

CRISE DE IDENTIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO: BENEFÍCIOS E RISCOS DA “TERAPÊUTICA DIALÓGICA”

IDENTITY CRISES OF THE ADMINISTRATIVE ACT: BENEFITS AND RISKS FROM “DIALOGICAL THERAPY”

Irene Patrícia Nohara*

RESUMO: O presente estudo objetiva problematizar a crise de identidade do ato administrativo, diante do contexto de uma sociedade democrática, procurando, a partir da reflexão provocada pelo emprego dos métodos dialético e hipotético-dedutivo, sugerir uma forma de tratamento do assunto que lhe proporcione maior consensualidade. Tal tratamento será denominado de “terapêutica dialógica”. Espera-se resgatar sentidos funcionais do ato administrativo, adequando o instituto aos desafios da pós-modernidade e diferenciando-o dos ajustes e negócios jurídicos, para que sejam discernidos os sentidos emancipatórios da consensualidade do denominado “simulacro” de consenso.

Palavras-chave: direito administrativo; ato administrativo; consensualidade.

ABSTRACT: The present study approaches the identity crises of the administrative act, at the context of a democratic society. By using the dialectic and the hypothetic-deductive method, it suggests a way to treat the subject in order to give it more consensuality. This treatment is called “dialogic therapy”. The paper aims to rescue functional senses of the administrative act, adapting the institute to the challenges of post-modern times, by differing it from the negotiations and contracts, as it is a way to separate emancipatory senses from the simulacrum of consensuality.

Keywords: administrative law; administrative act; consensuality.

* Livre-Docente (2012) e Doutora (2006) em Direito do Estado da Faculdade de Direito da USP (2006). Pesquisadora vinculada à Diretoria do Centro de Pesquisa em Direito da Universidade Nove de Julho e professora permanente do programa de Mestrado em Direito da mesma instituição.

INTRODUÇÃO

Está em voga no Direito Administrativo Contemporâneo a discussão acerca da centralidade e das características de um de seus institutos mais essenciais, qual seja: o ato administrativo. Este vem sofrendo ataques à sua legitimidade, o que desencadeou uma verdadeira “crise de identidade” do ato administrativo. Fala-se desde a “busca pelo ato administrativo perdido” (SILVA, 1996), até, no Brasil, em caminhos sugeridos para ele (MEDAUAR; SCHIRATO, 2012, p. 13).

O sentimento de estar perdido, isto é, a ausência de adequação ao contexto de uma sociedade democrática, faz parte da mencionada crise de identidade, que não deixa de ter relação com um movimento maior de questionamento do próprio Direito Administrativo.

Estudos de Direito Administrativo que outrora apontavam inequivocamente para um consenso acerca do pretense avanço civilizacional rumo a um Estado de Bem-Estar, mais justo, e no compartilhamento das responsabilidades na construção de um projeto coletivo, são postos em xeque dentro de um cenário de fluidez, de desinteresse generalizado pelas questões coletivas e, sobretudo, de descrédito na capacidade de o Estado promover os objetivos anunciados pelas Constituições programáticas, em face da ameaça constante de crise econômica.

Se este cenário, de indeterminação, não leva o Direito Administrativo “ao divã”, no mínimo, inequivocamente conduz os administrativistas à tortuosa e recorrente indagação sobre se os institutos tão seguros de outrora ainda guardam contato com a realidade ou se representam apenas delírios provenientes de desejos inalcançáveis e disfuncionais no contexto de uma sociedade multicultural e fragmentada.

O desafio é grande: procurar uma terapêutica que resgate a atualidade do ato administrativo, dentro dos anseios diversificados da sociedade contemporânea, o que inclui essencialmente o acréscimo do elemento dialógico, conforme será exposto, e ao mesmo tempo preservar os avanços

funcionais do instituto, para que o ceticismo da chamada *Era do Vazio* (LYPOVETSKY, 2005) não arraste em suas correntes de destruição os fragmentos das conquistas coletivas para um local distante, no qual alguns interesses particulares, aproveitando-se da indeterminação da opinião pública e longe da preocupação e do controle populares, acabem por banquetear-se na reconstrução dos restos civilizatórios de acordo com as suas mais imediatas conveniências.

