

PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO NO MANEJO DE SOLUÇÕES CONSENSUAIS DE CONFLITOS PELO ESTADO

Bruno Grego-Santos¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A adoção do consenso na solução de conflitos da Administração Pública. 3. Os riscos do recurso às soluções consensuais de conflitos. 4. Condicionamento da postura administrativa e prevenção da corrupção. 5. Conclusões. Referências.

1. INTRODUÇÃO

De modo no mínimo curioso, a análise da conduta dos gestores públicos no Brasil muitas vezes principia pela presunção de desvio. Esta circunstância demonstra que, ao mesmo tempo em que o pensamento comum acerca das raízes da corrupção é equivocados, equivocadas também são as medidas adotadas para coibir tais condutas.

No direito administrativo contemporâneo, um dos temas que mais atrai a resistência dos puristas é a adoção de soluções consensuais de conflitos pela Administração Pública. Ao lado de tantos argumentos baseados em concepções equivocadas acerca da suposta supremacia e da indisponibilidade do interesse público, de um hipotético regime de legalidade estrita, quebra de impessoalidade e tantas outras oposições, há os que sustentam que a adoção de soluções consensuais de conflitos no âmbito estatal constituiria verdadeira porta para a corrupção.

De pronto nos posicionamos pela absoluta essencialidade das medidas de solução consensual de conflitos para a legitimidade da

¹ Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com estágio de doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e intercâmbio acadêmico na University of Notre Dame Australia. Advogado. Professor da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Procurador Municipal licenciado. Conselheiro da OAB Maringá. Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública e delegado brasileiro na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Urbano – UNHabitat III. Pesquisador do Centro de Estudos em Direito Administrativo e Urbanístico da Faculdade de Direito da USP. Membro do Grupo de Discussão Comparative Administrative Law Initiative da Yale Law School e membro acadêmico da Procurement Law Academic Network. Venceu o VII Prêmio Inovare na categoria Advocacia, a Laurea Acadêmica da Universidade Estadual de Maringá e a menção honrosa do II Prêmio Francisco Cunha Pereira Filho. bruno@gregosantos.com.br.

Administração Pública contemporânea. No entanto, não se pode sustentar que a solução negociada de conflitos – como qualquer outra atividade da Administração – seja imune a riscos e, portanto, o tema merece enfrentamento, o que se propõe no presente artigo.

É de se destacar que, como premissa investigativa, adota-se a hipótese de que a prevenção à corrupção nos programas de solução consensual de conflitos do Estado não reside em controles formais e procedimentais, mas sim na transformação profunda da postura administrativa, como este autor já teve a oportunidade de sustentar em diversos outros trabalhos (GREGO-SANTOS, 2015; GREGO-SANTOS, 2014-A; GREGO-SANTOS, 2014-B; GREGO-SANTOS, 2014-C).

Trata-se, no entanto, de um tema prospectivo, que nos apresenta mais perguntas que respostas. É o que se desenvolve a seguir.

2. A ADOÇÃO DO CONSENSO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O estudo dos novos paradigmas que a contemporaneidade imprime à Administração Pública se apresenta como um caminho composto por movimentos e tendências que, apesar de não ser linear, permite perceber convergências (GREGO-SANTOS, 2015, p. 71-73).

Nesse sentido, partindo de um câmbio pós-positivista que evolui da vinculação da Administração Pública à lei para a obediência ao direito (CASSESE, 2004, p. 8-10), pode-se perceber a crescente processualização dos mecanismos de tomada de decisão estatal, em um movimento que gradualmente abandona posicionamentos adotados por ato unilateral em favor de soluções construídas dialogicamente com os interessados (MEDAUAR, 2008, p. 405-419).

Essa evolução denota uma mudança essencial no entendimento acerca do interesse público, abrangendo especialmente a titularidade e o método para a sua definição. Assim como na passagem do ato para o processo administrativo, a nova visão acerca do interesse público implica no reconhecimento de que a Administração Pública não detém a prerrogativa de – sequer a legitimidade para – definir unilateralmente o que seria o interesse público a ser promovido por si, mesmo porque o estado atual da sociedade implica na multiplicidade de interesses aos quais pode ser aposto tal rótulo e aplicada a proteção dele consequente (MARQUES NETO, 2002, *passim*). A boa gestão desses interesses públicos, com vistas à

melhor realização possível dos misteres estatais, passa a ser vista como um direito que assiste ao cidadão, fazendo surgir a figura do direito fundamental à boa administração pública (BOUSTA, 2010, p. 461-469).

Diante de todo esse cenário de transformações axiais, verifica-se que a realização desse novo interesse público – ou desses novos interesses públicos –, em busca da realização do direito fundamental à boa administração pública, demanda um ferramental que não está plenamente à disposição da Administração Pública pela simples aplicação das figuras tradicionais contempladas pelo direito administrativo. Surge, assim, o recurso às formas tipicamente privadas, especialmente em matéria contratual, que abrem caminho para um relacionamento mais próximo entre entes públicos e particulares (ESTORNINHO, 1999, *passim*).

