

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RENATO IVAN FILHO

**A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
PERSPECTIVA A PARTIR DA TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO**

CURITIBA

2011

RENATO IVAN FILHO

**A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
PERSPECTIVA A PARTIR DA TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof. Dr. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes

CURITIBA

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

RENATO IVAN FILHO

**A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PERSPECTIVA A PARTIR DA TEORIA DO
AGIR COMUNICATIVO**

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES

Orientador

ANGELA CÁSSIA COSTALDELLO

Primeiro Membro

MIGUEL GUALANO DE GODOY

Segundo Membro

RESUMO

A legitimação da Administração Pública realizada unicamente pela observância do princípio da legalidade não é adequada ao Estado Democrático de Direito. O Direito Administrativo está em crise. Enquanto o Direito Público adequou-se as mudanças do Estado moderno, o Direito Administrativo permaneceu vinculado a concepções liberais do século XIX. A mudança na relação entre indivíduo e Administração Pública atenta para o fato de que o cidadão deve ter direito a concorrer na determinação da ação administrativa. Dessa forma, deve ser garantido aos cidadãos o direito de participação na Administração Pública. A partir da teoria habermasiana do agir comunicativo, é possível conceber a participação como forma de legitimação da Administração Pública. Sob essa perspectiva, a participação implica um comprometimento com uma racionalidade de tipo dialógica, concretizando o Estado Democrático de Direito. Na doutrina do Direito Administrativo, esse entendimento é desenvolvido pela teoria da Administração Pública Consensual. O tema da participação popular envolve diversas críticas, as quais podem ser superadas por meio da institucionalização dos canais participativos. Portanto, esta monografia volta-se ao estudo da possibilidade de legitimação da ação administrativa por meio da institucionalização de canais participativos dentro das estruturas da Administração Pública tendo como referente a teoria da ação comunicativa elaborada por Jürgen Habermas.

Palavras-chave: Administração Pública. Participação Popular. Teoria do agir comunicativo. Racionalidade Comunicativa. Legitimação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. DESENVOLVIMENTO DO ESTADO MODERNO E O DIREITO ADMINISTRATIVO	4
1.2. PERCURSO HISTÓRICO DO ESTADO E DO DIREITO ADMINISTRATIVO	6
1.2.1. Do Estado Absolutista ao Estado Liberal	7
1.2.2. Do Estado Liberal ao Estado Social	13
1.2.3. Do Estado Social ao Estado Democrático de Direito	15
1.3. CRISE DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	17
1.4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO	20
1.5. LEGITIMIDADE, PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	24
2. A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	27
2.1. A PARTICIPAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	27
2.2. O PRINCÍPIO DE PARTICIPAÇÃO NA TEORIA HABERMASIANA.....	28
2.3. A SITUAÇÃO IDEAL DE FALA E A PARTICIPAÇÃO.....	33
2.4. ANÁLISE CRÍTICA DA PARTICIPAÇÃO.....	35
2.5. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL.....	37
2.6. A PARTICIPAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	39
3. CANAIS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	42
3.1. ENQUETES, DEBATES E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS.....	43
3.2. CONSELHOS COM PARTICIPAÇÃO POPULAR, ASSESSORIA EXTERNA E CO-GESTÃO DE PARAESTATAL	44
3.3. OUVIDORIAS	46
3.4. ORÇAMENTO PARTICIPATIVO	47
3.5. REFERENDO E PLEBISCITO ADMINISTRATIVO.....	48
3.6. APONTAMENTOS SOBRE A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE CANAIS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

A presente monografia é resultado de um processo de reflexão iniciado no ano de 2008, quando participei do Programa de Iniciação à Docência – Monitoria, orientado pelo professor Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes, reflexão esta que se estendeu durante todos os anos de graduação, nos quais tive a oportunidade de manter-me sempre próximo ao professor, o qual cumpriu com perfeição sua função de ensinar.

Outrossim, minha experiência profissional enquanto servidor público (e o convívio com meus pais e irmãos, os quais também são servidores públicos e me relatam suas rotinas laborativas) revelou-me que nossa aprendizagem na academia não é necessariamente coincidente com a realidade das repartições públicas. Reconhecendo que há um exagero nessa generalização, percebi que a atuação estatal justificada unicamente por estar em conformidade com a lei não é mais suficiente para legitimá-la. Observei por vezes que uma atuação preocupada exclusivamente com a lei nem sempre cumpre a função de proteger o cidadão.

