

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL - PUCRS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO

MARCIANO COLPO

**A CONSENSUALIDADE COMO COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NA PRESTAÇÃO
DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Porto Alegre

2011

MARCIANO COLPO

**A CONSENSUALIDADE COMO COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NA PRESTAÇÃO
DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Dissertação apresentada como requisito final
para obtenção do título de Mestre em Direito
pelo Programa de Pós-Graduação da
Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
Orientador: Prof. Dr. Adalberto de Souza
Pasqualotto

Porto Alegre

2011

Marciano Colpo

**A CONSENSUALIDADE COMO COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NA PRESTAÇÃO
DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

Dissertação apresentada como requisito final
para obtenção do título de Mestre em Direito
pelo Programa de Pós-Graduação da
Faculdade de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em ____ de _____ de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Dedico esta obra à minha esposa Luciana, companheira nas principais etapas de minha vida, em especial pelo incentivo e apoio ao longo deste trabalho.

A minha pequena Laura, agora nascida, pelo incentivo no cumprimento dos prazos, pois o marco de tempo era o ventre da mamãe crescendo.

Luciana e Laura, meus eternos amores.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela Vida;

Aos meus pais, Darci e Derceli Colpo pelo carinho, educação e exemplo de vida;

À minha esposa Luciana, pelo apoio;

Ao IDC pelo incentivo;

Ao meu Orientador, Prof. Adalberto Pasqualotto, pelo auxílio e confiança;

À PUC/RS, nas pessoas de seus professores, em especial à Prof.^a Regina Ruaro;

A todos meus professores da graduação e especialização, em especial à Prof.^a Letícia Loureiro Corrêa.

RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de utilização de mecanismos consensuais como forma de composição de conflitos envolvendo a Administração Pública na Prestação de Serviços Públicos. Para tanto, inicialmente, serão estudadas as várias formas de prestação de serviços públicos utilizadas pelo Estado. Posteriormente, será feita uma reflexão a respeito da forma autoritária da Administração Pública com a qual edita seus atos devido à observância estrita da supremacia do interesse público sobre o privado, verificando a possibilidade da relativização, ou mesmo, da ponderação deste princípio. Além disso, serão estudados os interesses da Administração Pública e suas características, bem como as espécies de interesse público e a compatibilidade entre o interesse público e o interesse particular. Por fim, chegando ao cerne do trabalho, será possível concluir acerca da possibilidade da utilização da consensualidade com o fim de dirimir controvérsias entre a Administração Pública e o particular, demonstrando as várias formas de manifestação deste instituto na Administração Pública Moderna e abordando ainda suas vantagens e desvantagens.

Palavras-chave: Prestação de serviços públicos. Usuários de serviços públicos. Conflitos entre usuários e prestadores de serviços públicos. Supremacia do Interesse Público. Consensualidade.

ABSTRACT

This study analyzes the possibility of using consensual mechanisms as a way of composition of conflicts involving the Public Administration in the rendering of Public Services. Therefore, in the beginning the different ways of rendering public services used by the State will be studied. Thereafter, we will reflect about the authoritarian way the Public Administration establishes the regulations due to the compliance of the supremacy of the official interest over the private one, verifying the possibility of the relativization, or even the weighting of this principle. Besides, the interests of the Public Administration will be studied as well as the types of public interest and the compatibility between the public and private interest. Finally, within the core of the study, it will be possible to conclude about the possibility of using the consensuality aiming at settling disputes between the Public Administration and the private sector, showing the various forms of manifestation of this institute in the Modern Public Administration and addressing also the advantages and disadvantages.

Keywords: Rendering of public services. Public service users. Requirements between users and rendering of public services. Supremacy of the Public Interest. Consensuality.

