
Administración pública consensual: una análisis entre el modelo burocrático y respo- sable (“gerencial”)

*Consensualism in the public administration
and the counterpoint between the burocratic and
the responsible (“managerial”) model*

Rodolfo Carlos Barra¹

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro²

-
- 1 Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas. Master en Derecho Administrativo Profundizado. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Argentina. Catedrático de Derecho Constitucional y Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Matanza. Ex Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Convencional Constituyente Nacional en 1994. Ex Ministro de Justicia de la Nación. Ex Presidente de la Auditoría General de la Nación.
 - 2 Postdoctor en Derecho Universidad Complutense de Madrid. Doctor y Máster en Derecho Económico y Social PUC/PR. Especialista en Derecho Administrativo por el IDRFB. Especialista en Derecho Empresarial PUC/PR. Profesor invitado de la Universidad de La Plata (Argentina) y Universidad de San Nicolás de Hidalgo (México). Profesor de la Universidad Tuiuti de Paraná - Brasil. Consejero Estadual de la OAB-PR. Presidente de la Comisión de Gestión Pública y Asuntos de la Administración - OAB/PR. Vice-Presidente del Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas (México). Miembro fundador del Instituto de Estudios Avanzados en Derecho Administrativo y del Instituto Brasileiro de Estudios de la Función Pública. Miembro del Instituto Paranaense de Derecho Administrativo. Miembro del Instituto Ibero-americano de jóvenes juristas. Autor de las Obras Proceso Administrativo y Control de la Actividad Regulatoria (Ed. Fórum) y Sistema de Control Interno: una perspectiva del modelo de gestión pública gerencial

Resumen: El presente artículo analiza la evolución del Consensualismo dentro de la gestión administrativa contemporánea. La estructura administrativa del Estado, calcada en la concepción de Estado Social, viene a través del tiempo sufriendo algunas inclusiones conceptuales que, lejos de separar su carácter providencialista, incrementan su contenido y vuelven su definición cada vez más compleja e impregnada de varios conceptos diferentes. Es así, que, luego de una verificación de la evolución del Estado, se hace necesaria la diferenciación entre los modelos burócrata y responsable (“gerencial”), determinando su aplicación dentro de la estructura actual de gestión administrativa y organizando su concepto. Lo que se busca con este análisis sobre consensualismo y demostración de la posibilidad de decisiones del gestor orientado al alcance del interés público, exaltando su actuación pauta para los resultados y para efectivización del principio de la eficiencia.

Palabras clave: Derecho del Estado; Estructura y Modelos de Administración Pública; Gestión Administrativa; Consensualismo. Principio de la Eficiencia.”

Abstract: This article analyzes the evolution of Consensualism within the contemporary administrative management. The administrative structure of the State, based on the conception of the Welfare State, has over time endured some conceptual inclusions that, far from its providentialist feature, add up its content and makes its definition increasingly complex and impregnated with various distinctive concepts. It is thus, that, after verified the evolution of the State,

(Ed. Fórum). Abogado socio del Estudio Pironti Advogados.

it is suggested the necessary distinction between the bureaucratic and the responsible (“managerial”) models, determining its application within the current structure of administrative management and organizing its concept. What is intended with this analysis of the consensualism is the demonstration of the possibilities of the manager’s decisions in order to reach the public interest, exalting its performance ruled for its results and for the effectiveness of the efficiency principle.

Keywords: State Law; Structure and Models of Public Administration, Administrative Management; Consensualism. Efficiency Principle.

La Edad Moderna, caracterizada por la natural evolución de la civilización occidental y el acentuado desarrollo social y tecnológico, que condujeron al proceso denominado globalización – no solo de la economía sino también de todas las facetas de la sociedad –, marca el inicio de las transformaciones del Derecho Público en el siglo XXI.

De acuerdo con Roberto Dromi, son cuatro las causas de esas transformaciones: a) la reconversión de la coexistencia entre lo local y lo global; b) la redefinición de las reglas de convivencia social; c) el reconocimiento de nuevas libertades fundamentales, y d) la reformulación de la organización de poder y de autoridad. Veamos:

1. **Reconversión de la relación de coexistencia entre lo local y lo global.** La sociedad se articula hoy sobre la base de la convivencia en las aldeas; al tiempo que permanece en un mismo lugar, apoya un pie en la aldea local e otro en la global. Los hombres poseen ahora más espacios comunes e menos fronteras. Ello se verifica en una nueva conciencia de lo que es la sociedad civil, en la mutación del concepto de soberanía, en el dominio de

la sociedad del conocimiento, en la propiedad del saber, y en la instalación de dinámicas redes tecnológicas de comunicación e información sin fronteras, que generan un hábitat de transparencia e interconexión.