A pergunta que me inquietou e serviu de motivo para este estudo pode ser resumida nos seguintes termos: se já não é mais possível legitimar a ação administrativa unicamente pela legalidade, como fazê-lo?

Expondo minha angústia ao professor Manoel Eduardo, fui apresentado à teoria habermasiana do agir comunicativo, a qual possibilitou pensar o problema da legitimação da ação administrativa a partir de uma perspectiva comunicativa, no âmbito do qual as demandas da população podem ser determinantes à ação estatal por meio de participação popular dentro da estrutura administrativa.

Desta maneira, tendo como marco teórico HABERMAS, em uma abordagem preliminar e não exaustiva, o presente estudo pretende investigar se é possível qualificar a legitimação da Administração Pública através da institucionalização de canais de participação informados por uma racionalidade de tipo dialógica.

Para investigar esse tema, a primeira parte deste trabalho estuda a possibilidade de estabelecer uma relação entre Estado, Direito Administrativo e

Administração Pública. No intento de verificar essa questão, realiza-se um estudo de caráter histórico com vistas a comprovar ou não a existência dessa relação e, se ela existe, de que forma ela se configurara.

Durante a análise histórica, pretende-se abordar diferentes modos de legitimação da Administração tendo como referência o modelo de Estado e a relação entre o Poder Público e os cidadãos.

Ainda no primeiro capítulo, analisar-se-á as doutrinas que afirmam que o Direito Administrativo está em crise. As reflexões empregam o conceito kuhntiano de crise e possuem como referenciais teóricos Gustavo BINENBJOM, Marçal JUSTEN FILHO e Roberto BARROSO. A partir da perspectiva desses autores, estuda-se a constitucionalização do Direito Administrativo como forma de superar a mencionada crise. Finaliza-se a primeira parte deste trabalho por uma análise dos modelos de legitimidade da Administração Pública.

O segundo capítulo visa investigar se é possível conceber a participação da população na Administração Pública a luz da teoria habermasiana. Se, como indica HABERMAS, há duas formas de racionalidade, a comunicativa e a sistêmica, como a participação compromete-se com a racionalidade comunicativa, e, por conseqüência, como a participação compreendida desta forma pode qualificar a legitimação da Administração Pública. Outro aspecto a ser abordado são os limites da participação. Para tanto, traça-se um paralelo entre os canais de participação e o “espaço ideal de fala” da teoria do agir comunicativo.

Em seguida, analisar-se-á a teoria da Administração Pública consensual, de MOREIRA NETO. Intenta-se descobrir se é possível estabelecer uma correspondência entre a essa teoria do Direito Administrativo e as reflexões desenvolvidas neste trabalho. A segunda parte é reservada à análise da participação no Direito brasileiro.

O último capítulo discorre sucintamente sobre alguns canais de participação popular na Administração. A intenção é conferir maior inteligibilidade as investigações realizadas nos capítulos anteriores. Recorrendo a uma análise prática, pretende-se tratar da institucionalização de canais de participação como uma possibilidade de qualificar a legitimação da Administração nos termos anteriormente desenvolvidos.

Observadas as limitações inerentes aos trabalhos desta natureza, pretende-se com este estudo oferecer uma modesta contribuição na sempre complexa reflexão sobre as possibilidades de aperfeiçoamento da participação popular na Administração Pública e, com isso, qualificar a legitimação, condição indispensável para a manutenção e fortalecimento da democracia.

1. DESENVOLVIMENTO DO ESTADO MODERNO E O DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1. RELAÇÃO ENTRE ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DIREITO ADMINISTRATIVO

Segundo Dinorá Adelaide Musseti GROTTI, há uma relação entre os modelos de Estado e as teorias das formas de atuação da Administração Pública. Nesta perspectiva, as funções pertinentes à respectiva Administração são ligadas ao tipo de Estado na qual aquela está inserida, tanto no plano espacial quanto temporal. Essa relação é condicionada pelos objetivos que o Estado propõe perseguir, determinando os modos de atuação e de organização adotados pela Administração Pública¹.

Por sua vez, o modo de atuação da Administração Pública e o Direito Administrativo são interdependentes e se influenciam reciprocamente. O conjunto de regras e princípios desse ramo do Direito tem seu conteúdo vinculado à concepção que se tenha sobre o modo de agir da Administração Pública e sua relação com os administrados².