Essa aproximação vem cumprir um papel curativo do distanciamento observado nas relações entre o Estado e suas bases de legitimação democrática. Esse movimento de reaproximação se fia grandemente na busca pelo aprofundamento das relações entre os entes estatais e os cidadãos, abandonando-se os velhos posicionamentos marcados pela oposição público *versus* privado em favor da postura cooperativa em busca da realização dos interesses públicos legitimamente definidos.

Ocorre, no entanto, que o potencial transformador desses novos paradigmas não tem sido realizado em sua plenitude. Pelo contrário, esse novo cenário é gravemente ameaçado por uma tendência contraditória a todos os elementos evolutivos expostos: o comportamento da Administração Pública brasileira é marcado por uma crescente judicialização das relações entre os entes estatais e os cidadãos, ao ponto em que a Administração Pública se caracteriza, hoje, como o maior litigante no judiciário nacional (BRASIL, 2012). A situação posta reclama, portanto, por uma nova postura da Administração Pública, voltada à crescente adoção de métodos consensuais de solução de conflitos.

Posicionamo-nos, portanto, por revelar-se como instrumento ótimo à superação do distanciamento entre Estado e sociedade – decorrente grandemente, como sustentado, da sobrejudicialização de suas relações – a consolidação de uma postura de consensualidade na Administração Pública. No campo das demandas dos particulares em face da Administração – campo fértil para a judicialização exacerbada das relações –, a adoção de soluções consensuais de conflitos se revela como comportamento promissor para a promoção da proximidade entre Estado e cidadãos, colaborando assim com a

consolidação da legitimidade democrática das instâncias estatais e o resgate dos valores representados pelos novos paradigmas a vincular a Administração.

A construção desse entendimento, caracterizando a adoção das medidas consensuais de conflitos – com especial foco sobre a transação – como método preferencial de solução de contendas de que faça parte a Administração Pública, é objeto de extenso trabalho científico deste autor (GREGO-SANTOS, 2015), no qual se logrou concluir que a adoção de soluções consensuais de conflitos pelo Estado constitui corolário essencial de democraticidade na sua atuação.

Verifica-se, no entanto, que a adoção de soluções consensuais de conflitos pela Administração Pública não é livre de riscos. Dentre outros fatores – como, por exemplo, as alegações de afronta ao regime de precatórios, a suposta necessidade de controle ou a ultrapassada concepção acerca do óbice oriundo da indisponibilidade do interesse público –, o risco de corrupção na condução dos procedimentos consensuais é preocupação relevante que, sendo o mote deste artigo, é enfrentada nos tópicos seguintes.

3. OS RISCOS DO RECURSO ÀS SOLUÇÕES CONSENSUAIS DE CONFLITOS PELO ESTADO

O estudo das soluções consensuais de conflitos na administração pública, mesmo em uma pesquisa perfunctória, revela de plano a existência de inúmeras resistências fundadas nos mais diversos posicionamentos (GREGO-SANTOS, 2015, p. 153-284). Cabe aqui, portanto, proceder com análise, ainda que breve, dos diversos riscos envolvidos na adoção de soluções consensuais de conflitos pela Administração Pública, reforçando apreciação já precedida em obra anterior.

A adoção de soluções consensuais de conflitos no âmbito estatal – especialmente quando empreendida em procedimento administrativo – não repousa, como não poderia deixar de ser, livre de questionamentos legítimos. Géraldine Chavier, ao tratar da adoção de tais instrumentos pela Administração Pública francesa, destaca que a falta concreta de um litígio instalado – ou seja, a mera expectativa de litígio, – poderia ser considerada motivo insuficiente para que o acordo seja entabulado. É que, ao considerarem-se as regras de direito financeiro relativas às despesas públicas, semelhantes às vigentes no Brasil, faltaria ao litígio em perspectiva

a certeza necessária para a liquidação do pagamento que seja objeto da negociação (2000, p. 548-566).

Tal cenário poderia dar azo, ainda, a dois riscos diferentes decorrentes da solução consensual de conflitos na administração pública, cujo conhecimento é essencial para a sua prevenção. O primeiro deles, menos grave, consistiria em eventual desídia dos servidores na apuração da existência de real litígio em potencial a justificar a assinatura de solução consensual, o que poderia levar a indenizações desnecessárias e, portanto, lesivas ao patrimônio público. Nesse caso, entendemos que a processualização dos procedimentos consensuais é elemento-chave para o sucesso da prática (BRASIL, 2001).