2. Redefinición de las reglas de convivencia social. La sociedad contemporánea vive en la “vacilación” de las nuevas definiciones del Estado y de la formulación de nuevas certezas. El presente impele a pensar el hoy y el mañana. Precisamente es la construcción de la certidumbre la que permite debatir y negociar el diseño de la vida en conjunto, a escala global y a escala local. En efecto, la reformulación de la ecuación autoridad-libertad ha tenido por consecuencia una renovación de las condiciones en que se vinculan individuo y Estado, quienes continúan siendo los términos de la relación. No hay una alteración del papel que le toca cumplir al Estado en democracia, como organizador, como aglutinante político de la sociedad. Sin embargo, ha cambiado el modo en que se manifiestan las potestades subjetivas, los derechos de los individuos, debido a una mejor y más amplia comprensión de su dimensión humana y, por ende, social. Como natural consecuencia, el Estado debe dar respuesta a esta nueva realidad, satisfaciendo las crecientes exigencias de una sociedad que se muestra más predispuesta a la solidaridad y que reclama mayor participación.

3. Reconocimiento de nuevas libertades fundamentales. La prudencia política, refrendada por la experiencia histórica, permite sostener que no existe mejor forma de defender la libertad que instaurar el Derecho como límite del poder. Así se origina un juego pendular de controles, pesos y contrapesos necesarios para que los ciudadanos y el Estado cuenten con medios idóneos

para asegurar el equilibrio entre mando y obediencia. El titular del derecho es un hombre libre, pero su libertad tiene límites. Quien los niega se convierte en esclavo del azar, la contingencia, el libertinaje. Así como la autoridad sin límites acaba con la libertad, la libertad sin límites es muerte de la autoridad y de la propia libertad.

Los derechos fundamentales derivan de la dignidad del ser humano, destinatario último y principal de la protección del Estado. De ella emánala igualdad esencial de todos los hombres, en tanto seres que disponen de razón y que tienden a un fin propio de plenitud, por su capacidad potencial de acceder a la verdad.

4. **Reformulación de la organización del poder y de la autoridad.** En razón de las modificaciones que se han producido en el relacionamiento internacional y comunitario, y debido reconocimiento de nuevas libertades fundamentales, también es preciso reformular la conceptualización del poder y de la autoridad.

El poder político, atributo esencial de la comunidad política, es la capacidad del Estado, concebida como medio, para conseguir su meta: el bien común. Es una capacidad cualitativa y moral, imprescindible para mantener el orden, causa formal del Estado.

El orden predica obligadamente al poder y al derecho, se expresa en derecho y se organiza como poder. Poder y derecho son atributos esenciales, propios del orden, exigidos por la esencia del ser estatal. En su actuación, poder y derecho especifican una organización y un ordenamiento jurídico que explicitan las relaciones fundamentales entre el Estado y el individuo.³ (En negrita en el original)

3 DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 10. ed. Buenos Aires – Madrid:

Con la necesidad de adecuación de las normas jurídicas las situaciones cada vez más ágiles y que demandan una mayor flexibilidad del derecho y de la propia Administración Pública, se hace necesaria una reformulación del derecho administrativo y un repensar de su actuación concreta. El efecto de esta transformación recae principalmente en la tarea de hacer efectiva la ecuación política entre los derechos fundamentales del individuo y las competencias del Estado.

Definido el rótulo con que trataremos ese modelo de gestión, importa señalar que la complejidad de los temas versados en el derecho administrativo, requieren un abordaje sistémico e interdisciplinar, que comprenda los diferentes componentes que concurren para conferirle identidad.

Es así, que la reformulación de los modelos de gestión administrativa tiene, obligatoriamente, que pasar por un minucioso análisis de las normas que rigen la Administración Pública.

En este sentido las enseñanzas de Roberto Dromi:

La renovación del derecho público a comienzos del siglo XXI alcanza también, y de modo principal, al Derecho administrativo, rama del derecho público encargada de llevar a la praxis las regulaciones funcionales de la Constitución.

El Derecho administrativo del siglo XXI preserva las premisas sociológicas e históricas que le dieron autonomía dentro de la ciencia del Derecho, pero a su vez incorpora elementos que hacen a su vigencia y su especificidad contemporáneas.

El sistema jurídico administrativo es la unidad científica de los valores (la axiología administrativa del “deber ser” y el “para qué”), con las instituciones de gobierno y gestión (la ontología administrativa explicativa de las materias o el qué jurídico), el conocimiento y la comprensión del Derecho (la gnoseología administrativa), y la interpretación en el quehacer jurídico para su aplicación (la hermenéutica administrativa).⁴

Ciudad Argentina, 2004, p. 27.

4 DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 10. ed. Buenos Aires - Madrid:

Exceptuando toda evolución normal que sufrió el derecho administrativo, la noción de consensualidad surge como tendencia a la nueva Administración Pública, como medio eficaz de evolución del modelo de gestión y aplicación eficiente y justa del derecho.

La Administración Pública Moderna está marcada por el dinamismo del actuar administrativo como instrumento para acompañar las innovaciones sociales.

Se hace así fundamental, que el derecho administrativo acompañe esa natural evolución y consiga dar respuestas eficientes a los pronósticos de los ciudadanos, principalmente en la ejecución material de políticas públicas.