Desta forma, sendo a Administração Pública parte integrante da organização estatal, o modo de ser e de atuar do Estado repercute no Direito Administrativo. Essa premissa é essencial para a melhor compreensão deste estudo. Conhecer o Estado, principalmente como ele vem caracterizado na sua Constituição, é a base para conhecer o Direito Administrativo, o qual “não flutua num espaço vazio, mas liga-se ao quadro social, político, econômico e institucional do País”³. Odete MEDAUAR para sintetiza a relação entre Estado, Administração Pública e Direito Administrativo:

¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musseti. A Participação Popular e a Consensualidade na Administração Pública. *In*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). **Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 647.

² MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 45.

³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 25.

[...] da concepção do Estado decorrem as conseqüências no contexto das instituições públicas, sobretudo governamental e administrativa. Se a disciplina jurídica da Administração pública centraliza-se no direito administrativo e se a Administração integra a organização estatal, evidente que o modo de ser e de atuar do Estado e seus valores, repercutem na configuração dos conceitos e institutos desse ramo do direito⁴.

Retomando o mesmo entendimento, ainda que percorrendo caminho inverso, tendo como referência inicial o Direito Administrativo e ponto de chegada o Estado, Augustín GORDILLO afirma que

El derecho administrativo de cada país, y con el la organización estatal del mismo, tiene una estructura formal y um tipo de principios básicos muy diferentes según sea el sistema constitucional imperante, y la manera en que la Constitución haya organizado y constituido al Estado⁵.

Com GORDILLO, além de reafirmarmos por meio de sua autoridade teórica a postulada relação entre Estado, Administração Pública e o Direito Administrativo, acrescentamos a Constituição Federal como objeto de nossas reflexões.

Os princípios democráticos afirmados em um Estado através de sua Constituição, de acordo com Umberto ALLEGRETTI, devem influenciar o Direito Administrativo, sob pena de correremos o risco de, em um Estado Democrático de Direito, observarmos uma não concretização da democracia devido à existência de uma Administração não democrática⁶.

Conforme nos ensina Bruno MIRAGEM, constatamos a necessidade de “diferenciar-se com precisão o direito administrativo que disciplina as relações

⁴ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 74.

⁵ GORDILLO, Augustin A. **Tratado de Derecho Administrativo**: Parte General. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1977. Pretende-se compreender o Estado e, por conseqüência derradeira, o Direito Administrativo a ele vinculado. Apresentar duas visões semelhantes, mas que percorrem caminhos inversos é mais do que mera ilustração teórica. Compreendemos que o Estado e o Direito Administrativo não se relacionam por determinismos, ou seja, nem o Estado é um reflexo do Direito Administrativo, nem este é um simples reflexo daquele, mas sim que ambos influenciam-se reciprocamente. p. 9-10.

⁶ *Apud* MEDAUAR, Odete. 1992, *op. cit.* p. 164.

entre indivíduos e a Administração em um Estado de regime político autoritário e em um Estado Democrático”⁷.

Se a história do Direito Administrativo reflete a transição do autoritarismo para a democracia⁸, e se a “democratização é marcada pela abertura da e fomento à participação dos administrados nos processos decisórios da Administração”⁹, para a melhor compreensão desta constatação, é preciso percorrer os caminhos que desembocaram no modelo atual do Estado brasileiro, constituído em Estado Democrático de Direito.

1.2. PERCURSO HISTÓRICO DO ESTADO E DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O uso do termo “Direito Administrativo” foi observado inicialmente na França, enquanto a primeira obra sobre o tema é de autoria do jurista italiano Gian Domenico Romagnosi, a qual data de 1814. A consciência da *palavra* que dá nome a um determinado fenômeno não necessariamente reflete sua origem. Lucca MANNORI e Bernardo SORDI atentam para o fato de que a “coisa” Direito Administrativo tem sua origem em momento anterior ao surgimento da “palavra” que lhe designa¹⁰. Na doutrina pátria, Celso Antonio Bandeira de MELLO conclui no mesmo sentido, dizendo que “aquilo que chamamos de Direito Administrativo já existia no período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica”¹¹, isso porque em uma sociedade humana que alcança certo grau de evolução e de complexidade o Poder Público não possui alternativa que não seja assumir uma série de funções substancialmente

⁷ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.* p. 28.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo do Espetáculo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigma**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65.

⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 77.

¹⁰ MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. **Storia del Diritto Amministrativo**. 3. ed. [S.L.]: Editori Laterza, 2004. p. 5-16

¹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47.

“administrativas”¹². Além disso, o direito que rege as relações entre os agentes privados não é adequado para solucionar as relações entre os administrados e administradores¹³.

Para SORDI e MANNORI, a consciência da “palavra” Direito Administrativa ocorreu no século XIX¹⁴. Como será analisado, neste período histórico o Estado Absolutista está em transição para o Estado Liberal. Por esta razão, fixa-se esta passagem como ponto de partida para estas reflexões.

1.2.1. Do Estado Absolutista ao Estado Liberal

Segundo Dalmo de Abreu DALLARI, o Estado moderno surge na forma do Estado Absolutista. O Estado é unificado na figura do poder soberano, o qual era reconhecido como o mais alto de todos os poderes dentro de um espaço territorial. O surgimento do Estado moderno foi uma resposta ao sistema de produção feudal, o qual estava nas mãos dos senhores feudais. Estes suportavam uma carga tributária indiscriminada dos monarcas *aventureiros e de circunstância*, configurando um Estado de guerra permanente. Dessa maneira, a unificação do Estado conferida pela presença do soberano reduzia o prejuízo à vida econômica e social decorrente do sistema feudal¹⁵.

MANNORI e SORDI entendem que, no absolutismo, o príncipe é o personagem que serve como ponto cardinal a todos outros atores sociais. Para estes autores, duas são as razões que o distinguem de todos os demais. Em início, é ele o ponto de origem de cada poder encontrado no espaço político, no sentido de que nenhuma pessoa ou instituição pode ser titular de qualquer porção de autoridade pública que não derive, ao menos indiretamente, de sua investidura. A segunda característica, ainda mais notável que a primeira,

¹² Mannori e Sordi entendem que atividades administrativas, nesse sentido, são atividades dirigidas a satisfazer certas necessidades materiais ou necessidades culturais (em sentido amplo) dos próprios governados, as quais estes não conseguem enfrentar sozinhos. (*op. cit.* p. 6).

¹³ *Ibid.* p.7.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p.70.

consiste na sua capacidade de derrogar qualquer direito objetivo, para tanto, bastando uma manifestação de vontade, atípica e tendencialmente indiscutível¹⁶.

Esse poder de modificar tudo ao seu bel prazer é o traço característico do absolutismo. O poder do Estado centrado na figura do monarca não encontrava limites. Máximas como *quod principi placuit leges habet vigorem* (o que agrada ao príncipe tem vigor de lei), ou ainda “o próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação”, ou mesmo *the king can do no wrong* (o rei não pode errar), sintetizam simbolicamente este modelo estatal¹⁷.

Paralelamente vigorava o patrimonialismo. Segundo suas concepções, o Estado nada mais era do que um dos tantos bens do soberano. Destarte, a organização administrativa era determinada como uma unidade de cargos e funções que giravam ao redor do monarca¹⁸.

Em contraposição a um Estado que se submetia às vontades e vicissitudes do monarca, surge o Estado do século XIX¹⁹. A perspectiva adotada na abordagem do Estado indica a denominação utilizada para tratar deste objeto. Segundo MEDAUAR

inúmeras expressões aparecem na doutrina para designar o Estado do século XIX: Estado liberal, estado censitário, Estado burguês, Estado nacional – burguês, *État* gendarme, Estado legislativo, Estado guarda-noturno, Estado neutro, Estado máquina, Estado-aparato, Estado mecanismo, Estado-catedral, Estado da potência e da razão, Estado garantista, Estado-autoridade, Estado abstencionista²⁰.

MEDAUAR complementa que, neste período, acentuou-se a soberania do Estado presente no absolutismo, porém, esta soberania interna não foi mais exercida pela vontade do monarca, mas sim em nome do povo e da nação.

¹⁶ MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Op. cit.* p. 39.

¹⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.* p. 47.

¹⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo**: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p.21.

¹⁹ Compartilhamos das anotações de MEDAUAR, que, ao tratar do Estado, afirma que “deve-se ter presente, assim, o risco da esquematização de uma realidade complexa em fórmulas sintéticas, com vistas à facilidade de leitura histórica; leve-se em conta o caráter por vezes relativizado de muitos aspectos habitualmente apontados como típicos do *modelo*; considere-se, ainda, que a realidade plena de combinações, causações, mesclas, se extraem nota predominantes, para o melhor confronto com modelos de períodos antecedentes e sucessivos”. (1992, *op. cit.* p, 75).

