensuais e participativas.

4 A superação da cultura do “medo” e da “subserviência”

A ideia de eficiência pública é atrelada à necessidade de persecução maximizada do bem comum. Assim, no Estado Pós-Providência, deve-se exigir muito mais do agente público do que a mera “disciplina”. Entretanto, os parâmetros norteadores da eficiência pública, no modelo burocrático mais ortodoxo, se deslocam para os regulamentos de disciplina, de procedimentos enrijecidos, que, no mundo moderno, complexo e pluralista, não são capazes de assegurar a persecução do bem comum em todas as situações.

À luz de uma ideia de “legalidade estéril”, na cultura administrativa burocrática mais ortodoxa, é ineficiente o agente que descumpra o que vier estabelecido nos manuais; é censurável (e punível) aquele servidor que deixar de observar os mais ínfimos detalhes da lei, as “curvinhas” do “bloco de legalidade”, agigantado, confuso, prolixo e mutante.

Para o modelo burocrático mais ortodoxo, comportamento eficiente, por pressuposto, é aquele

conforme ao “bloco legal”. Para tanto, todo o sistema gerencial burocrático é desenhado de forma a possibilitar o alinhamento da atuação dos agentes à regulamentação administrativa. Exatamente por isso, os mais diversos estatutos burocráticos se limitam, na maioria das vezes, a trazer “deveres” dos servidores públicos e a estabelecer “sanções” pelo descumprimento desses deveres. O modelo gerencial autoritário, portanto, funciona com lastro no mecanismo “dever X sanção”.

A preocupação central do corpo burocrático desses órgãos, na maioria das vezes, está em buscar equívocos, desatenções, descumprimentos de linhas e entrelinhas, culpados, e não na perseguição de uma atuação administrativa eficiente. Muitas vezes desconhecendo a realidade concreta ou a técnica utilizada, burocratas do controle tendem a agravar o quadro de ineficiência.

O sistema jurídico administrativo sancionatório se mantém ultrapassado, não tendo ainda se desvinculado do tradicional modelo de julgamento do processo administrativo disciplinar, vinculado à hierarquia funcional. Para agravar, o sistema de composição e de julgamento dos processos administrativos disciplinares é feito pela mesma autoridade administrativa que instaura e, ao mesmo tempo, nomeia os integrantes da Comissão Disciplinar, o que coloca sob suspeita a garantia de imparcialidade/impessoalidade nas apurações/investigações disciplinares.

A cultura administrativa reinante, nesse contexto, é a do medo, a do receio da punição. Não se tenta aperfeiçoar ou buscar a solução adequada, mas o receio enraizado aponta sempre para a solução de privilégio de uma interpretação literal dos regulamentos e ordens do hierarca. A eficiência administrativa e o bem comum são postos de lado em prol de uma atuação servil e, por vezes, medrosa e covarde.

Esse comportamento é, inclusive, justificável em decorrência da própria concepção tradicional de agente público. O servidor público sempre foi visto apenas como “veículo da manifestação da vontade do poder estatal”.²⁸ Hoffmann aponta que “os funcionários públicos são concebidos como órgãos, pelos quais o Estado apresenta-se exteriormente e em cujo permanente espírito de sacrifício o Estado deve poder confiar”.²⁹

²⁷ Cf. LEISNER. *Effizienz als Rechtsprinzip. Recht und Staat*, p. 11. Nas palavras do autor, “das Recht dürfe die Bewegung des Staates nicht hemmen, sondern müsse sie fördern, der Staat dürfe nicht als Fahrzeug verstanden werden, dessen wichtigster Teil die Bremsen sein”.

²⁸ Cf. ARAÚJO. *Negociação coletiva dos servidores públicos*, p. 23.

²⁹ Cf. HOFFMANN. *Beamtenum und Streik. Archiv des öffentlichen Rechts*, 1966, S. 144 *apud* ARAÚJO. *Negociação coletiva dos servidores públicos*, p. 143.