Para tanto, o presente trabalho busca, a partir dos métodos hipotético-dedutivo e dialético, promover uma reflexão sobre a crise de identidade do ato administrativo, e propor uma forma de tratamento dentro da noção de “terapêutica dialógica”. Espera-se identificar sentidos benéficos e arriscados na disseminação das práticas consensuais na atuação administrativa, por meio, principalmente, da diferenciação entre os ajustes ou negócios administrativos em face dos objetivos dos atos administrativos.

PÓS-MODERNIDADE E DESMANCHE DA SOLIDEZ BUROCRÁTICA: PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

A pós-modernidade é um conceito em construção; no entanto, a maioria das formulações sobre o assunto aponta para: o crescimento do individualismo (BAUMAN, 2001, p. 101-108), o desgaste ideológico e político, haja vista a ausência de cumprimento com as promessas modernas, o que provoca a erosão das identidades sociais, e a privatização ampliada (LIPOVETSKY, 2005, p. XV).

As ideologias políticas e os consensos já não inflamam mais as multidões, diante das experiências desastrosas do século XX, que legaram à humanidade não apenas uma reflexão sobre os excessos que os projetos monoculturais provocam, mas também um vazio de ceticismo acerca do progresso técnico e civilizacional.

O ceticismo é produto das incertezas que anuviam o começo do século XXI, pois as experiências totalitárias do século anterior desestruturaram a crença moderna no avanço

civilizacional, e as catástrofes nucleares, por exemplo, demonstraram que a mesma tecnologia que auxilia no desempenho é capaz de destruir a vida no planeta. Rechaça-se, portanto, algumas falácias modernas, e se a pós-modernidade não representa uma ruptura com a modernidade, ao menos pode ser vista da perspectiva de síntese dela, resultante do choque de suas próprias contradições.

Algumas noções que circundavam o projeto de modernidade foram eclipsadas, tais como: a crença na verdade, alcançável pela razão, diante da ausência de uma só versão ou visão de mundo; a linearidade histórica rumo ao progresso e o fortalecimento do Estado nacional e seu protecionismo interno, uma vez que a pretexto do nacionalismo houve também a manifestação explícita da exclusão, o que resultou no reaquecimento de antigas intolerâncias, chegando-se às vias do genocídio.

Tais modificações repercutiram no desenho da burocracia, identificada como projeto da modernidade. A racionalização e a padronização já não mais exercem o mesmo fascínio na coletividade, que começa a desejar um Estado mais flexível, enxuto e que forneça respostas mais ágeis e eficientes às novas demandas de uma sociedade diferenciada e acelerada.

Dentro deste contexto, há toda a discussão acerca da “desburocratização”, que pode ser identificada como algo positivo, caso ela seja apta a provocar a superação de alguns dos problemas da burocracia, tais como: a distância, a desfuncionalidade do sistema, voltado - não raro - mais para o atingimento de metas corporativas do que propriamente para bem servir aos seus destinatários, e, portanto, a ausência de transparência, mas também pode ser catastrófica caso tal movimento de “desmanche estatal” provoque maior infiltração do fisiologismo/clientelismo, ausência de controle e falta de investimentos estruturais com a burocracia, haja vista o foco no “enxugamento” da máquina.

Observa-se, ademais, o crescimento do discurso que privilegia, dado predomínio do valor individualista da pós-modernidade, a flexibilidade e a leveza do direito privado, ao

direito público (ESTORNINHO, 2009, p. 17). Assim, a coletividade assiste quase que sem reação, à exceção de algumas poucas vozes (DI PIETRO; RIBEIRO, 2010, p.1; BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 183; BONAVIDES, 2004, p. 17; COMPARATO, 2006, p. 670), à deslegitimação de mais de dois séculos de desenvolvimento de institutos de direito público, relacionados com a formação de uma ‘consciência moral’ publicística, que são taxados de retrógrados, ou seja, de vilões do progresso econômico.