Nesse sentido, a atuação de diversos agentes na formação do entendimento do ente estatal sobre o caso – com a combinação de pareceres técnicos e jurídicos – e a participação dinâmica de órgãos de controle interno permitiriam a mitigação desse risco, sem se descuidar, no entanto, de que os mecanismos de regularidade não prejudiquem a celeridade que constitui um dos pilares da preferencialidade das soluções consensuais de conflitos.

O segundo perigo, de maior gravidade, consistiria na atuação de má-fé dos agentes públicos no sentido de, fomentando fraudes em favor de particulares, darem origem ao seu enriquecimento ilícito (DALLARI, 2005, p. 9-26) e a danos ao erário pelo deferimento de indenizações por procedimento consensual em casos em que não se faz presente litígio em potencial a prevenir, ou ainda pelo deferimento de indenizações desproporcionais à responsabilidade da Administração. No caso de solução consensual de conflitos em contratos administrativos ou no exercício do poder de polícia, tais riscos envolveriam a dispensa indevida do particular de obrigações que efetivamente tenha de cumprir para com a coletividade.

Nesse segundo caso, a atuação dos órgãos de controle interno se faz mais relevante, junto, é claro, da processualização já abordada. Essa atuação serviria, ainda, à garantia da observância da impessoalidade-isonomia no deferimento de soluções consensuais em processos administrativos, buscando assim evitar eventuais privilégios e perseguições que poderiam ser facilitados pela maior flexibilidade com que conta o gestor público ao lançar mão de soluções consensuais de conflitos (MACHADO, 2007, *passim*).

Outro risco da consensualidade na administração pública, que se mostra menos lesivo mas, talvez, com possibilidade de maior frequência, é que a assunção direta e voluntária pela Administração

da responsabilidade pela solução de conflitos relacionados à atuação de seus agentes acabe por gerar uma maior desídia dos servidores em suas atividades diárias, que acabariam por descumprir deveres de cuidado objetivo no cumprimento de suas competências. Vislumbramos o melhor enfrentamento a este risco pela cuidadosa atenção dos entes estatais com o exercício do direito de regresso em relação aos servidores que tenham dado causa ao litígio, curando para que a apuração dessa responsabilidade se dê, tanto quanto possível, no próprio processo administrativo que culmine com a assinatura de solução consensual.

Também pode ser considerado como risco relevante, em sentido inverso aos primeiros expostos, a possibilidade de injusta responsabilização dos agentes administrativos envolvidos no processo administrativo que culmina com a solução negociada. Nesse sentido, um importante elemento a gerar resistência por parte dos representantes da Administração Pública em relação à adoção de métodos consensuais de solução de conflitos – em especial, os membros da Advocacia Pública – reside no temor de responsabilização administrativa e judicial, tanto por parte de superiores hierárquicos quanto por ação dos órgãos de controle externo (FARIA, 2009, p. 93-103).

Encontramos importante iniciativa – ainda não testada na prática, por sua recência – no art. 40 da Lei nº 13.140/2015, que determina que os agentes públicos que tomem parte no processo administrativo que culmine em solução consensual de conflitos na seara administrativa “[...] somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem”.

Verifica-se, pois, que vários riscos relevantes podem ser apurados na adoção de soluções consensuais pela Administração Pública. Conclui-se, no entanto, que o caráter prático desses riscos não implica na impossibilidade teórica de recurso da Administração às soluções negociadas de conflitos; assim como em toda atividade administrativa, os riscos existem e devem ser combatidos pelos instrumentos de controle interno e externo à disposição do Estado.

O sucesso da prática depende, pois, consideravelmente da postura dos agentes estatais que a ela se dediquem. Diante de tal cenário, o movimento final do presente artigo se dedica à investigação do papel da postura do gestor público no fomento à adoção regular

de soluções consensuais de conflitos pela Administração Pública, em exercício que se desenvolve nas páginas seguintes.

4. CONDICIONAMENTO DA POSTURA ADMINISTRATIVA E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO

Como proposto na introdução, todo o desenvolvimento empreendido no presente artigo leva a uma natural convergência do escopo de análise para o campo da postura do gestor estatal e sua importância para o sucesso das práticas de solução consensual de conflitos na administração pública.

Apesar de todos os fundamentos para a adoção de soluções consensuais de conflitos pela Administração Pública – expostos na primeira parte deste artigo –, o que se verifica é que o cenário atual se mostra consideravelmente árido a estas medidas negociadas. Assim, verifica-se que a concreta adoção de soluções preventivas aos litígios da Administração Pública ainda padece de enormes dificuldades para se consolidar.

Todo esse cenário nos leva a concluir que a Administração Pública brasileira carece de uma transformação da postura de seus gestores em direção ao acolhimento das soluções consensuais de conflitos como instrumentos a serviço da realização de sua missão institucional constitucionalmente substanciada. O movimento final deste artigo se dedica, pois, à investigação desse fenômeno, buscando formular respostas às relevantes questões que se apresentam.