Essa concepção de sacrifício pessoal do servidor em prol da comunidade se reproduz desde a antiguidade, já na idealizada estrutura administrativa da *República* de Platão. Na República, os guardiões deveriam doar-se, integralmente, ao exercício do *múnus* público, como peças de um jogo de xadrez, desempenhando um papel com finalidade já determinada. Platão acreditava que cada classe da sociedade deveria seguir a sua natureza, desempenhar a sua função. Nessa perspectiva, a função do guardião seria, tão somente, servir ao estado. Mas, para além dessa afirmativa, servir ao Estado significaria abdicar de toda a sua vida privada, em prol da coletividade.

Essa cultura da “subserviência”, presente ainda nos dias de hoje, desemboca na prática reiterada do “não”. Sempre que possível, os agentes administrativos se escondem por detrás das normas ou respondem negativamente, com receio das punições que possam ser aplicadas, nos termos dos regulamentos, em casos de inobservância dos estritos termos das normas de conduta previamente estabelecidas. O “não”, na maioria das vezes, traduz prejuízos desarrazoados para o administrado e significa, por vezes, a não prestação do serviço público, entretanto, o “não” protege o servidor que o disse.

O resultado, em alguns casos, é o surgimento de atitudes típicas de agentes “capataz”, capazes de medidas duras e por vezes até desarrazoadas. Em outros casos frequentes, surgem os servidores de “baixo perfil”. Não raro, ainda, o mérito é posto de lado; o modelo passa a privilegiar aqueles servidores que “não trazem problemas”, incapazes de assumir riscos, incapazes de levantar conflitos com o poder econômico, incapazes de atuarem eficientemente, incapazes de proporcionarem o bem comum — *servis fidèles du Gouvernement*, nunca agentes do bem comum.

Por isso é que, tal como diagnosticou o *National Performance Review*, o problema não decorre da incompetência ou preguiça dos agentes públicos, mas do sistema que privilegia a “burocratic” asfixiante da criatividade.³⁰

A decisão administrativa que, em nome da eficiência pública, buscar superar as barreiras dos

referenciais hierárquicos e das normas internas, no caso concreto, na prática, esbarra quase sempre em dificuldades de todas as ordens. A busca da eficiência pública, muitas vezes, pode mesmo ser um convite para repercussões negativas para o agente, e o resultado pode ser a generalização de um comportamento “mediano”, resignado, de baixo perfil, onde o mais prudente talvez seja não ousar, se esconder por detrás das normas internas e diretrizes, ou até não fazer nada.³¹

Nessa perspectiva, incentivar essa nova forma de atuação administrativa, mais democrática e consensual, que incentive a opção por soluções transacionadas, exige verdadeira reformulação cultural do modelo burocrático, especialmente no que se refere à aplicação literal e irrestrita dos estatutos sancionatórios, bem assim na busca de métodos de incentivos para que os servidores se vejam autorizados e incentivados a optarem pela via transacional.

5 Incremento de mecanismos de meritocracia e produtividade

O processo administrativo decisório mais centrado no servidor público exige a adoção de mecanismos de incentivos à eficiência; estímulos ao maior rendimento profissional; remunerações que privilegiem a produtividade e o esforço pessoal; estruturação de carreiras cuja ascensão se verifique através de critérios de valorização do mérito; mecanismos premiais e de incentivo remuneratórios.

Naturalmente que essas exigências não insinuam a necessidade de “fuga para o direito privado” e muito menos visões distorcidas da Administração Pública a partir de parâmetros próprios da iniciativa privada. Ao contrário, o modelo “público” é, em diversos e muitos casos, o mais adequado, entretanto merece atenções, merece cuidados, merece modernização e adaptação ao novo mundo globalizado e pluralista das mudanças.