Um destes institutos que sofre ataques, muitos dos quais injustos, é o ato administrativo. Este é visto como ultrapassado, autoritário e desconforme com o anseio por uma Administração Pública mais consensual e, portanto, dialógica, isto é, não monológica e autocrática. Conforme será exposto, a teoria do ato administrativo merece atualizações - não há dúvidas -; mas também não se pode ignorar o esforço acadêmico no sentido de atualizá-la com os valores do Estado Democrático de Direito.

Ignorá-la e substituí-la por um conceito bastante questionável de consenso, sobretudo diante do fato de o ato administrativo ter objetivos distintos dos ajustes consensuais, como os negócios jurídicos, pode ser ainda mais perigoso do ponto de vista social, porque, sob a alcunha da consensualidade, defensores das transformações desprezíveis escondem da comunidade científica o fato de que existem sentidos emancipatórios da consensualidade, que são aqueles relacionados com a democracia e com a noção de dialogicidade, mas há também usos bastante retrógrados, que serão identificados com um “simulacro de consensualidade”.

AVANÇOS E ADAPTAÇÕES AINDA NECESSÁRIAS DA TEORIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Segundo expõe Di Pietro (2004, p. 11), a doutrina do ato administrativo surgiu e começou a se desenvolver a partir do momento em que a adoção da separação dos poderes impôs a diferenciação entre os diversos tipos de funções praticadas pelo Estado. No sistema de base romanística, a que se filia o Brasil, foi

sendo elaborada toda uma teoria, que abrangeu indagações sobre: os elementos dos atos, os requisitos de validade, os vícios e o desfazimento.

O acréscimo de mais dois elementos aos tradicionais - sujeito, objeto e forma -, que são o motivo e a finalidade, resultou do trabalho jurisprudencial do Conselho de Estado francês. Houve uma indiscutível evolução na averiguação do motivo no contencioso francês, pois, se inicialmente o Conselho de Estado se restringia a analisar aspectos da competência e da forma do ato (*contrôle mínimo*), posteriormente, houve a formulação da teoria dos motivos determinantes, para avaliar também a existência dos fatos, que foi acompanhada da formulação sofisticada do desvio de poder, referente à busca por fins ilegítimos e, de forma derradeira, à própria adequação dos fatos às medidas adotadas pela Administração, por meio do juízo de proporcionalidade.

Na França, paradigma para a teoria dos atos administrativos do Direito brasileiro, a análise da adequação alcançou um *contrôle máximo* de legalidade, o que significou a restrição da discricionariedade, com a ponderação da relação custo-benefício (*bilan coût-avantage*), concernente à contraposição entre finalidades públicas e restrições a direitos individuais (NOHARA, 2006, p. 50).

Observa-se, pois, que o ato administrativo não foi visto como um expediente isolado, mas houve paulatinamente a formulação de uma concepção mais ampla da atuação administrativa, sendo esta adaptada às novas exigências principiológicas dos Estados Democráticos, que demandaram equilíbrio e proporção nas medidas administrativas.

Mesmo assim, do ato administrativo foram mantidas as seguintes características, que são criticadas: *imperatividade*, o que significa imposição independentemente da vontade e até contra a vontade do particular, ou extroversão, e *autoexecutoriedade*, podendo a Administração Pública, de ofício, sem necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário, tomar suas medidas.

Contudo, diante da proliferação do sentido democrático e dialógico do devido processo, segundo o qual ninguém será privado dos seus bens, nem de sua liberdade, sem que antes lhe sejam resguardados direitos, como a ampla defesa e o contraditório (o que está previsto no art. 5º, LIV e LV, da Constituição de 1988), ainda há a necessidade de analisar o ato da perspectiva processual, para que a ação administrativa seja, em essência, dialógica.

TERAPÊUTICA DIALÓGICA: PROCESSUALIZAÇÃO

A chamada “terapêutica dialógica” representa uma forma de tratar dos possíveis problemas identificados no ato administrativo, preservando sua funcionalidade como paradigma de análise da ação estatal, em vez de descartá-lo.