A importância de tal debate se intensifica, a nosso ver, quando se discute a prevenção à corrupção em tais campos. Ora, adiantando entendimento que será edificado nas páginas seguintes, em diversos trabalhos anteriores (GREGO-SANTOS, 2015; GREGO-SANTOS, 2014-A; GREGO-SANTOS, 2014-B; GREGO-SANTOS, 2014-C) este autor se manifestou pela insuficiência de controles formais e procedimentais para a conformação da conduta do gestor público e, assim, a adoção de uma nova postura se faz necessária.

O papel da liderança e do exemplo se revela essencial para o fomento da consensualidade na Administração Pública, irradiando tal postura para toda a sociedade (SIMON, 1955, p. 15-55). Esse papel se relaciona axialmente, em nosso entender, à democraticidade da postura do gestor público.

O exercício do poder em um Estado democrático por um gestor sem intenção democrática nos leva ao “paradoxo democrático” descrito por Manuel Gonçalves Ferreira Filho, em que “a Democracia está em

toda parte, a Democracia não existe em parte alguma” (1979, p. 1-5). É dizer, apesar de profundamente permeado pelo ideal democrático, em nosso Estado, que o povo não se governa, mas simplesmente é governado. Isso nos leva a questionar a “intenção democrática dos democratas” (KEANE, 2004, p. 8-10).

Assim, a superação do “paradoxo democrático” está ligada axialmente às intenções democráticas do gestor público:

A realização da democracia possível, no grau máximo possível, exige que as instituições políticas caiam sob a direção de uma elite de origem democrática, selecionada de baixo para cima, movida pelo interesse comum (FERREIRA FILHO, 1979, p. 79).

Num sistema de separação de poderes, a questão da intenção democrática ganha corpo na medida em que, enquanto no parlamento a representação democrática é mais direta e a postura individual do representante é menos relevante, no executivo, apesar de sua vinculação aos lindes da juridicidade, a intenção do gestor pode cercear a democraticidade da atuação estatal pela sua relevância no exercício pessoal do poder. Isto explica Kelsen:

Não se deve crer, como poderia parecer à primeira vista, que a democracia da execução seja apenas a consequência da democracia da legislação e que a ideia democrática seja tanto mais satisfeita quanto maior é a abrangência do processo da execução pela forma democrática da formação da vontade (2000, p. 80).

O funcionamento satisfatório da administração democrática seria, assim, condicionado à existência de um amplo poder discricionário, mas essa discricionariedade faz com que o conteúdo democrático da atuação estatal esteja mais amplamente sujeito à intenção do gestor público. A intenção democrática pode ser delimitada, nesse cenário, como a postura do indivíduo que, fazendo parte de um sistema deliberativo posto, aceite o resultado da deliberação como vocalização do interesse público, disponibilize-se a adotar este resultado como sua vontade própria – seja ele correspondente ou não à sua vontade inicial – e comprometa-se a agir de acordo com esta visão de necessária proximidade relacional para a concretização do interesse público, de acordo com a “vontade coletiva”, num movimento de responsividade mútua (RICHARDSON, 1997, p. 349-382.).

Tratar-se-ia, portanto, do comprometimento do gestor público com o princípio da soberania popular, influenciado pelas ideias e sentimentos democráticos, tal como apreciado por Tocqueville (1945, V. I, p. 57-60, V. II, p. 303 ss.). Ocorre que, no cenário contemporâneo, a previsão e vigência de princípios já não é

suficiente a distinguir a discricionariedade do arbítrio (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDES, 2000, *passim*), e a democraticidade da atuação estatal acaba por depender profundamente da intenção democrática do gestor público (GREGO-SANTOS, 2014-B, *passim*).

Essas conclusões serão de suma importância para a análise da postura do gestor público na prevenção à corrupção nos programas de soluções consensuais de conflitos na administração pública, uma vez que, sem a sua adesão à ideia central, controles meramente formais e procedimentais são ineficazes em conter desvios na sua conduta.

Essa postura positiva e responsável da administração em relação aos instrumentos de consensualidade pode ser sintetizada num conceito de “abertura sincera” do gestor público à solução consensual de conflitos com os particulares (GREGO-SANTOS, 2014-B, p. 289). Abertura, porque a Administração deve tanto permitir o acesso dos cidadãos a processos administrativos para tanto direcionados quanto deve buscar a relação consensual com a sociedade; sincera, pois esse relacionamento há de ser pautado pela verdadeira intenção democrática de conferir consensualidade à atuação estatal, abandonando as práticas cooptativas e os desvios de finalidade.