Se a eficiência pública não encontra uma política de incentivos ao agente que exerce as funções públicas, por outro lado, como visto, o descumprimento dos manuais e dos dispositivos do “bloco legal”, mesmo que inadequados à realidade do caso concreto, encontra sanções. Os mais

³⁰ Cf. NATIONAL PERFORMANCE REVIEW. *In*: REINVENTAR a Administração Pública: Da burocracia à eficácia: Relatório sobre o estado da Administração Pública americana e as opções fundamentais para a sua reforma elaborado sob a direção do Vice-Presidente Al Gore, p. 34.

³¹ Destaca-se a crítica sagaz de José Roberto Dromi: “não pode; em caso de dúvida, abstenha-se; se é urgente, espere; sempre é mais prudente não fazer nada” (*Derecho administrativo*, p. 35).

diversos órgãos de controle, interno ou externo, tendem a atuar na verificação do cumprimento estrito das normas, privilegiando o “legalismo estéril”.

Assim, o comportamento mediano se impõe; o ordenamento não busca privilegiar comportamento efetivos, de resultados realmente eficientes, mas apenas pune e condena desvios aos regulamentos.³² O sistema de desenvolvimento funcional do servidor na carreira é ultrapassado, não se adequando às exigências de eficiência do Estado Pós-Providência, não motiva, não traz incentivos, mas, ao contrário, apenas reforça o mecanismo “dever vs. sanção”.

No serviço público brasileiro, em diversos casos, os servidores públicos não são treinados adequadamente e contam com remunerações baixas e incompatíveis com a qualificação exigida para um profissional habilitado a decidir adequadamente quando a ele forem outorgadas margens de valoração maiores.

Não se privilegia um sistema de mérito objetivamente apurado, em que as capacidades individuais sejam reconhecidas. Ao contrário, o princípio do merecimento, como princípio geral de direito,³³ de caráter distributivo, justificador das oportunidades pessoais, por intermédio de procedimentos que visam selecionar aqueles que configuram a melhor alternativa para a economia interna das organizações, não tem sido concretizado nos modelos de gestão de pessoal.

Os ditames da profissionalização e da apuração objetiva do mérito no serviço público, não são privilegiados no tradicional modelo burocrático autoritário. Apesar de a CRFB/88, em seu art. 39, §1º, assegurar a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório com a observância da natureza, do grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; dos requisitos para a investidura; e das peculiaridades dos cargos, a tendência dos modelos remuneratórios é a de estabelecer vencimentos fixos, estanques e previstos rigidamente nas leis, como contrapartida

unívoca a um dever de atuar conforme o previsto nos manuais.

Nesse modelo, propiciando bons resultados ou não, buscando ou não a excelência, o agente que atuou conforme a modelagem pré-estabelecida faz jus a uma remuneração compatível com o cargo. Nada mais.

Na perspectiva da democracia participativa, a Administração Tributária não comporta mais atitudes autoritárias, centrada na unilateralidade dos atos de fiscalização e cobrança administrativa. O Estado Democrático de Direito exige que também o Fisco institucionalize o diálogo com os contribuintes, de modo que a arrecadação dos tributos, finalidade última da atividade fazendária, se dê em um processo em que se garanta o contraditório e a ampla defesa.³⁴

Esse novo perfil da Administração Tributária exige alta especialização de servidores, em cargos, funções e organização próprias, dispostos em carreira, que lhes assegurem profissionalização, ascensão, oportunidades de desenvolvimento e expectativas de garantia suficientes para compensar as restrições de comportamento que lhes são impostas. Por tais motivos, o constituinte concedeu à Administração Tributária e seus servidores a precedência e prevalência³⁵ de suas funções sobre outras atividades administrativas, no tocante aos mesmos fatos, pessoas ou bens.

O status concedido aos servidores da Administração Tributária no texto constitucional se justifica pela extrema relevância de suas atividades — a arrecadação, a fiscalização e a cobrança administrativa de tributos — que são as principais fontes de receita dos entes, responsáveis pela viabilidade econômica de investimentos públicos e pelo atendimento das necessidades da população.