Note-se que não são de agora as associações com termos das áreas biológicas com o Direito Administrativo, uma vez que, por exemplo, no aspecto da convalidação, a doutrina sempre se utilizou de termos como *anatomia*, *fisiologia*, *patologia* (CRETELLA JUNIOR, 2000, p. 297), sendo adotada, no presente artigo, a palavra “terapia” mais no sentido de tratar um desajuste de ordem psíquica, isto é, uma espécie de sensação de desajustamento aos valores do seu tempo (pós-moderno), do que uma patologia na estrutura propriamente dita do ato.

“Dialógica” implica tratar as manifestações de autoritarismo ou unilateralidade por meio da intersubjetividade proveniente do diálogo. Trata-se de dimensão que é exposta de forma magistral por Paulo Freire, pois abrir-se ao diálogo não representa simplesmente dar oportunidade para o Outro se manifestar, mas se trata de um gesto de profundo respeito à dignidade das pessoas, conforme se extrai do seguinte excerto: “Como posso dialogar, se alieno a ignorância, isto é, se a vejo sempre no outro, nunca em mim? Como posso dialogar, se me admito como um homem diferente, virtuoso por herança, diante dos outros, meros ‘isto’, em quem não reconheço ‘outros eu’? Como posso dialogar, se me sinto participante de um gueto de

homens puros, donos da verdade e do saber, para quem todos os que estão fora são “essa gente”, ou são “nativos inferiores”? Como posso dialogar, se parto de que a pronúncia do mundo é tarefa de homens seletos e que a presença das massas na história é sinal de sua deterioração que devo evitar? Como posso dialogar, se me fecho à contribuição dos outros, que jamais reconheço, e até me sinto ofendido com ela? Como posso dialogar se temo a superação e se, só em pensar nela, sofro e definho? (FREIRE, 1987, p. 80)”.

Ressalte-se, pois, que o problema da falta da dialogicidade deve ser lembrado também da perspectiva de sensibilização das autoridades administrativas que editam os atos, pois de nada adianta adaptar o ato administrativo à concepção democrática e dialógica, e os agentes públicos continuarem encastelados em suas verdades, isto é, sem admitir que os cidadãos-administrados possam ter pretensões legítimas e bem fundamentadas.

O primeiro passo da terapêutica representa levar a sério, com todas as consequências, o fato de que o ato administrativo faz parte de um contexto procedimental. Ora, a Administração Pública democrática é aquela que age segundo regras preestabelecidas e, no itinerário da instauração de um procedimento até o ato administrativo final, deve haver inúmeras oportunidades de interlocução, não só com os interessados, mas até com participantes, caso haja importantes interesses coletivos envolvidos.

Assim, evita-se que a Administração Pública surpreenda o particular com atos que lhe restrinjam a liberdade e propriedade, sem lhe garantir a oportunidade de se defender. Essa dimensão procedimental, apesar de decorrente das garantias constitucionais, só foi incorporada ao ordenamento infraconstitucional, de forma genérica, a partir da edição das leis de processo administrativo no final da década de noventa, sendo paradigma relevante a lei federal: Lei nº 9.784/99.

Ademais, a terapêutica do consenso no concernente à imperatividade significa que a Administração Pública não pode criar determinações estatais sem que haja acordo

intersubjetivo quanto ao seu conteúdo, isto é, por meio de medidas que não sejam legítimas ou que se afastem do que determinada sociedade valora em um dado espaço e tempo como digno de restrição, mas é leviano supor que o Poder Público deva entrar em acordo com o particular sobre o quanto ele acha justo que sejam restringidos os exercícios dos seus direitos individuais, *in concreto*, em nome do interesse coletivo, uma vez que o particular tenderá a defender ao máximo o seu patrimônio e liberdade, no sentido de evitar que sofram quaisquer limitações, mesmo diante do mais legítimo interesse social.

Ora, não é o fato de o Código Civil novo não ter repetido na figura do ato jurídico, que justifica o mimetismo irrefletido desta decisão no universo do Direito Administrativo, na busca em substituir manifestações unilaterais por “negócios jurídicos”. Não é toda ação estatal que pode ser consensual; basta refletir que poucos espontaneamente pagariam impostos, concordariam em ter imóvel expropriado em nome da realização de uma obra pública ou em terem atividades lucrativas restringidas, se a ação administrativa dependesse exclusivamente do consenso com o destinatário do ato.