A mudança de posturas depende assim da fixação de um referencial, de um *totem* externo, já que, no âmbito comportamental, não podemos deixar a contenção das ações do gestor público tão somente ao equilíbrio entre sua própria racionalidade, afetividade e instintividade (NARANJO, 2007, p. 65). Neste sentido, como Loewenstein sustenta,

[...] sendo a natureza humana como é, não nos cabe esperar que o detentor ou os detentores do poder sejam capazes, por autolimitação voluntária, de libertar os destinatários do poder e a si mesmos do trágico abuso do poder. Instituições para controlar o poder não nascem nem operam por si sós, visto que deveriam ser criadas de forma organizada e incorporadas conscientemente no processo do poder (1965, 149).

Como resta evidente da análise até aqui empreendida, apesar da ampla previsão no ordenamento jurídico pátrio de normas e princípios atinentes a garantir a regularidade da atuação estatal pela consensualidade, estes lindes nem sempre são suficientes à garantia de tal regularidade. Pode-se inferir, assim, que se trata de questão de fundo cultural, cuja solução ainda recebe formulações incipientes.

Para esse câmbio cultural, não basta a incorporação de técnicas e a adaptação de instrumentos; o desafio constitui-se em

modificar os próprios hábitos e rotinas da administração, bem como os sistemas de convicção e valores que vêm do próprio modelo de seleção de agentes públicos. Assim, a mudança deve ser prioridade política para o gestor, evitando que as resistências internas e a falta de consolidação de mudanças – fruto da brevidade do ciclo político-eleitoral – levem à “perda da memória” da evolução administrativa (LONGO, 2008, p. 21-22).

A preocupação com a postura do agente público e a relação desta postura com o dever de imparcialidade já há muito ocupa os estudos dos cultores do direito administrativo. Nesse sentido, interessante é a lição de Vieira de Andrade, para quem

[h]á-de ainda a lei salvaguardar a isenção dos funcionários, preferindo formas de recrutamento que facilitem a seleção (imparcial) com base no mérito (administrativo) – sobretudo nos escalões médios e inferiores –, e tomando medidas para que a disciplina partidária ou os interesses pessoais ou de grupos não afectem os serviços públicos. [...] Mas realmente importante é que se evite qualquer domínio ideológico do aparelho administrativo, o que não implica a proibição da actividade política aos funcionários (em certa medida, pelo contrário, estimula a diversidade), nem proscreeve a associação destes para defesa dos seus direitos e interesses, embora possa, especialmente nalguns setores, introduzir-lhes limitações (1966, p. 336).

Consideradas as adaptações demandadas a evitar anacronismos, discordamos respeitosamente em parte do entendimento de Vieira de Andrade. À evidência, é importantíssima a adequação da postura administrativa dos agentes dos escalões de execução; no entanto, entendemos que o campo mais promissor para a transformação da postura administrativa visando à concretização de uma “abertura sincera” – e à realização, assim, do projeto de “Estado Honesto” ou “Administração de Boa Fé” – reside nos estratos de planejamento, gestão e direção públicas.

Com suporte nas lições de Georg Jellinek, Hegel e António Barbosa de Melo, Ana Raquel Gonçalves Moniz expõe que “o poder do Estado de escolher e modelar os princípios e as normas que hão integrar a ordem jurídica positiva se encontra limitado por um ‘mínimo ético’, por ‘princípios primeiros’ indisponíveis para os poderes públicos” (2013, p. 33-71). Nesse sentido, o “imperativo do direito”, na fórmula de Hegel, alcançaria o seu mínimo ético na dignidade humana, valor último que vincularia toda a atuação estatal, seja do ponto de vista normativo, seja sob o prisma administrativo.

É significativa, nesse sentido, a lição de António Barbosa de Melo, para quem a autoridade administrativa deve atuar em busca

do interesse público, organizando a sua ação com vistas à realização do que lhe parecer reto (1984, p. 115). Desse posicionamento podemos extrair não somente um, mas dois sentidos possíveis para a vinculação da Administração Pública por valores éticos, como interpreta Ana Raquel Gonçalves Moniz.

Num primeiro momento, exsurge da lição de Antônio Barbosa de Melo o já consolidado posicionamento (*topos* que traria fundamento à própria autoridade estatal) de que a atuação do Estado deve ser orientada à consecução do interesse público, do bem comum, tema sobre o qual já nos debruçamos em obra anterior (GREGO-SANTOS, 2015, p. 207-247). Este primeiro aspecto ético seria carregado, pois, de uma perspectiva normativa, frente à subordinação da Administração à regra de precedência (MONIZ, 2013, p. 33-71).

Num segundo sentido, a penetração de valores na atuação estatal resultaria da “articulação privilegiada que [...] se faz sentir entre os princípios da democracia e do Estado de direito”. Tais vinculações importariam na necessária defesa de um conjunto de valores públicos na administração pública, “quer de natureza substantiva (respeito pelos direitos fundamentais, proporcionalidade, imparcialidade, racionalidade), quer de índole procedimental/processual (transparência, garantias procedimentais e processuais)” (MONIZ, 2013, p. 33-71).