²⁰ MEDAUAR, Odete. 1992, *Ibidem.* p. 74.

Dessa forma, existe uma unidade e centralização do poder conjuntamente com sua despersonalização. Portanto, a política verticalizada, marcada pela autoridade e capacidade decisória “soberana”, ainda persistiu. Laicidade, finalidade e racionalidade conferiram uma imagem unitária da estrutura organizacional formal da vida associada, ou seja, surgiu um verdadeiro aparato gestor²¹.

Conforme nos ensina Maria Coeli Simões PIRES, sob o aspecto econômico, este Estado denomina-se Liberal e tem a Revolução Francesa como o marco de seu nascimento. Sob a égide deste paradigma, extinguem-se os privilégios que o clero e a nobreza gozavam junto ao monarca. O Estado organiza-se tendo como referências o primado da classe nascente – a burguesia – e a neutralidade em relação ao capital e ao indivíduo, ambos livres para desenvolverem os seus potenciais. Para a autora, possuindo as mesmas diretrizes, o Direito se estrutura como núcleo formal burguês de proteção da individualidade. A noção de público fica adstrita a esfera estatal e o privado se define pela negação daquele, constituindo esferas ontologicamente distintas. O fenômeno jurídico passa a compor um complexo de normas positivas destinadas a reger a sociedade racional. Instaure-se então o Positivismo jurídico. Desta maneira, o Estado constrói a legitimação das autoridades públicas através do Direito, com sua força simbólica especial, ou seja, o Direito é caução do agir estatal, expressando-se enquanto princípio da legalidade para a Administração Pública. O direito passou a garantir a segurança jurídica através da estabilização de expectativas²².

Neste contexto afirma-se a centralidade da lei para o Estado, a qual exprime um comando geral e abstrato com o qual todos deliberam sobre tudo e, assim, cada um sobre si. O direito que assegura os valores do liberalismo é a forma de legitimação do aparato administrativo²³.

Segundo PIRES, a vontade popular canalizada pela representação política é outro traço do Estado do século XIX. Trata-se de herança das revoluções burguesas, sendo reconhecido como instrumento cardinal para a

²¹ *Ibidem*, p.75-76.

²² PIRES, Maria Coeli Simões. A Revisão Paradigmática do Estado e do Direito: um Exercício em Prol da Democratização do Direito Administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). **Temas de Direito Administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.133-136.

²³ MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Op. cit.* p. 306-310.

participação da sociedade nos assuntos públicos e como núcleo das democracias contemporâneas. Observe-se que o Estado do século XIX sustentava-se em uma base censitária, por isso, se existia certa participação política essa supunha uma garantia de dominação social e separação entre o Estado burguês e a sociedade. Nesse sentido a burguesia enfrentou política e ideologicamente a ampliação das tarefas do Estado e lutou por manter um controle aparentemente democrático sobre ele, o qual sofreu uma progressiva mudança de direção conforme se impunham na cena política as classes subordinadas, em especial o proletariado. Esse fenômeno feriu de modo mortal o dogma liberal de separação entre a sociedade e o Estado. Conclui-se que o sistema de representação é herança das lutas das classes subalternas. Não significa com isso que todos os interesses alcançariam concretização, senão que os interesses alcançariam um certo grau de expressão institucional, de reconhecimento jurídico e continua evolução dialética. Mister recordar que tardou muito na história da humanidade para que o voto se tornasse realmente universal. Apesar de todos esses ganhos políticos, a eficácia dessas conquistas se deteve no limiar da Administração, que passou a ocupar um posto relativamente independente, relativamente autolegitimado, análogo ao que um dia ocupou o monarca²⁴.

1.2.1.1. Direito Administrativo: Duas Histórias Possíveis

O surgimento do Direito Administrativo no século XIX juntamente com o Estado de Direito enseja duas interpretações históricas. Por um lado, representado pelo jurista brasileiro MELLO, temos uma interpretação histórica “oficial”, por outro lado, representado pelo jurista BINENBJOM e pelos historiadores do Direito SORDI e Lucca MANNORI, vislumbramos *outra* interpretação histórica.