SUMÁRIO

1	1 INTRODUÇÃO	8
2	PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	12
2.1	CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO	15
2.2	PRESTADORES DE SERVIÇO PÚBLICO	19
2.2.1	Administração Pública Direta	28
2.2.2	Administração Pública Indireta	30
2.2.3	Concessionárias	37
2.2.4	Permissionária	53
3	OS INTERESSES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUAS CARACTERÍSTICAS	62
3.1	CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO.....	69
3.2	ESPÉCIES DE INTERESSE PÚBLICO.....	72
3.2.1	Interesse Público Primário e Secundário	77
3.3	INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PARTICULAR: ANTAGONISMO?	84
4	O CONSENSUALISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	96
4.1	CONCEITO DE CONSENSUALIDADE	99
4.2	VANTAGENS DA CONSENSUALIDADE	102
4.3	DESVANTAGENS DA CONSENSUALIDADE	112
4.4	UM EXEMPLO DE CONSENSUALIDADE: ESPANHA	117
4.5	A CONSTITUCIONALIDADE DA CONSENSUALIDADE	126
4.6	FORMAS DE CONSENSUALIDADE	130
4.7	A CONSENSUALIDADE COMO COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	147
5	CONCLUSÃO	162
	REFERÊNCIAS	166

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o Direito Administrativo passou por várias alterações. Inúmeras legislações foram aprovadas ou alteradas, caracterizando reformas e criação de entes como as concessões de serviços públicos, ou criação de institutos como as agências reguladoras, contratos de gestão ou parcerias público-privadas.

Tradicionalmente, a Administração Pública ao editar seus atos, devido à observância ao princípio da legalidade estrita, mostra-se, na maioria das vezes, imperativa, autoritária, agindo unilateralmente na tomada de decisões. Todavia, com a nova concepção de direito e de gestão pública, resta pouco espaço para esse tipo de administração.

Por isso, a consensualidade surge com o objetivo de trazer equilíbrio na relação entre o particular e a Administração Pública, buscando soluções mais vantajosas para ambas as partes, bem como visando à cooperação dos diversos entes da Administração Pública entre si e com particulares, dentro da premissa de conjugação de esforços comuns para realização de atividades de interesse público, cujo empenho isolado dos partícipes não tomaria viável, ou a execução isolada não traria resultados eficazes.

O sistema jurídico, por sua vez, está em constante evolução, como reflexo do aprimoramento da sociedade e por isso as alterações legislativas são proporcionais à mutação da evolução social.

Nesse contexto, abre-se espaço para uma Administração Consensual, alterando a forma autoritária e impositiva até então defendida pelo direito administrativo.

A intenção atual é de direcionamento para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, atendendo às necessidades dos cidadãos, visando à qualidade dos serviços prestados.

Destarte, a consensualidade pode ser vista como alternativa a um modelo de Administração Pública caracterizada pela unilateralidade ao exarar seus atos administrativos que refletem uma evolução necessária pela qual passa o Direito

Administrativo: um novo Direito que permite maior participação do administrado na formação do ato administrativo em contraposição ao modelo clássico calcado na noção de imperatividade. Assim sendo, tem condições de propiciar o exercício dos princípios do contraditório e da ampla defesa, e, com essa participação na formação do ato, um campo menor para controvérsias judiciais.

Neste trabalho algumas indagações deverão ser respondidas como a forma de manifestação da consensualidade na composição de conflitos entre a Administração Pública e o particular na prestação dos Serviços Públicos. Outra questão que deverá ser trabalhada é a possibilidade da consensualidade na Administração Pública colaborar para a redução da presença em demandas judiciais, quando será possível analisar se, diante de uma Administração Pública que edita seus atos de forma imperativa, discricionária, inquestionável, a consensualidade poderá contribuir para proporcionar mais equilíbrio entre a Administração Pública e o Particular.