Es en ese contexto que surge la noción de derecho administrativo con una actuación consensual, es decir, que no dejará de hacer justicia y de guiarse de los principios constitucionales y aplicará la norma considerando el sistema en que está insertada, cuestionando su argumento y objetivo, para que pueda, en la mayoría de los casos, encontrar soluciones satisfactorias, eficientes y justas entre la Administración y los particulares inmersos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma:

O refluxo da imperatividade e a tendência reequilibradora da afirmação imemorial da coerção, são as características do Estado que se vai conformando ao influxo dos princípios mencionados, produzindo conceitos afins, como os de desestatização, despolíticação e de deslegalização.

O importante não é chegar-se a um Estado grande, pequeno ou médio, ainda porque este conceito variará de País para País, mas a um Estado suficiente. Para lograr isso é que servem esses conceitos mencionados.

Quanto ao refluxo da imperatividade, no Estado Pluriclasse reconhece-se que ela não só tem limites jurídicos, opostos a seu emprego para evitar abusos, como condicionantes políticos, para que possa ser alcançada maior eficiência administrativa.

Ciudad Argentina, 2004, p. 72.

No passado, o único limite que atuava era o moral, inspirado pelo sentimento religioso. Com o Estado de Direito, surgiu o limite da legalidade, estabelecido pela lei. Com o Estado Democrático, de feição pluriclasse, afirma-se o limite da legitimidade, dependente do consenso sócio-político.

De um lado assim, as barreiras da ordem jurídica, postas pelos padrões da lei, e, de outro, as da vontade popular, impostas, se possível, permanentemente, através da participação política. Estava feita a distinção entre a democracia clássica, voltada à escolha dos governantes, e a democracia emergente deste final de século XX, voltada à escolha de como se quer ser governado.

Essa segunda forma de participação se vai adensando nos diferentes países: tanto materialmente, conforme seu grau de amadurecimento democrático, como formalmente, na medida em que se multiplicam os instrumentos de coordenação operativa entre sociedade e Estado (associações e parcerias), na linha da consensualidade.

A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência), propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).⁵ (el subrayado es nuestro)

En este paso, la transformación del derecho se da exactamente en el sentido de que la actuación coercitiva del Estado se dará apenas excepcionalmente, o sea, cuando la consensualidad no pueda sobrepujar la imperatividad. Así, la dialogicidad debe imperar en las relaciones entre el poder público y el privado, respetados, obviamente, los principios generales del Derecho y la razonabilidad de ese consenso.

Partiendo de esa concepción “innovadora” del Derecho, es posible delinear tres puntos fundamentales, en los que la consensualidad puede ser señalada como fundamental en

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

la formatación de un repensar del derecho administrativo y del modelo de gestión administrativa brasileño.⁶

El primer punto es la utilización de la consensualidad para la creación de normas jurídicas y la adaptación de las reglas impuestas a la Administración, haciendo el modelo de gestión más eficiente y proveedor de los intereses legítimos de los ciudadanos.

El segundo aspecto relevante es el aprovechamiento del consenso en el gerenciamiento de intereses públicos, valiéndose, para ello, de formas consensuales de cooperación y colaboración.

Y, finalmente, la posibilidad de solución de conflictos por medio del consenso, de métodos alternativos de reconstitución del *status quo* anterior y de satisfacción inmediata o rápida del interés en litigio.

Es necesaria entonces, la comprensión de que la consensualidad en el derecho administrativo no quiere propiciar arreglos u opciones entre el sector público y el privado, sino, y exclusivamente, garantizar la máxima eficacia de la norma con el uso de acuerdos que se revelen más eficientes para alcanzar el interés público.

Es en ese sentido que se propone una nueva orientación⁷, complementar a la noción burocrática, de la Administración

6 Diogo de Figueiredo Moreira Neto trabaja esta idea bajo la expresión “tipología de la consensualidad” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001).

7 Esa nueva orientación tuvo su respuesta “en la teoría sistémica, que dicho sea de paso es un viento que sopla sobre todo el pensamiento científico, sea en la Física, en la Biología, en la Administración o en el Derecho. Son postulados de esa teoría, como ya se ha visto, el énfasis en conexiones, la relatividad y la incertidumbre, remarcándose, porque más interesantes para el tema en foco, la flexibilidad, la interdisciplinaridad, la complementariedad y la idea de finalidad. En la Administración, como alternativa para transformación del modelo burocrático, la teoría sistémica pasó a llamarse gerencial, por simple influencia del lenguaje del neoliberalismo. Prueba de ello es el constante

Pública, con vistas a la eficiencia y flexibilidad en la gestión administrativa.