Como não poderia deixar de ser, a referida emenda evidenciou a necessidade de especialização da carreira dos servidores adstritos à atividade de tributação, fiscalização e arrecadação, como instrumento imprescindível para a consecução dos objetivos da Administração Pública. Destarte, os servidores fazendários — que têm precedência e prevalência em relação aos demais servidores

³² Por isso que doutrinadores como Franco Bassi chegam a afirmar: “ne consegue che il modo in cui agisce l'autorità amministrativa non é irrilevante per il legislatore, il quale non richiede la soluzione ottimale, ma quella media, cioè quella di cui é capace l'amministratore medio” (*Lezioni di diritto amministrativo*, p. 61-62).

³³ Cf. VIEIRA. *Merecimento na Administração Pública*: concurso público, avaliação de desempenho e política pública de pessoal, p. 133.

³⁴ Cf. COELHO; DERZI. *A importância da administração tributária no Estado Democrático de Direito*: análise da Emenda Constitucional nº 42/03: parecer.

³⁵ “Art. 37. [...] XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei”.

do Estado — detém recursos prioritários para a realização de suas atividades, contemplados, conseqüentemente, com um regime remuneratório diferenciado.

No entanto, na prática, a apontada tendência de valorização dos servidores públicos, com a estruturação de um sistema de desenvolvimento funcional e remuneratório condizentes com as atividades e responsabilidades do cargo, ainda não se concretizou. No mesmo sentido, o notável alargamento das margens discricionárias e ruptura das amarras que privam o administrador público da possibilidade de valoração e ponderação de interesses, no processo administrativo decisório, nem sempre é possível ou recomendável. Na maioria das situações, o sistema de carreira é estanque e o exercício das competências são rotineiros e repetitivos, com solução pré-programada pelos manuais administrativos, com lastro na disciplina burocrática.

Em realidade, o modelo atual herdado pela Administração Pública brasileira parece mesmo estar a conspirar em prol da ineficiência da máquina pública. A Administração Pública padece de vícios estruturais da base ao topo, contando com um Governo muito mais centrado no exercício das funções políticas e legislativas, do que debruçado por sobre os severos problemas de gestão administrativa.³⁶

Da mesma forma, não se buscou formar uma cultura administrativa de abertura a mudanças, dificultando, assim, o desenvolvimento de mecanismos para enfrentar o acelerado desenvolvimento econômico, social e cultural. Ainda, o Estado não valoriza, em regra, os seus recursos humanos administrativos, que, em muitas situações, desperdiça recursos financeiros e que, por vezes, subalterniza o interesse público a interesses privados de diferentes naturezas.

Naturalmente, não se coaduna com qualquer expectativa de abertura de margens discricionárias, que outorguem maior responsabilidade ao servidor público, as remunerações usualmente baixas, as deficiências de treinamento e desenvolvimento de pessoal, as políticas de recursos humanos que não conseguem afastar o “nepotismo”, o “clientelismo”, o “faccionismo”, a estruturação de planos de carreira que não privilegiam o mérito.

Enfim, o modelo burocrático ortodoxo autoritário não mais consegue fornecer o lastro para uma atuação administrativa eficiente, mas parece mesmo conspirar contra o princípio da eficiência administrativa, em detrimento da sociedade. Da mesma forma, as políticas administrativas de gestão de Recursos Humanos pedem socorro em nome da “eficiência” da máquina pública.

6 A garantia da flexibilização responsável por meio do controle procedimental

A garantia da eficiência na atuação estatal reclama, segundo a doutrina mais moderna do Direito Administrativo, a imprescindibilidade do “abrandamento” do exercício administrativo simultâneo ao desenvolvimento otimizado dos mecanismos de controle. Contudo, evidencia-se a necessidade de uma maior gerência dos mecanismos de controle de modo a evitar que o mesmo se configure uma “camisa de força” para Administração, ocasionada pelo “legalismo estéril”, e, desse modo, afetando o discernimento do administrador público quanto à atuação mais benéfica ao interesse público.