A fim de buscar respostas a essas indagações, o trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro tratará das formas de Prestação de Serviços Públicos. Para tanto, preliminarmente, será necessário expor a conceituação de serviço público e, em seguida, delinear as diferentes maneiras pelas quais podem ser prestados esses serviços. Na sequência, verificando-se que cabe ao Estado prestar Serviço Público de forma direta ou indiretamente, será objeto de estudo a estrutura da Administração Pública que se divide na administração direta e indireta do Estado, oportunidade em que serão vistas as principais características de cada uma e como se constituem.

Por fim, considerando que a prestação do serviço público pode dar-se por meio da concessão e da permissão, que são as principais vertentes do serviço delegado, serão trazidos aspectos mais específicos atinentes à prestação de serviços por meio das concessionários e das permissionárias de serviços públicos, visando a compreender como se estabelece a relação que há entre as mesmas com o Poder Público.

O segundo capítulo analisará a supremacia do interesse público sobre o privado, objetivando constatar se é possível a atuação do instituto da consensualidade no âmbito da Administração Pública, levando em consideração o

princípio da supremacia do interesse público, ou mesmo, analisando a possibilidade de relativização de tal princípio.

É cediço que a Administração Pública, ao editar seus atos de forma a observar o princípio da legalidade, caracteriza a imperatividade e unilateralmente. Mas hoje, pensando em uma administração mais gerencial, pode abrir-se a possibilidade de ponderação entre os interesses públicos e privados.

Por isso, serão analisadas as características do interesse público e do interesse privado, conceituação e espécies, classificação entre interesses públicos, primários, secundários e coletivos e, por fim, será verificado se esses princípios são compatíveis, quando então será possível analisar se a adoção da consensualidade colaborará para trazer equilíbrio entre a Administração Pública e o particular.

Por derradeiro, o terceiro e último capítulo tratará do instituto da consensualidade na Administração Pública, cerne do presente trabalho, apresentando sua conceituação, suas vantagens e desvantagens, além da experiência da matéria na Espanha e em outros países que o utilizam em maior escala.

Sua legalidade também será abordada inclusive nas várias formas consensuais já utilizadas e que poderiam ser mais exploradas. Por fim, será estudado se a consensualidade pode ser utilizada como composição de conflitos na Prestação de Serviços Públicos e as suas diversas formas.

A metodologia de abordagem a ser utilizada neste trabalho será em primeiro lugar a dedutiva, partindo-se de argumentos gerais e buscando-se os particulares, utilizando-se de pesquisa bibliográfica que versa acerca do assunto. A dedução partirá como regra desse instituto da lógica, do geral para o particular.

O método indutivo será utilizado, em caráter acessório, tendo em vista a necessária análise de situações que já ocorreram no Direito Comparado bem como das manifestações já existentes no Brasil.

O método investigatório será intensamente utilizado para realização deste trabalho, especialmente devido à necessidade de investigação de como se manifesta a consensualidade no Direito Comparado, por meio do estudo da legislação dos países que a adotam de forma positivada. Igualmente, o método investigatório ensejará a pesquisa de como vem se manifestando a

consensualidade no ordenamento brasileiro, com apoio na investigação doutrinária e jurisprudencial.

Quanto à metodologia, como forma de interpretação jurídica, será utilizado, em especial, o método sistemático tendo em vista a investigação da matéria para se chegar à conclusão do tema, levando em conta todas as disposições contidas no ordenamento jurídico brasileiro que poderão justificar a aplicação da consensualidade em nosso País, em que pese não estar expressa de forma positivada nos textos legais e na Constituição Federal.

A técnica de pesquisa que servirá à metodologia ora aplicada será principalmente a documentação indireta: leis, decisões, pareceres, livros, artigos, revistas, boletins, jornais e *sites* da Internet. Destarte, a pesquisa será eminentemente bibliográfica e documental.

Enfim, o presente trabalho objetiva, principalmente, a refletir novas formas de Gestão Pública no que tange à Administração Pública em Juízo, demonstrando que a consensualidade oferece mecanismos de soluções de conflitos, evitando procedimentos burocráticos, demorados e prejudiciais economicamente, entre a Administração Pública e os administrados.