À interpretação de Ana Raquel Gonçalves Moniz da lição de Antônio Barbosa de Melo destacamos uma maior ênfase ao papel da postura pessoal do agente público na realização da ética administrativa. Quando Barbosa de Melo revela a importância, para a concretização da ética pública, da atuação de seus agentes com vistas à realização do que lhe parecer reto (BARBOSA DE MELO, 1984, p. 115), concretiza-se um papel – por muitas vezes rejeitado pelos cultores do direito administrativo – da postura pessoal daquele agente na concretização do *mister* público.

Destaca-se, portanto, a importância da transição – ou conciliação (MONIZ, 2013, p. 33-71) – entre os papéis de “servidor público” e de “ator moral independente”, na lição de Mark Moore (1997, p. 294).

Domenico Sorace sustenta o argumento de que a separação entre atividades de autoridade da Administração e as demais atividades estatais seria um parâmetro adequado para a aplicação do regime jurídico público ou privado e, por fim, para a transformação da postura administrativa. Sorace o faz lembrando que o direito administrativo serve justamente à garantia do bom andamento e

da imparcialidade da Administração – princípios da Administração Pública contemplados no regime constitucional italiano –, evitando tanto privilégios quanto a ineficiência. Uma reforma administrativa, assim, não pode ser utópica nem a-histórica (SORACE, 1996, p. 381-405).

Aderimos em parte à posição de Domenico Sorace, no sentido de entender que o cerne da transformação da postura administrativa não reside em um rol específico de atribuições conferidas a cargos públicos – algo que, inclusive, já é contemplado por nosso direito administrativo –, mas sim na atuação sobre os próprios atores encarregados desses papéis. Entendemos, no entanto, que a segregação proposta inverteria os mecanismos de transformação administrativa, ao menos no caso brasileiro.

O apego a normas que instituem controles formais e procedimentais para a transformação administrativa constitui, justamente, um dos fatores de prejuízo à transformação administrativa. Como aqui desenvolvido, parece próprio do cenário cultural da Administração Pública – ou, ao menos, da Administração Pública ibero-americana – o descolamento entre a postura de gestores públicos e os movimentos de transformação administrativa expressos na Lei.

Assim, serve de pouco ou nada a instituição de medidas de transformação comportamental instituídas em normas que recorram a controles formais ou procedimentais, uma vez que a implementação de verdadeiras transformações na postura dos agentes públicos depende da sua adesão à ideia central da transformação e de seu comportamento ativo em direção à realização de tal ideia (GREGO-SANTOS, 2015, p. 269-284).

Deve-se atentar, pois, para o fato de que a evolução do direito administrativo – aqui, sob o prisma normativo – pode não passar de mera intenção (RIBEIRO, 1996, p. 342), caso não conte com a aderência dos agentes públicos e dos operadores do Direito. É o que se tem verificado em diversos casos contemporâneos, como na consolidação de garantias ao particular que, apesar de juridicamente ampliadas e reforçadas de maneira sensível pelo direito administrativo, “a prática administrativa e judicial manteve-as no nível anterior, quando não as diminuiu efetivamente” (AMARAL, 1985, p. 237-249).

Apesar de a afirmação acima – formulada por Diogo Freitas do Amaral ainda na década de 1980 – referir-se ao cenário português, o seu conteúdo poderia ser transportado sem maiores adaptações

para a realidade brasileira. Como se há visto, apesar de diversas disposições constitucionais elegerem a dignidade da pessoa humana e as garantias do cidadão como eixo central do Estado, ainda há inúmeros juristas e agentes públicos que enxergam a Administração Pública como um fim em si mesma, dotada de um mítico poder de conferir supremacia aos interesses conferidos à sua guarda, ainda que seja impossível, ou ao menos pouco provável, defini-los com precisão em todos os casos a si submetidos.

Por mais que tais circunstâncias não sejam reconhecidas, é justamente essa concepção pela supremacia e autossuficiência da Administração Pública que, com os seus profundos impactos culturais sobre o funcionalismo, por vezes abre as portas para que a prática de eventuais desvios em atos de solução consensual seja mais aceitável do ponto de vista pessoal do agente.

Destaca-se, portanto, o alerta de Rui Machete no sentido de que “mais ainda que o legislador, tem sido a prática administrativa e a jurisprudência que a aprecia, que se têm manifestado pouco sensíveis às mudanças constitucionais” (MACHETE, 1991, p. 372).