Nesse compasso, o que cabe questionar é se a atuação preventiva dos órgãos de controle (interno ou externo) no *iter* do procedimento administrativo pode ser mais eficaz para a persecução do melhor interesse público possível, do que os controles repressivos, calcados no “legalismo estéril”. Na atual sociedade pluralista, na qual a Administração Pública conta com múltiplos interesses a perseguir, o procedimento administrativo funciona como estrutura de ordenação flexível, capaz de coordenar a variedade não previsível de interesses conjugados. Nesse sentido, o procedimento administrativo possui um caráter democratizador do processo decisório, o que ocasiona desde uma efetiva oitiva e participação do sujeito afetado pelos atos da Administração, até a promoção do controle social nos âmbitos sociais, internos ou externos.

Na atual “modernidade líquida”, observa-se uma predisposição a um esvaziamento substancial das normas administrativas, podendo-se vislumbrar, assim, a procedimentalização como garantia de uma atuação que carece de uma maior coerência e racionalização no processo administrativo decisório. Com o intuito de contribuir para almejada qualidade da atuação administrativa e, ao mesmo tempo, a promoção de uma maior segurança na efetividade nas deliberações, é necessário uma

³⁶ Cf. SOUSA. *Lições de direito administrativo*, v. 1, p. 61.

“desobstrução” da atuação dos órgãos de controle, interno e externo, no *iter* decisório.

O controle preventivo procedimental, nesse compasso, pode minorar o “medo administrativo”, favorecendo uma redução nos riscos ocasionados ao agente administrativo por meio do modelo burocrático repressivo mais ortodoxo, de modo a propiciar a adoção de soluções extraordinárias de cunho mais efetivo e eficiente (até então, não antevisto nas letras da normatização administrativa).

O controle procedimental preventivo se manifesta como eficaz instrumento de contenção dos possíveis óbices (vícios de ineficiência, de imoralidade, de razoabilidade, etc.) apresentados no decurso procedimental, gerando uma possibilidade de solução das situações de caráter extraordinário e que demandam uma solução específica, antecedendo uma negativa e sem os estigmas costumeiros, proporcionando, então, uma maior eficácia na adequação da melhor alternativa para o caso concreto.

É inquestionável que a “flexibilização responsável” propiciada pelas “cláusulas gerais que autorizam soluções extraordinárias”, se coloque como alternativa inarredável de eficiência administrativa. Neste contexto, a constância idônea entre os “aspectos garantísticos” e “eficientíssimos” são essencialmente motivados pela procedimentalização e o controle procedimental.

Outrossim, o controle procedimental possui o caráter compensatório do decréscimo de precisão dos comandos legais, da ascensão da Administração Pública na incidência da vida social, igualmente como da mácula do controle repressivo. A participação dos órgãos de controle no procedimento aumenta a legitimidade das decisões, abrindo canal institucionalizado de participação popular e/ou de intervenção dos órgãos de controle procedimental preventivo, justamente para aquelas situações extraordinárias que, em nome da eficiência administrativa, reclamam soluções especiais. Nesse cenário, “o consenso e o acordo surgem como complemento legitimador idôneo”.³⁷

Por fim, o controle procedimental preventivo baliza a tomada de decisão do agente público, sob o lastro das cláusulas gerais que dão suporte às decisões de cunho extraordinário, pacificando, assim, as exigências de isonomia com as de eficiência administrativa e segurança.

7 Conclusão

O Estado Pós-Providência, no contexto da “modernidade líquida”, já não consegue prestar eficientemente a multiplicidade de serviços públicos necessários, nem consegue atender aos diferentes interesses elementares dos mais variados grupos existentes na sociedade.

Na mesma medida que o modelo de Administração burocrática atravessou o tempo, modificando-se, evoluindo de uma Administração de ideal liberal, para uma Administração que precisa atender as demandas sociais por meio de serviços públicos, também a forma de atuação dessa Administração Pública merece se adequar a um novo paradigma do agir administrativo.