Mesmo nas situações de ajustes de condutas, nas quais há espaço para negociação, não entendemos que é o fato, por si, do acordo que gera maior adesão; claro que o diálogo tem seus pontos positivos, mas em muitos dos casos é a sanção que aumenta gradativamente em caso de descumprimento do trato, o que na prática faz com que o particular cumpra o acordado.

Por isso, diante de manifestações de extroversão do poder estatal, deve-se resguardar o contraditório, isto é, a dialogicidade, da seguinte forma: fornecendo ao interessado a oportunidade de se defender e auxiliar a Administração na melhor delimitação da realidade, mas, uma vez constatado que há um motivo adequado para a edição de ato administrativo, o particular deverá se submeter às medidas administrativas, desde que sejam proporcionais às finalidades de proteção dos interesses coletivos.

Como bem assevera Juarez Freitas (2011, p. 161), não adianta tentar se apoiar no consenso tão somente como forma de dar suporte a uma conclusão irracional, devendo haver *razões fortes* a favor da conveniência da manutenção do consenso.

Depois, a autoexecutoriedade do ato administrativo é atributo que depende de expressa previsão legal ou de uma situação de urgência que justifique a medida, não sendo encontrável em todo e qualquer ato da Administração, havendo atos cujos efeitos o particular deseja, como os atos negociais, e ainda atos materiais, que não têm efeitos jurídicos.

A dialogicidade é, portanto, resguardada no caso de ao interessado no processo administrativo serem assegurados a ampla defesa e o contraditório, sendo este último substancial e não apenas material. Contraditório substancial implica que, ao ter oportunidade de se defender, o particular-interessado poderá produzir suas provas e argumentos, que deverão ser levados em consideração em motivação fundamentada da Administração Pública (o chamado *Recht auf Berücksichtigung*, cf. NOHARA; MARRARA, 2009, p. 62).

Parece simples, mas, na prática, são inúmeras as manifestações arbitrárias exaradas em atos administrativos mal fundamentados e que, após a manifestação do particular, ele se depara com respostas distantes e reticentes, dando-lhe a sensação de que, por mais que tenha levantado documentos e argumentos consistentes, estes não são levados seriamente em consideração no momento da análise do recurso administrativo ou mesmo de sua defesa.

Já do ponto de vista dos participantes (comunidade), a dialogicidade pode ser garantida por mecanismos como a consulta pública, quando a matéria do processo envolver interesse público, ou na realização de audiência pública, diante da relevância da questão (conforme os artigos 31 e 32 da Lei nº 9.784/99), ou, ainda, por outros meios de participação dos cidadãos-administrados, diretamente ou por meio de associações legalmente constituídas.

A democracia deve ser vista como um processo que se aperfeiçoa na prática. Por conseguinte, conforme os participantes forem sentindo que as suas opiniões acabam influenciando a Administração Pública, dentro da noção de persuasão racional (consenso que se baseia na força dos argumentos apresentados), eles acabam se interessando mais pelas questões coletivas.

Neste ponto, a consensualidade atinge sua expressão mais legítima, relacionada com a construção de medidas estatais *bottom-up*, isto é, de baixo para cima, sendo estas sim mais eficazes, porquanto mais aptas a obtenção da colaboração espontânea dos cidadãos.

A processualização do agir administrativo é um remédio apto a combater o autoritarismo das manifestações unilaterais da Administração, sem a necessidade de se excluir o caráter de imperatividade dos atos administrativos, dando ao agente público a possibilidade de abrir os canais de interlocução comunitária antes da tomada da decisão.

Mas a racionalidade do ato é diferente da racionalidade do ajuste ou contrato, pois enquanto este último envolve a participação espontânea de eventuais interessados em firmar negócios com a Administração, no ato há, em diversos dos casos, uma medida final de um processo que tem potencial de ser tomada contra a vontade do particular, desde que seja consentânea com os interesses públicos primários racionalmente justificados.

CONSENSUALIDADE: DA DIALOGICIDADE AO SIMULACRO DE CONSENSO

São variados os usos da palavra consensualidade, que guia a proposta da “terapêutica dialógica”, pois da expressão consenso podem ser extraídos variados sentidos. Assim, fala-se em consensualidade de dada política pública, se ela se afina aos interesses de determinada sociedade, contextualizada historicamente, havendo também um sentido privatístico fornecido ao consenso.