5 CONCLUSÃO

No mundo globalizado, junto aos avanços das novas tecnologias, a sociedade também evoluiu: seus costumes e comportamentos não são os mesmos dos últimos séculos. Novos produtos foram desenvolvidos e os serviços estão cada vez mais especializados nos diversos ramos de atividade. Conseqüentemente, o Estado também abriu mão de determinadas atividades que, até então, eram desenvolvidas por ele, pois a iniciativa privada passou a oferecer determinados serviços com qualidade, eficiência e custo-benefício mais baixos do que aqueles prestados por ele.

Com isso, surgiu a descentralização da prestação de Serviços Públicos, quando se percebeu que o Estado não conseguiria prestar serviços de qualidade em tantas áreas distintas, até mesmo atentando-se para o fato de que a Administração Pública sempre foi criticada pelos administrados devido à burocracia utilizada em suas atividades e à baixa qualidade na prestação dos serviços públicos.

Nesse sentido, foi instituído o plano Nacional de Desestatização, a fim de privatizar alguns serviços desempenhados pelo Estado como, por exemplo, telecomunicações, empresas dos setores da siderurgia, transportes, bancos, portos, entre outros misteres.

Soma-se a isso também o fato de o Poder Público deixar de investir em setores públicos tendo em vista o aumento das demandas, passando então a delegar a prestação de serviços a particulares. A partir de então, a iniciativa privada passou a ser vista como parceira da Administração Pública.

Atualmente, a prestação de serviço público se dá pela Administração Direta, ou Indireta, que deve atuar respeitando o princípio da eficiência para garantir resultados melhores e mais efetivos, trabalhando para o Estado com melhor custo-benefício garantindo também o princípio da economicidade.

Nesse contexto, a sociedade tornou-se mais exigente no que se refere à qualidade da prestação de serviços em geral, principalmente a partir do surgimento da legislação de proteção ao consumidor. Produtos e serviços são exigidos pelas diferentes classes sociais pelo preço e qualidade, não havendo distinção se o produto ou serviço é público ou privado, nacional ou estrangeiro. Tal situação resulta na celeridade e na eficiência da Gestão Pública administrativa e judicial, o

que demanda uma reformulação da concepção tradicional do princípio da legalidade, a fim de que atenda aos anseios sociais.

Em virtude do princípio da legalidade, o Estado é um dos maiores responsáveis pelo elevado número de processos no judiciário; a Fazenda Pública é uma das que está na maioria dos polos, em demandas judiciais e, na maioria das vezes, em processos idênticos prejudicando, assim, o bom andamento do judiciário.

De acordo com o princípio da eficiência e da celeridade processual, o princípio da supremacia do interesse público deve ser mais bem analisado antes de sua aplicação meramente formal, não podendo levar em consideração a simples ideia de que a Administração Pública defende os direitos indisponíveis, logo não pode transigir.

Deve-se buscar a solução dos conflitos de forma pacífica, de forma eficiente e célere, sem burocracia, utilizando-se de meios consensuais permitindo que a Administração Pública possa, por exemplo, transigir em determinados casos buscando celeridade e vantagens para o Estado e para o Particular.

A Administração pública, ao adotar a consensualidade, diante de divergência ou conflito de interesses com o particular, colabora na diminuição das ações judiciais, porquanto o consenso teria o condão de evitar as demandas cujos conflitos são de simples resolução.

Essa multiplicidade de conflitos é um fenômeno que decorre da mutação do papel do Estado, de poder separado dos sujeitos privados destinatários – conforme modelo propugnado no Estado Liberal – para um Estado interveniente – modelo do Estado do Bem-Estar Social, ao qual a Administração Pública é chamada a atuar na garantia dos direitos contidos na Constituição Federal. Assim, com o passar do tempo, multiplicaram-se as suas relações com a sociedade e, em consequência, aumentaram as hipóteses de situações de conflito.