Ante esta nueva propuesta de gestión, se puede afirmar que, en contraposición al modelo burocrático, en el cual existe una estructura administrativa centralizada y rígida, preocupada en atender los reglamentos y procedimientos administrativos y con desempeño medido por la observancia estricta de normas legales; el modelo gerencial pretende una descentralización política y administrativa, transfiriendo recursos a niveles regionales y locales y dotando de autonomía de decisión a administradores responsables en sus respectivas regiones. Del mismo modo, pretende una organización administrativa con pocos niveles jerárquicos, guiada por la confianza limitada y con control de resultados (obviamente que resultados óptimos de atención al interés público, pues no se puede reducir el Estado a mero cumplidor de metas, ya que el interés público es mucho más complejo que eso), retirando de la Administración Pública el sentido auto-referencial y orientándose a la atención de las necesidades del ciudadano.⁸

Se nota, por lo tanto, que la estructuración del modelo gerencial está orientada a la búsqueda incondicional y la realización máxima de la eficiencia administrativa,⁹ ya

uso, en el lenguaje gerencial, de conceptos propios de la teoría sistémica, como ambiente, flexibilidad, relación proceso-resultados, complementariedad, etc." (MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária a flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

8 PEREIRA, Luis Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 47, v. 120, n. 1, jan./abr. 1996, p. 11-12.

9 No pretende decirse con ello que el modelo burocrático no tiene como objetivo realizar la eficiencia administrativa, ya que en su esencia toda actuación administrativa objetiva la eficiencia, sino que el modelo burocrático necesita realizar de forma vinculada algunas conductas para alcanzarla legítimamente y en eso diverge del modelo gerencial.

que guía el control de resultados en el sentido de calidad, cantidad, economicidad y oportunidad y, además, centra su actuación en la satisfacción precípua del “*ciudadano-usuario*”.¹⁰

La propuesta del modelo gerencial es, pues, de horizontalización¹¹ de las relaciones entre poder público y ciudadano.

Obsérvese que el modelo gerencial y la tendencia de innovación en la gestión de la Administración Pública aún son muy recientes, iniciando sus prácticas en la tentativa de reducir los costos y estimular la productividad y pasando a una descentralización de los servicios¹² en busca de una

10 “La calificación del usuario (no cliente, como tratado en el lenguaje del neoliberalismo) como ciudadano es un dato importante, porque trae implícita la idea de su participación en el planeamiento, ejecución y control de la Administración Pública, participación que es facilitada a medida que los núcleos de decisión se le hacen más próximos, por medio de la descentralización, de la regionalización y de la municipalización.” (MOREIRA. *Direito administrativo: da rigidez autoritária a flexibilidade democrática*, p. 155).

11 “La estructura que, en forma de pirámide, es el símbolo de la administración burocrática, pasa a la simple condición de medio auxiliar. En la condición de medios, también, son efectivamente situados los recursos humanos, si bien que de manera privilegiada, ya que el funcionario no pierde su calidad de ciudadano. Sus derechos y garantías son vistos, en la nueva teoría, como subsidiarios de los objetivos o resultados a alcanzar.” (MOREIRA. *Direito administrativo: da rigidez autoritária a flexibilidade democrática*, p. 155).

12 Préstese atención, en este aspecto, a las enseñanzas de Carlos Ari Sundfeld: “El fenómeno de reestructuración de los servicios de titularidad estatal (energía, telecomunicaciones, saneamiento, transportes, etc.) está produciendo una importante alteración en el derecho administrativo, cuyos modelos teóricos deben, en gran medida, ser reinventados. Durante buen tiempo el concepto de servicio público sirvió para sintetizar el régimen jurídico de explotación de esas diversas actividades. Es cierto que esa noción vino modificándose con el tiempo, volviéndose poco a poco muy problemática; además, por haber sido usada para englobar los más diferentes servicios, con las respectivas especificidades, su contenido jamás fue suficiente para atender los problemas y características particulares de cada uno de ellos. Se trataba aun, de una noción útil. Hoy ya no es, al menos igual que antes. Dos razones fueron

mayor participación del ciudadano y mejora de la calidad de la prestación estatal.

Es notorio que existe, por parte de la Administración un anhelo por objetivos, con sus fuerzas puestas en la noción de planeamiento estratégico y flexibilización operacional de las actividades, en el sentido de viabilizar razonablemente las necesidades de la sociedad y, además de eso, una constante búsqueda de la eficiencia substancial, no solo la eficiencia

fundamentales para ello:

La primera es que el concepto resultó excesivamente vinculado a un determinado modelo económico de explotación del servicio, que está siendo abandonado en todo el mundo, en Brasil inclusive, caracterizado especialmente por la explotación monopolista, no-concurrente, por medio de empresas estatales. Aparentemente, ese cambio podría ser enfrentado, en el ámbito doctrinario, otorgándose un nuevo contenido a la noción de servicio público, adaptándolo a los tiempos y al nuevo modelo.