Diz-se, no direito privado, que negócios jurídicos consensuais são os formados pela vontade das partes, sendo ainda comutativos

os que lhes asseguram vantagens recíprocas. Contudo, conforme visto, nem sempre o Poder Público se manifesta pela prática de negócios consensuais, pois muitos dos interesses públicos tutelados pelo Estado são *res extra commercium*, motivo pelo qual, por exemplo, decidiu-se (REsp em MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 3.3.2006) que a arbitragem só pode recair sobre matérias que envolvam direito público disponível, isto é, de natureza contratual ou privada.

No caso dos ajustes que o Estado irá celebrar, sejam eles contratos ou parcerias, houve efetivamente uma modificação na forma como o Estado se relaciona com a iniciativa privada. Esta mudança não decorreu simplesmente da vontade maior de o Estado dialogar com a iniciativa privada, numa voluntária postura menos autoritária, mas é produto direto das transformações na estruturação material da sociedade e do Estado brasileiros.

Apesar de o Estado ter se agigantado em suas missões constitucionais, sobretudo após a Constituição de 1988, não se pode negar que, com o fim da Era de Ouro (BUCCI, 2002, p. 1), que foi vivenciada nos trinta anos após a Segunda Guerra, a economia mundial foi abalada com os dois choques do petróleo e as burocracias em expansão foram refreadas com metas de ajuste fiscal.

Assim, houve dois movimentos contrários: se, por um lado, sempre cresceram as importantes missões do Estado, também sob a égide dos desafios da democracia, por outro lado, ele se deparou com a necessidade de diminuir os investimentos tanto no funcionalismo como em infraestrutura, o que, de algum modo, auxiliava no desenvolvimento.

Sem tantos recursos para fazer frente às incontáveis atribuições constitucionais, o Estado se vê na necessidade não apenas de unilateralmente 'chamar' a iniciativa privada para celebrar contratos, por meio de editais impessoais e distantes, mas de pensar em instrumentos jurídicos mais atraentes do que os existentes para conseguir o apoio da iniciativa privada para investir em infraestrutura, daí o pretense compartilhamento maior dos riscos no caso das parcerias público-

privadas ou mesmo a maior propensão à negociação nas fases pré-contratuais com o Poder Público.

Por outro lado, uma coisa é fazer a negociação para firmar ajustes que resguardem vantagens recíprocas, nos casos dos negócios jurídicos, e outra realidade completamente diferente é a dos atos administrativos. Nos atos disciplinares ou mesmo nas manifestações mais genéricas do poder de polícia, nas quais o Estado promove atividades de caráter sancionatório, para limitar o desenvolvimento de atividades que sejam perniciosas à coletividade, não está aberto para discussão o bem-estar coletivo em si.

Em suma, o Estado não está autorizado à livre disposição de interesses públicos primários, relacionados, por exemplo, com a saúde pública, ainda mais porque geralmente existem parâmetros, previstos em leis, que já foram discutidos sobre o que a coletividade tolera correr de risco com as atividades particulares em nome do progresso social, considerando-se os valores protegidos.

É, portanto, um verdadeiro simulacro de consensualidade, isto é, uma falsa consensualidade, do ponto de vista público/coletivo, procurar submeter interesses públicos a avenças que se dão entre a *Administração Pública*, que não tem a sua livre disposição, em função do princípio da indisponibilidade do interesse público, e *particulares*, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas.

O consenso verdadeiro é o que se obtém intersubjetivamente a partir da discussão com a coletividade, na busca pelo conteúdo mais preciso dos interesses públicos primários, desde que haja razões intersubjetivamente fortes para tanto, mas não se confunde com o consenso extraído tão somente com contratados pelo Poder Público, muito menos ainda com os destinatários de atos administrativos imperativos.