A exemplo das instituições de controles formais e procedimentais, de origem normativa, que resultaram apenas parcialmente em transformações insuficientes da postura administrativa, o direito administrativo brasileiro ostenta a Reforma Administrativa concretizada pela Emenda Constitucional nº 19/1998. O seu propósito fundamental, como destacam Sérgio Ferras e Adilson Abreu Dallari, era a “[...] substituição do antigo modelo burocrático, caracterizado pelo controle rigoroso dos procedimentos, pelo novo modelo gerencial, no qual são abrandados os controles de procedimentos e incrementados os controles de resultados” (2000, p. 77-78). Vimos, por exemplo, a elevação da eficiência à categoria de princípio constitucional explícito da Administração Pública, o que significaria “[...] que é preciso superar concepções puramente burocráticas ou meramente formalísticas, dando-se maior ênfase ao exame da legitimidade, da economicidade e da razoabilidade, em benefício da eficiência” (FERRAZ; DALLARI, 2000, p. 77-78).

Não se pode sustentar, no entanto, passados dezessete anos, uma virada de século e de milênio, que tal medida tenha surtido efeitos concretos na mudança da postura administrativa dos gestores estatais. Quando muito, obteve-se mais um parâmetro de controle formal e procedimental, a crescer-se à miríade de motivos para que a Administração Pública se torne cada vez mais uma atividade de justificação, e não de concretização.

Esse papel pouco eficiente – e, por vezes, tóxico – da preferência por mecanismos formais de conformação da Administração Pública é esclarecido por Dallari:

Formalismo é a antítese da garantia da forma. A exigência de requisitos formais para a produção de atos jurídicos visa proteger o cidadão contra abusos de poder. Já o formalismo é um meio sutil de constranger o cidadão e comprometer o livre exercício de seus direitos (2008).

O presente artigo se posiciona, portanto, pela necessidade de construção de um modelo de transformação da postura administrativa para a prevenção de atos de corrupção em programas de solução consensual de conflitos. É dizer: a adoção de controles formais e procedimentais tem se mostrado profundamente inócua do ponto de vista preventivo em tal matéria e, portanto, cabe ao Direito Administrativo sondar novos caminhos para tanto.

Esta, naturalmente, não é uma conclusão confortável nem uma sugestão de fácil atendimento; a academia, no entanto, deve sempre curar da sondagem prospectiva e, portanto, nos momentos iniciais algumas perguntas podem ser mais importantes que as próprias respostas.

5. CONCLUSÕES

Não restam dúvidas de que a adoção de soluções consensuais para os conflitos em que se envolve o Estado é medida essencial para a plena realização de missão institucional ínsita ao exercício da administração pública. Nesse sentido, não resistem a uma análise acurada as diversas resistências a esta evolução, o que se revela pela voz da literatura de vanguarda.

O posicionamento do presente artigo, no entanto, não se abstém de expor os riscos potencialmente advindos da solução consensual de conflitos na administração pública. Conclui-se, apesar disso, que o caráter prático desses riscos não implica na impossibilidade teórica de recurso da Administração às soluções negociadas para os seus conflitos; assim como em toda atividade administrativa, os riscos existem e devem ser combatidos pelos instrumentos de controle interno e externo à disposição do Estado.

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar que o risco de atos de corrupção envolvendo o manejo de soluções consensuais de conflitos pela Administração Pública – risco este presente em qualquer campo da atividade administrativa – não constitui óbice razoável para tal.

Cabe, portanto, aprofundar o estudo acerca das circunstâncias que levam ao desvio com vistas à sua prevenção ótima.

Nesse particular o presente artigo adota uma postura prospectiva. É dizer: mais do que procurar propor soluções, o trabalho tem por mirada sondar as verdadeiras origens do problema, e as relações entre os mecanismos atuais de prevenção e a ocorrência de desvios de conduta na adoção de soluções consensuais de conflitos.

É aí que se pode observar, com considerável segurança, que a adoção de controles meramente formais e procedimentais não é suficiente à prevenção da corrupção em programas de solução negociada de conflitos. Ora, na medida em que o conteúdo da atuação estatal é essencialmente determinado pela postura do agente público, o objetivo das medidas preventivas deve ser buscar a adesão dos agentes públicos ao ideário de uma administração honesta, uma vez que garantir formalismos é meramente formalizar garantias.

Revela-se necessária, portanto, efetividade.

Verifica-se que o sucesso da adoção de soluções consensuais de conflitos pela Administração Pública só pode ser obtido por postura proativa da Administração em relação aos instrumentos de consensualidade ou, na expressão cunhada, pela "abertura sincera" do gestor público à solução consensual de conflitos com os particulares. Essa postura se revela, no entanto, passível de transformação, o que desperta a possibilidade de consolidarem-se as práticas sistemáticas de transação extrajudicial na administração pública.