Pero la segunda razón es más seria, ya que pone en duda la propia viabilidad de existir un concepto de síntesis como el de servicio público fue en el pasado. En sus inicios, los servicios en causa eran muy simples, tanto del ángulo tecnológico como en el de la organización económica; consecuentemente, su disciplina jurídica no era muy compleja, resumiéndose al tratamiento de algunos pocos puntos. Pero eso cambió radicalmente: cada servicio estatal, hoy, es objeto de un universo jurídico con peculiaridades muy propias, por lo que ya no es viable explicar todo globalmente. Ahora, se hace necesario consultar las normas y verificar cómo, en relación a cada servicio y situación, se manifiestan múltiples y sofisticadas competencias del Estado (legislativas, administrativas e incluso jurisdiccionales), que deben ser identificadas analíticamente: habilitar a las empresas a actuar en el mercado (concediendo, autorizando, permitiendo, licenciando, etc.), fijar o controlar precios y tarifas, obligar a la atención de ciertas demandas de consumidores, imponer límites, encargos y sujeciones en función del desempeño de la actividad — y así sucesivamente. [...]

A todo eso se suma el proceso de convergencia de los modelos económicos de explotación de los servicios de titularidad estatal — ahora en manos de la iniciativa privada y abiertos a la competencia — con las demás actividades económicas. Evidentemente, eso tiende a aproximar también los respectivos modelos jurídicos, retirándolos de la noción de servicio público una de sus funciones, que era la de afirmar la especificidad del régimen jurídico (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico: serviços públicos e regulação estatal: introdução às agências reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 32-33).

stricto sensu, sino aquella que se preocupa con la equidad y con la justicia en la orientación de sus servicios y resultados.

En tal sentido, Luciano Parejo Alfonso¹³ esclarece que la administración por objetivos posee los siguientes principios orientadores:

- a) verificación y atención de las necesidades y la determinación de objetivos destinados a la satisfacción de dichas necesidades;
- b) estrategia: establecimiento de un plan rígido para alcanzar los objetivos propuestos;
- c) planeamiento de los programas y la necesaria determinación de responsable y la reserva presupuestal para cumplir los objetivos;
- d) fiel ejecución de las actividades y atribuciones constantes en el programa;
- e) control de resultados, privilegio a la eficiencia en la búsqueda de los objetivos;
- f) establecimiento de una metodología de incentivos para el desarrollo de los programas.

Se tiene, por lo tanto, que la gestión gerencial de la Administración Pública aun tiene mucho por conquistar, tanto en lo que se refiere a la evolución de sus postulados, como en la superación de los obstáculos interpuestos por la burocracia. Además, Fernando Luiz Abrucio¹⁴ resalta algunas peculiaridades enfrentadas por la administración gerencial, como por ejemplo:

13 PAREJO ALFONSO, Luciano. *Eficacia y administración: tres estudios*. Madrid: INAP, 1995. p. 89-152.

14 ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na administração pública. *Cadernos da ENAP*, Brasília, n. 10, 1997.

- la dificultad de establecer la relación entre las agencias autónomas, respectivos ministerios y Ministerio de las Finanzas;
- la escasez de recursos públicos;
- las condicionantes legales impuestas a la Administración Pública que son superiores a las reglas de mercado y de ella se distancian vertiginosamente;
- las peculiaridades aplicadas a la prestación de servicios públicos y la obligatoriedad de observancia de los principios y reglas de derecho;
- la calificación de los usuarios como ciudadanos, sujetos de derechos y deberes, y no meros clientes o consumidores;
- y, principalmente, la valorización del concepto de justicia material.

Punto relevante de toda discusión sobre la administración gerencial, reside en el hecho de dotar a la Administración de mecanismos para que la búsqueda de la justicia material, por medio de la eficiencia, sea alcanzada. El gerencialismo propone una idea de crecimiento de las relaciones entre Administración y sector privado, utilizándose, para ello, formas de colaboración y de tratos consensuales.

Referente a la relevancia de las tratativas consensuales en las relaciones de la Administración Pública y los particulares, Odete Medauar afirma que, aunque informalmente, el consenso:

passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. [...]. A administração volta-se para coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos

de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.¹⁵

Almiro do Couto e Silva, aduce:

Fenômeno relativamente recente nas relações entre o Estado e os indivíduos na realização de fins de interesse público tem sido a busca de decisões administrativas por meios consensuais. Administração concertada, administração consensual, *soft administration* são expressões que refletem formas de democracia participativa, em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo. Por vezes esse acordo é estabelecido informalmente, antes de o poder público exarar o ato administrativo. Então, o que aparece, juridicamente, é apenas o ato administrativo e não a solução consensual que ficou atrás dele e escondida por ele.^{16 17}

Ante todo ese contexto es que se resalta una tendencia a la administración concertada, en tratativa del Estado caracterizada por un contractualismo orientado a las

15 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 211.

16 COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 64-65, jul./set. 1997.

17 La democracia consiste, encima y antes de todo, en lo opuesto de la autocracia. Se trata de un sistema político sin un poder personalizado, porque el poder no es propiedad de nadie. Y por esta razón, nadie puede autoproclamarse gobernante o atribuir para sí un poder irrevocable (así las personas que conceden el poder estarían abdicando de él). Los dirigentes deben resultar de una designación libre e irrestricta de quienes serán dirigidos. Caso se produzca perversión o fraude en este momento, la democracia “muere en el parto”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 198.