O Estado, ao adotar institutos consensuais, estará valorizando o princípio da eficiência, pois permitiria que o cidadão atuasse nas decisões e negociações de forma mais ativa e não somente em períodos eleitorais.

A consensualidade como forma de administração é a forma mais democrática e inovadora de gestão pública, valorizando as parcerias e a colaboração em vez da imperatividade. O consenso vem para aproximar o setor público ao setor privado.

Na Gestão Pública, principalmente na prestação de serviços públicos, a consensualidade tem campo fértil de atuação, exemplificativamente, nos contratos, nos consórcios e nos convênios.

Na esfera jurisdicional, a utilização da consensualidade como composição de conflitos evitaria processos longos e desgastantes, demandas de massa, de matéria repetida e de jurisprudência consolidada. O acordo, quando bem feito, traz vantagens para o Estado como, por exemplo, em honorários advocatícios, em renúncia de juros pela outra parte, em parcelamentos, em correção monetária, em custas processuais, dentre outras conveniências.

Na esfera privada, a conciliação está por demais consolidada. Exemplo disso é a Semana Nacional da Conciliação que está em sua 5.^a edição e é uma das ações que proporciona a realização de milhares de audiências em todo o país, haja vista a concretização de expressivo número de acordos e a significativa redução do volume de processos em trâmite. O fato é incontestável. Na esfera pública, também está comprovado que é possível utilizar métodos consensuais quando há litígio entre órgãos públicos.

No Rio Grande do Sul, na Semana da Conciliação 2010, segundo dados divulgados pela Corregedoria-Geral da Justiça, foram obtidos 4.318 acordos, atingindo um índice de 25% de conciliações. Em comparação com os resultados obtidos no ano de 2009, houve acréscimo de 5.463 no número de audiências realizadas em 2010.

Pelos exemplos relatados, é cristalina a eficácia da conciliação como meio de celeridade processual e de eficácia do judiciário. O Estado não pode ficar para trás no que se refere ao progresso de novas formas de Gestão Pública e fatos que provam melhorias sociais.

Destarte, o objetivo do presente trabalho foi o de demonstrar as vantagens da consensualidade como composição de Conflitos entre particulares e Administração Pública, levando em consideração princípios constitucionais administrativos e gerais de Direito, bem como o de buscar novos mecanismos que viabilizem maior equilíbrio entre a Administração Pública e a esfera privada, diante do fato de a Administração Pública, na maioria das vezes, atuar de forma imperativa e inquestionável.

Por fim, constata-se que a aplicação da consensualidade na Gestão Pública, por meio da negociação, da conciliação, da mediação, da arbitragem e, recentemente, do ajuste de conduta, dentre outros, colaboraram para a diminuição

de demandas judiciais envolvendo a Administração Pública como parte, além de auxiliar a Administração Pública por meio de acordos administrativos, consórcios, convênios, parcerias, pactos, consultas públicas, audiências públicas, ajuste de conduta, dentre outras formas consensuais que contribuem para uma prestação de serviço mais eficaz.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C721c Colpo, Marciano

A Consensualidade como composição de conflitos na prestação de serviços públicos. / Marciano Colpo. – Porto Alegre, 2011.

146 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.
Área de Concentração: Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado.

Linha de Pesquisa: Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado.

Orientação: Prof. Dr. Adalberto de Souza Pasqualotto.

1. Direito Administrativo - Brasil. 2. Prestação de Serviços Públicos. 3. Serviço Público - Brasil. 4. Conflitos Entre Usuários e Prestadores de Serviços Públicos. 5. Supremacia do Interesse Público. 6. Consensualidade. I. Pasqualotto, Adalberto de Souza. II. Título.

CDD 341.316

341.353

Ficha elaborada pela bibliotecária Cíntia Borges Greff CRB 10/1437