Os diversos caminhos para a conformação da postura administrativa ainda se deitam diante de nós, encobertos pelas brumas que antecedem ao fenômeno do conhecimento. Resta aberta, portanto, a via para que tais sondagens sejam empreendidas pela literatura e convertidas em prática, com a recomendação de que, suportando-se na experiência anterior, guardemos o foco sobre a intenção democrática do gestor público, em vez de deitar fé sobre controles que, por vezes, só servem à ocultação da burla.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. A Evolução do Direito Administrativo em Portugal nos últimos dez anos. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 80, p. 237-249, jan. 1985.

BARBOSA DE MELO, Antônio. Introdução às formas de concertação social. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 60, p. 115, 1984.

BOUSTA, Rhita. *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*. Paris: L'Harmattan, 2010.

BRASIL. CONSELHO Nacional de Justiça. *Os 100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2012.

_____. TRIBUNAL de Contas da União. Consulta nº 007.425/2000-3. Rel. Min. Guilherme Palmeira. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 24 jan. 2001.

CASSESE, Sabino. *Corso di Diritto Amministrativo: Istituzioni di Diritto Amministrativo*. V. I. Milano: Giuffrè, 2004.

CHAVRIER, Géraldine. Réflexions sur la transaction administrative. *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, n. 3, p. 548-566, mai.-jun. 2000.

DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, a. 3, n. 9, p. 9-26, jan.-mar. 2005.

_____. Formalismo e abuso de poder. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 16, out.-dez. 2008.

EASTON, Peter. Sênégala: Fonctionnement de la démocratie à la base. *Notes CA*, Paris, Banque Mondiale, n. 16, p. 3, jan. 2000.

ESTORNINHO, Maria João. *Fuga para o Direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

FARIA, Roberto Gil Leal. Por que são efetivados poucos acordos nos Juizados Especiais Federais? *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 93-103, 2009.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 77-78.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1979. P. 79.

FOUGÈRE, Louis. *La fonction publique*. Bruxelles: Unesco, 1966. P. 336.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDES, Tomas-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madri: Civitas, 2000.

GREGO-SANTOS, Bruno. *Transação extrajudicial na administração pública*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

_____. Advocacia Pública e Combate à Corrupção: Introdução. In: GREGO-SANTOS, Bruno; CARVALHO NETO, Joaquim Mariano Paes de; BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSO, William. (Org.). *Temas Avançados da Advocacia Pública IV: Advocacia Pública e Combate a Corrupção*. Curitiba: ESAPR, 2014. P. 9-24.

_____. Intenções Democráticas: A postura do gestor público como condicionante à concretização da democracia substantiva. In: CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; STELZER, Joana; BIRNFELD, Liane Francisca Hüning. (Org.). *Direito e Administração Pública I*. São Paulo: Conpedi, 2014. P. 272-298.

_____. Controle Social e Responsividade dos Orçamentos Públicos. In: GREGO-SANTOS, Bruno; CARVALHO NETO, Joaquim Mariano Paes de; BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSO, William. (Org.). *Temas Avançados da Advocacia Pública IV: Advocacia Pública e Combate a Corrupção*. Curitiba: ESAPR, 2014. P. 121-176.

KEANE, John. *Democracy: the rule of nobody?* Berlin: Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, 2004.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1965.

LONGO, Francisco. Introducción. Los directivos públicos ante los retos de la gobernanza contemporánea. In: LONGO, Francisco; YSA, Tamyko (eds.). *Los escenarios de la gestión pública del siglo XXI*. Barcelona: Bellaterra, 2008. P. 21-22.

MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. *Revista Forum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, a. 5, n. 28, jul.-ago. 2007.

MACHETE, Rui Chancerelle de. *O processo administrativo gracioso perante a constituição portuguesa de 1976*. Lisboa: Fundação Oliveira Martins, 1991.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. Administração pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. P. 405-419.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Direito, ética e Estado: Brevíssimas reflexões em diálogo com Barbosa de Melo. In: CORREIA, Fernando Alves; SILVA, João Calvão da; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos; CANOTILHO, Joaquim José Gomes; CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*. Coimbra: Almedina, 2013. P. 33-71.

MOORE, Mark H. *Creating public value*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

NARANJO, Claudio. *Cambiar la Educación para Cambiar el Mundo*. Barcelona: La Llave, 2007.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996. P. 342.

RICHARDSON, Henry S. Democratic intentions. In: BOHMAN, James; REHG, William (eds.). *Deliberative democracy: essays on reason and politics*. Cambridge: MIT, 1997. P. 349-382.

SIMON, Yves. *Philosophie de le gouvernement démocratique*. (Filosofia do governo democrático / trad. Edgard Godói de Mata-Machado). Rio de Janeiro: Agir, 1955.

SORACE, Domenico. Come rifare la pubblica amministrazione italiana e il suo diritto? *Diritto Pubblico*, Padova, a. 2, n. 2, p. 381-405, mai.-ago. 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. New York: Vintage Books, 1945.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. A imparcialidade da Administração como princípio constitucional. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 50, p. 219-246, 1974.