“negociaciones, transacciones, compromisos, convenciones, acuerdos entre grandes grupos de intereses o de poder; e, incluso, de relación triangular (ya no binaria, Estado-individuo) [...]”¹⁸ en la cual el Estado “[...] interviene solo en calidad de mediador entre las partes sociales y, a lo sumo, como garante del cumplimiento del acuerdo”.¹⁹

Amparado en esta tendencia, Gaspar Ariño Ortiz, propone que el Estado contemporáneo sea un Estado Contractual, y aduce:

Do ponto de vista organizativo e institucional isso significa a substituição do antigo modelo de Estado administrativo-burocrático, hierárquico, unitário, centralizado e gestor direto, por um novo tipo de Administração em que uma multiplicidade de organizações, governamentais, privadas e o que vem sendo denominado “terceiro setor” (público-privado), assumiriam a gestão de serviços com financiamento e controle do Estado. Isso não é uma invenção, é simplesmente a volta do antigo sistema da “concessão”, do “concerto” ou da “empresa mista” como forma de realizar a gestão privada das atividades públicas. É também a volta do princípio da subsidiariedade, o qual recebe atualmente novas formulações. Assim, fala-se de uma das características mais importantes do Estado atual: sua condição de “Estado contratual”, apontando a utilização pelo Estado de organizações privadas, com ou sem fins lucrativos, para alcançar os seus fins públicos.²⁰ (los resaltados son nuestros).

La concertación administrativa es, en consecuencia, la metodología capaz de propiciar a los interesados nociones y ponderaciones sobre lo que se pretende realizar, con el objetivo de encontrar una línea maestra de conducta, común a ambos involucrados. Es, pues,

18 MEDAUAR. *Direito administrativo em evolução*, p. 109.

19 MEDAUAR. *Direito administrativo em evolução*, p. 109.

20 ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Org). *Privatización y Liberalización de Servicios*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999. p. 26.

el esquema que consiste en que las decisiones sean tomadas como resultado de negociaciones y de consenso establecido entre el Estado y las fuerzas sociales interesadas, limitándose el gobierno y la Administración a dar fuerza oficial a las conclusiones alcanzadas.²¹

João Baptista Machado, resalta que la acción concertada o concertación administrativa es

un método flexible de gobernar o administrar en que los representantes del Gobierno o de la Administración participan en debates conjuntos con representantes de otros cuerpos sociales autónomos [...] con miras a la formación de un consenso sobre medidas de política económica y social a adoptar.²²

En ese sentido, es importante resaltar que en la concertación no existe una relación de subordinación entre la Administración y las entidades aliadas, ya que subyacente a ella reside un proceso de negociación para la composición de eventuales diferencias entre las partes, aspecto que presupone una cierta autonomía de los aliados sociales. Por eso se emplea comúnmente el término administración paritaria²³ para determinar esta forma de administrar, basada en “*módulos negociables*”.²⁴

Actualmente, como se ha visto, aun en las relaciones entre órganos de la Administración Pública, que ocupan posiciones diversas en el escalonamiento estructural, se siguen criterios de colaboración y no sólo de subordinación. Nótese además de

21 MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 57.

22 MACHADO, João Baptista. *Participação e Descentralização: democratização e neutralidade na Constituição de 76*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 45.

23 Para mejor entendimiento acerca del modelo de Administración paritaria, vea la doctrina italiana MASUCCI. *Transformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali: il contratto di diritto pubblico*, p. 65-67.

24 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *O contrato de gestão na administração pública brasileira*. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 15.

ese comentario, que en algunas actividades administrativas entre órganos diferentes y de diferentes niveles jerárquicos la relación de colaboración se sobrepone a la de subordinación. Es, pues, una tendencia concertada de las relaciones jerárquicas *interna corporis* de la Administración Pública.

En los fundamentos de este análisis se observa que el planeamiento indicativo dinamiza la economía y sobre ella ejerce una función transformadora, toda vez que, donde existía una *economía dirigida* (prescriptiva), es ahora trabajada una *economía orientada*, que hace posible una mayor visibilidad del destino y aplicación efectiva de los recursos y políticas públicas, lo que, por cierto, induce a una mayor atención de los intereses de los ciudadanos.²⁵

En las palabras de Jean Rivero,²⁶ la estructura actual de gestión administrativa es bastante semejante a la del *Ancien Regimen*, en el sentido de que restan atenuadas diferencias entre el público y el privado, que participan de un mismo ambiente y siguen formas procedimentales idénticas, como es el caso, por ejemplo, de instituciones privadas orientadas a la prestación de servicios públicos adecuados.²⁷

El asunto es, entonces, “¿cuáles serían los objetivos de esta flexibilidad?”²⁸

25 LAUBADÈRE, André de. *Direito público econômico*. Tradução de Maria Tereza Costa. Coimbra: Almedina, 1985, p. 58-59.

26 RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 23.

27 Debe el servicio público guardar adecuación con la realidad social y tecnológica de su época, bajo pena de que su prestación no atienda al interés público que busca alcanzar. Como se desprende de clara lección de Luiz Alberto Blanchet “la palabra adecuación no tiene sentido autónomo y presupone siempre una relación entre dos cosas, ya que nada es simple y aisladamente adecuado. La adecuación solo existe entre dos o más realidades. La expresión servicio adecuado exige [...] atención plena a los usuarios” (BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 49).