A consensualidade e a participação dos administrados no processo decisório exigem uma abertura de margens mais dilatadas de discricionariedade para uma decisão administrativa mais acertada e adequada à pluralidade dos casos concretos. No entanto, essa discricionariedade conferida pela lei, implica, na mesma medida, uma imputação de resultados ao agente, que passa a ter responsabilidade direta pelo acerto ou erro de sua valoração ou decisão.

A busca da eficiência administrativa não pode ser um convite a repercussões negativas para o agente, sob pena de generalização de um comportamento “mediano”, resignado. Uma ideia equivocada de legalidade, calcada em um “legalismo estéril”, não pode converter os mecanismos de controle da Administração Pública em inibidores de condutas que privilegiem a transação.

O processo administrativo decisório mais centrado no servidor público exige uma releitura da fatídica relação dever X sanção, de forma a inserir no serviço público mecanismos de profissionalização e de apuração objetiva do mérito, relegados pelo tradicional modelo burocrático autoritário.

Para se garantir a “flexibilização responsável” torna-se necessário priorizar a incidência dos órgãos de controle, interno e externo, preventivamente. O controle preventivo procedimental pode minorar o “medo administrativo”, gerando uma redução dos riscos imputados ao agente administrativo por meio do modelo burocrático repressivo, de modo a propiciar a adoção de soluções extraordinárias de cunho mais efetivo e eficiente.

Referências

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

³⁷ Cf. DELGADO PIQUERAS. *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, p. 152.

- BASSI, Franco. *Lezioni di diritto amministrativo*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1998.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. As transações administrativo-tributárias e o risco do “legalismo estéril” dos órgãos de controle. In: DERZI, Misabel de Abreu Machado (Coord.). *Separação de poderes e efetividade do sistema tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Por que “guerra fiscal”? os desafios do Estado na modernidade líquida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 102, p. 305-341, jan./jun. 2011.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito: conversas com Citlali Rovirosa-Madrado*. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*. 4. ed. São Paulo: McGraw-Hill, 1979.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel de Abreu Machado. *A importância da administração tributária no Estado Democrático de Direito: análise da Emenda Constitucional nº 42/03: parecer*. Belo Horizonte: Sindifisco-MG, 2007.
- CRUZ, Paulo Ricardo de Sousa. *A transação no direito tributário*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário)–Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco. *La terminación convencional del procedimiento administrativo*. Pamplona: Aranzadi, 1995.
- DROMI, José Roberto. *Derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.
- DROMI, José Roberto. *Introducción al derecho administrativo*. Madrid: Grouz, 1986.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito municipal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GAZETA MERCANTIL, São Paulo, 29 maio 2006, p. A-8. Pesquisa. Federação do Comércio do Estado de São Paulo (FECOMÉRCIO-SP). Fundação Instituto; Pesquisas Econômicas da Universidade de São Paulo (FIPE-USP).
- HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.
- HOFFMANN, Reinhard. Beamtentum und Streik. *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, 91. Bd, S. 141-192, 1966.
- LEISNER, Walter. Effizienz als Rechtsprinzip. *Recht und Staat*. Heft 402/403, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1971.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1990. v. 1.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- NATIONAL PERFORMANCE REVIEW. In: REINVENTAR a Administração Pública: Da burocracia à eficácia: relatório sobre o estado da Administração Pública americana e as opções fundamentais para a sua reforma elaborado sob a direção do Vice-Presidente Al Gore. 3. ed. Lisboa: Quetzal, 1996.
- PAYING Taxes: the Global Picture. PricewaterhouseCoopers; The World Bank, 2006. Pesquisa.
- SEPE, Onorato. *L'efficienza nell'azione amministrativa*. Milano: Giuffrè, 1975.
- SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Lições de direito administrativo*. 2. ed. Lisboa: Pedro Ferreira, 1995. v. 1.
- VIEIRA, Leonardo Carneiro Assumpção. *Merecimento na Administração Pública: concurso público, avaliação de desempenho e política pública de pessoal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.