Conforme visto, a extroversão e a autoexecutoriedade devem ter previsão legal; significa dizer que a discussão consensual localiza-se mais no momento da fixação da regra ou de sua regulamentação, do que no momento da aplicação da sanção já prevista

para o caso. O diálogo que deve existir no devido processo legal é pautado na justa apreciação da margem discricionária que existe na atividade sancionatória do Poder Público, pois, se o Poder Público aplicou medida excessiva ou desproporcional à situação fática (motivo) ocorrida, ele deve adequá-la à gravidade da infração.

A autoridade não pode sancionar sem abrir o contraditório e a ampla defesa, pois estas garantias permitem que ela verifique se a gradação da sanção prevista em lei foi adequada, isto é, razoável, abrindo a defesa ao particular, dentro da concepção de devido processo. Contudo, não se quer dizer que o Poder Público deva dialogar com o particular no intuito de este se esquivar individualmente de uma sanção que a sociedade, após atingido consenso intersubjetivo, valora como necessária, levando à autoridade competente, dentro de uma conclusão irracional extraída do diálogo com o particular, à dispor dos interesses coletivos que teria por dever de ofício tutelar.

FORMAS DEGENERADAS DE GESTÃO E COOPTAÇÃO DO PODER PÚBLICO

Desde a Antiguidade clássica é dado que um governo legítimo é aquele que atua em nome de interesses coletivos ou públicos primários. De Aristóteles, expõe Bobbio (1998, p. 58), se extrai a análise de formas degeneradas de gestão pública, sendo que, a depender da quantidade daqueles que exercem o poder, haveria três degenerações qualitativas, sob classificação sêxtupla.

O exercício do poder em nome do bem estar geral - *interesse público primário* (ALESSI, 1960, p. 197) - poderia acontecer: na monarquia, se o governante fosse uma pessoa; na aristocracia, que reuniria um grupo de pessoas bem intencionadas; ou na *politeia*, caso houvesse o compartilhamento do poder com o povo. Contudo, identificava Aristóteles formas degeneradas de exercício do poder, nas quais os governantes não atuavam em nome do interesse público, mas em nome do interesse de poucos: a tirania, caso o governante fosse uma pessoa; a oligarquia, que reuniria um grupo de pessoas mal

intencionadas, isto é, que exercessem o poder tão somente para beneficiar poucos; e a demagogia, em que, apesar de os cidadãos exercitarem em tese o poder, este estaria sendo manipulado de forma distorcida, a privilegiar poucos.

Não é possível que as transformações da pós-modernidade possam eclipsar barreiras éticas tão claras e que atravessaram os tempos tornando-se imemorais pela força do conteúdo, o que nos obriga a reiterar o óbvio, mas que nem sempre é dito de forma clara: se houver *assuntos disponíveis* ou dentro da margem de discricionariedade administrativa, a autoridade administrativa, em sua atividade de gestão, pode até verificar com o particular como ele poderá colaborar para o melhor e mais adequado alcance das finalidades públicas, mas tal postura jamais deve ser confundida com 'ajustes escusos' entre autoridades administrativas interessadas tão somente em alcançar interesses públicos secundários ou mesmo em beneficiar interesses particulares no âmbito da edição de um ato que é imperativo e autoexecutório justamente porque foi engendrado por lei especialmente para proteger *interesses públicos indisponíveis*.

A busca da consensualidade, no sentido da legitimidade de uma conduta do Estado, perpassa pela discussão pública ou por razões fortes, para que haja persuasão. Mas não se deve confundir discussão pública e consenso, no sentido de maior legitimidade, com simples 'ação acordada' com setores interessados. Estes devem ser ouvidos, para que haja diálogo, mas a preocupação central da cidadania depende da construção de espaços públicos imparciais, para que o foco do consenso gravite também e principalmente em torno dos interesses públicos primários.

O Brasil é um país no qual segmentos econômicos fortes têm poder de cooptar e influenciar o Poder Público, havendo empresas que têm expressão econômica maior do que verdadeiros Estados nacionais, tendo condições técnicas, econômicas, financeiras e políticas, de produzir contradiscursos interessados (lucrativamente) no intuito de forjar o conhecimento, isto é, a ciência e a

pesquisa, disseminando versões interessadas nos meios de comunicação (BECK, 2010, p. 325-326). Se o exercício da função pública for degenerado, haverá prejuízo ao bem-estar de toda a coletividade.