28 MOREIRA. *Direito administrativo: da rigidez autoritária a flexibilidade*

En primer lugar, no se puede descuidar la primera noción de gestión gerencial y administración consensual, ya sea, el mejoramiento del aparato estatal y de sus relaciones con el sector privado en el sentido de propiciar mayor eficiencia en la atención del interés público.

Oportunamente, también, es importante resaltar que la noción de contractualismo actual está orientada por la legitimación de la gestión administrativa por la realización justa del interés público, por el alcance de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Apartándose, por lo tanto, de la noción fija de legalidad estricta, de obediencia formal a la Ley sin la que prime la preocupación de realización del interés público.

Ante estos nuevos paradigmas de Estado, Sabino Cassese resalta que “pasan a primer plano la negociación en lugar del procedimiento, la libertad de las formas en lugar de la tipicidad, la permuta en lugar de la ponderación”.²⁹

Estos conceptos de Administración consensual tienen como punto crucial la realización del principio de eficiencia en la Administración Pública.

Sin embargo, es importante enfatizar que en el derecho brasileño, la eficiencia no puede ser vista únicamente como “deber irrestricto de reducir costos y producir superávits o aumentar el lucro estatal, ni tampoco en la condición de directriz primera de la administración del Estado.”³⁰ No es pues, un principio que autoriza “la supervalorización, en el plano jurídico, de los llamados intereses públicos secundarios.”³¹

democrática, p. 155.

29 CASSESE. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. In: CASSESE. *La crisis del Estado*, p. 157.

30 MOREIRA. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999*, p. 143.

31 MOREIRA. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei*

La existencia del principio da eficiencia, como norma positivada en el artículo 37 de la Constitución de la República, impone al intérprete un análisis en pro del ciudadano, una interpretación ampliativa de sus derechos, conformando más una forma de control y un deber de probidad de la actividad administrativa.

Delimitando de manera amplia el tema de la eficiencia administrativa, Emerson Gabardo, en obra primorosa sobre el tema, diverge de la posibilidad de reducción del principio de la eficiencia a mero cumplimiento formal de una actividad, y subraya:

No Estado Social e Democrático de Direito a eficiência não pode ser reduzida a um “princípio de cumprimento de objetivos formais”. Aliás, ao contrário, parece ser perfeitamente possível arguir a ineficiência de um ato por cumprir suas metas. Seria o caso, por exemplo, da adoção de metas em um contrato de gestão firmado entre entes da Administração, mas que no momento de seu cumprimento não mais estejam de acordo com a eficiência administrativa, que é vetor geral da atividade pública. Exemplo este que poderia estender-se no tocante a própria formulação de objetivos.³²

Y conjugando las lecciones ya referidas, Gustavo Justino Oliveira³³ trae la interpretación de Emerson Gabardo cuando afirma que “el principio de la eficiencia es sectorial, pues se refiere exclusivamente a la Administración Pública, sin embargo está directamente relacionado al principio de la eficiencia del Estado como vector general (de carácter ético) del sistema constitucional”,³⁴ extrayendo de su contenido la función meramente legitimadora de nuevas

9.784/1999, p. 143.

32 GABARDO. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 143.

33 OLIVEIRA. *O contrato de gestão na administração pública brasileira*, p. 284.

34 GABARDO. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 89.

políticas reformistas, elevando dicho principio a “instrumento jurídico a servicio del régimen administrativo consagrado constitucionalmente”.³⁵

Para además de eso, Gustavo Justino Oliveira, aduce:

Com efeito, constata-se que no contexto reformador brasileiro (embora de modo aparentemente mitigado) a entronização da Administração Pública gerencial, fundada na eficiência como meio de maximização de resultados, foi encarada como uma forma de oposição e superação da Administração Pública burocrática.³⁶

Y complementa:

Em que pesem os argumentos do discurso reformador bresseriano, assevera-se não ser possível consentir que o aparecimento do modelo gerencial visou suceder ao modelo burocrático.

Tampouco demonstra-se pertinente equiparar o fenômeno da ascensão de um modelo pós-burocrático de gestão (*in casu*, o gerencial) àquele correspondente à história da eclosão do modelo burocrático de administração pública. Diferentemente daquele, este representou um autêntico movimento reativo, disposto a afastar e a tomar o lugar de modelos patrimonialistas de gestão pública, os quais, além de não promoverem a separação entre a propriedade pública e a propriedade privada, eram caracterizados por um exacerbado personalismo, nepotismo e fisiologismo.³⁷

Por lo que está claro, que el modelo gerencial — orientado a la realización de la eficiencia administrativa — no substituye el modelo burocrático, pero cumple un papel importante en la evolución organizacional de la sociedad, innovando y agregando conceptos antes desconocidos, o al menos impensados, a la Administración Pública.³⁸

En síntesis, el modelo gerencial en Brasil no tiene el poder de sobreponerse — o de cierta forma excluir — al modelo

35 GABARDO. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 17.

36 OLIVEIRA. *O contrato de gestão na administração pública brasileira*, p. 284.

37 OLIVEIRA. *O contrato de gestão na administração pública brasileira*, p. 284-285.

38 Neste sentido vide ABRUCIO. O impacto do modelo gerencial na administração pública. *Cadernos da ENAP*, p. 41.

burocrático; al contrario, aunque mucho sea aplicado en varios escenarios de ese nuevo contexto de gestión administrativa, tiene carácter residual, constituyéndose en una proyección de la Administración Pública.

Orienta pues el modelo gerencial, a una evolución en el modelo de gestión dominante, incluyendo técnicas y metodologías que agregan y son fundamentales para la eficiencia en la gestión del quehacer público, así, no puede - y ni debe - ser entendido como rótulo negativo teniendo en vista algunas ideas enunciadas en su concepción inicial, al contrario, se debe resaltar su mayor objetivo, o sea, el de buscar la realización del interés público en su máxima realización.

Es en ese contexto, incluso para que no se preste a confusión con aspectos conceptuales y presupuestos perjudiciales del llamado modelo gerencial, lo llamaremos de modelo de gestión pública "responsable". Existe con ello, apenas una redefinición del rótulo utilizado, para que no haya un prejuicio con relación a las concepciones habidas en la tratativa doctrinaria del modelo gerencial.

Informa este modelo que la realización del sentido material y eficiente del interés público debe ser la mayor preocupación del gestor del bien público, este debe preocuparse en realizar la justicia en su decisión, siempre guiado - obviamente - de las normas jurídicas, sin embargo con miras a la realización máxima del interés del ciudadano (legalidad-juridicidad).³⁹

39 Aunque permanezcan el sentido de poder objetivado por la sumisión de la Administración a la Legalidad y el sentido de garantía, seguridad y limitación del poder, se registró una evolución en la idea genérica de legalidad. Algunos factores de esa evolución pueden ser señalados, de manera sucinta. La propia sacralización de la legalidad produjo un desvirtuamiento denominado legalismo o legalidad formal, por el cual las leyes pasaron a ser vistas como justas por ser leyes, independientemente de

Sin embargo; me parece que nunca está de más el retorno de políticas públicas efectivas al interés público y al bien del ciudadano, lo que no se permite, es una desacertada y costosa necesidad de agigantamiento de acciones secundarias en perjuicio de acciones primordiales de la Administración (estas, subráyese, entendidas aquellas que son tomadas en pro del ciudadano).

Es la gestión administrativa responsable, pues, un modelo que verifica sin los medios, pero que se preocupa con la realización de los resultados, donde prime el alcance del bien común, de la realización del interés público, de la máxima eficiencia del acto administrativo, en otras palabras, de una efectiva justicia social por medio de una gestión eficiente.


su contenido. Otro desvirtuamiento: formalismo excesivo de los decretos, circulares y directivas, con exigencias de minucias irrelevantes. Por otro lado, con las transformaciones del Estado, el Ejecutivo pasó a predominar sobre el legislativo; la ley votada por el legislativo dejó de expresar la voluntad general para ser voluntad de mayorías parlamentares, en general controladas por el Ejecutivo. Este pasó a tener amplia función normativa, como autor de proyectos de ley, como legislador por delegación, como legislador directo (por ejemplo, al editar medidas provisionales), como emisor de decretos, directivas y circulares que afectan derechos. Además, se expandieron y se mejoraron los mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes.

Ante tal contexto, se buscó asentar el *principio de la legalidad en bases valorativas, sujetando las actividades de la Administración no solo a la ley votada por el legislativo, sino también a los preceptos fundamentales que orientan todo el ordenamiento*. La constitución brasileña de 1988 determina que todos los entes y órganos de la Administración obedezcan al principio de la legalidad (caput do art. 37); *la comprensión de este principio debe abarcar la observancia de la ley formal, votada por el legislativo, y también de los preceptos decurrentes de un Estado Democrático de Derecho, que es el modo de ser del Estado brasileiro, conforme reza el art. 1º, caput, de la Constitución; y aun, debe incluir la observancia de los demás fundamentos y principios de base constitucional (MEDAUAR. Direito administrativo moderno, 10. ed., p. 123-124). (subrayados nuestros)*

*Recebido em 30/12/2016.
Aprovado em 09/01/2017.*



Rodolfo Carlos Barra



Rodrigo Pironti Aguirre de Castro
Av. João Gualberto, 780, 4o andar.
CEP 80.030-000