Essa tendência do Direito Administrativo Contemporâneo em tornar indistintas as fronteiras entre interesses públicos e particulares pode até ser sedutora, pois realmente há casos em que, por exemplo, se fala em interesse individual indisponível, categoria intermediária, cinza ou vaga; mas poucos dizem que ela também não deixa de oferecer sérios riscos do ponto de vista coletivo.

Infelizmente, podemos enxergar que, caso tal movimento se torne irrefreado, quando houver a dissolução das últimas certezas sólidas que nos foram legadas por algumas das conquistas civilizatórias da humanidade, como a valorização da dignidade humana, a preocupação com o bem-estar social e a necessidade de construção de espaços públicos transparentes e não excludentes, e o acirramento dos valores capitalistas hegemônicos enfraquecerem de vez a missão solidária do Estado, arrastando tais resquícios pelas correntes coletivas de ceticismo e individualismo, num contexto de *moi d'abord* ("eu primeiro"), os mesmos sujeitos destruidores, que se envolvem em uma atmosfera 'despretensiosa', acionarão suas estratégias para reconstruir o que resta a partir de suas mais imediatas conveniências, no cenário da "luta de todos contra todos" (nos dizeres de Hobbes), no qual será "cada um exclusivamente para si". Dentro deste contexto, de exclusão, o consenso voltará a ser a "razão" (que não se duvide: traduzida nos interesses) do mais forte.

CONCLUSÕES

A proposta do presente artigo foi alertar dos riscos e benefícios da pretensão de os cultores do Direito Administrativo Contemporâneo simplesmente tentarem se desfazer de alguns importantes institutos, acusando-os de ultrapassados. O ato administrativo é um destes institutos que está

em mira, por isso fala-se em "crise de identidade".

Tendo em vista o fato de que a teoria do ato administrativo possui diversos pontos positivos - pois ela foca na atuação administrativa, fornecendo um repertório útil para o seu controle, com formulações importantes, a exemplo da teoria dos motivos determinantes e do desvio de poder, para evitar ações estatais de mero favorecimento de interesses particulares ou próprios -, o artigo sugeriu uma "terapêutica", para o possível tratamento de um instituto ainda bastante funcional.

A principal causa da "crise de identidade" do ato administrativo é a acusação de autoritarismo. Quanto a este aspecto, identifica a doutrina, no geral, que o caminho da "cura" é o consenso, isto é, o diálogo, daí a denominação "terapêutica dialógica".

No entanto, consensualidade é um termo plurissignificativo, cujo sentido tanto pode estimular *conteúdos emancipatórios*, isto é, que contextualizem o ato dentro de um processo no qual sejam resguardados o contraditório e a ampla defesa, sendo possível a realização, se houver interesse social que justifique, de audiências ou consultas, para que as medidas estatais tenham um melhor grau de legitimidade, diante do que a sociedade valora, num dado momento, como digno de proteção, daí porque a processualização é um dos principais remédios da terapêutica, como tanto pode haver um *simulacro de consenso*.

Finda-se o presente artigo com o seguinte alerta: não se deve confundir a consensualidade intersubjetiva em um contexto democrático, no qual a sociedade deve ser instada a participar para influenciar as decisões do Estado, na busca de boas razões para as ações estatais, com o simulacro de consensualidade, isto é, o consenso obtido nas negociações de interesses disponíveis, em que existem duas ou mais partes que tentam extrair o máximo de vantagens de determinada avença, sem que se pondere o interesse da coletividade, pois as prerrogativas dos atos administrativos são instrumentais à realização dos interesses públicos primários, que

justificam, aliás, a existência de um Estado legítimo.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3.ed. Milão: Giuffrè, 1960.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas do direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *The individualized society*. Oxford: Polity, 2001.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 10.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição pelo golpe de Estado institucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Atlas, 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____; RIBEIRO, C. V. A. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2009.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 39, p. 132-144, abr./jun. 2002.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A Era do Vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2005.
- LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.
- MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

Artigo convidado

Recebido em: 06.03.2012.

Aceito para publicação em: 06.03.2012.