MELLO afirma que o Direito Administrativo promoveu uma subversão ao poder ilimitado do rei, até então uma ideia política amplamente aceita e

²⁴ PIRES, Maria Coeli Simões. *Op. cit.* p. 133-136.

inquestionada. É justamente ao firmar a submissão do Estado ao Direito e ao disciplinar as ações dos governantes por esse mesmo Direito que surgem as bases do ramo jurídico administrativo. Em síntese, trata-se de um modelo colocado em antítese ao período histórico precedente – o chamado Estado de Polícia – constituindo-se assim o Direito com vistas a disciplinar o poder, contendo-o e ao mesmo tempo inaugurando os direitos dos administrados. Aliás, neste momento histórico os indivíduos deixam de ser súditos e passam a condição de administrados²⁵. Nas palavras Mello o Direito Administrativo é

*um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder*²⁶.

Por seu turno, BINENBJOM narra que essa origem *milagrosa* do Direito Administrativo com semblantes garantísticos para os administrados, de um poder que aceita se submeter ao direito e, por reflexo, aos próprios cidadãos, é na verdade um mito. O autor afirma que todo ano se repetem nas academias que a certidão de nascimento desse ramo jurídico foi a Lei de 28 de pluviose do ano VIII, editada em 1800, a qual organizou e limitou externamente a Administração Pública. Completa-se que esta norma seria o marco a partir do qual se superou o Antigo Regime, o qual se fundava na vontade do soberano e não no Direito. Conter-se-ia o poder, agora subordinado a vontade do Poder Legislativo²⁷.

Inerente a lógica da separação dos poderes, caberia ao Parlamento expressar a vontade geral, por meio da atividade legislativa, limitando e preordenando a atuação dos órgãos administrativos. À Administração restaria uma função estritamente executiva, de cumprimento mecânico da vontade expressada através do legislador. Segundo o jurista BINENBJOM, essa história seria louvável se não fosse falsa. Descendo as detalhes, conforme o autor, encontraríamos a real história de nosso objeto de estudo. “E o *diabo*, como se sabe, está nos detalhes”²⁸.

²⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de *op. cit.* p. 47.

²⁶ *Idem.*

²⁷ BINENBOJM, Gustavo. *op. cit.* p.9-10

²⁸ *Ibidem*, p.11.

Paulo OTERO denomina esse fenômeno de reprodução acrítica da história do nascimento do Direito Administrativo qualificando-a como *ilusão garantística da gênese*²⁹. O surgimento desse ramo do direito e suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade de mérito administrativo entre outras) representam a sobrevivência e reprodução do Antigo Regime e não sua superação. Jurisdicizar a Administração Pública serviu não para subordiná-la a outra instância, mas sim como estratégia retórica para mantê-la afastada do controle dos cidadãos.

A criação do Direito Administrativo pelo *Conseil d'État* fez com que a Administração Pública se pautasse por normas diferentes daquelas que regulavam a atividade jurídico-privada. Essa circunstância histórica subverte dois postulados do Estado de Direito e sua origem liberal: o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes. A atribuição de legislar sobre a atuação da Administração Pública em um órgão da jurisdição administrativa interno ao Poder Executivo, como era o *Conseil d'État*, não se adéqua a noção clássica de vontade geral expressa por meio da lei (Rousseau) e com a teoria da tripartição dos poderes (Montesquieu).

Uma segunda contradição na gênese do Direito Administrativo foi a criação da jurisdição administrativa, sob o pressuposto de que ninguém é bom juiz de si mesmo. O contencioso administrativo, embora fulcrado na ideia de que julgar a Administração ainda é administrar, não possui qualquer conteúdo garantístico, antes disso, fundou-se na desconfiança dos revolucionários franceses contra os tribunais judiciais. Fez da invocação do princípio da tripartição dos poderes mero recurso retórico. Desta forma, conforme ensina BINENBJOM, o modelo emergente da Revolução Francesa deu continuidade a estrutura do Poder das monarquias absolutistas. A separação dos Poderes serviu a esse processo de imunização decisória do Poder Executivo. Outrossim, conclui-se que as categorias básicas do Direito Administrativo são também tributárias desse *pecado original* “consistente no estigma da *suspeita de imparcialidade* de um sistema normativo criado pela Administração Pública em proveito próprio”³⁰.

²⁹ *Apud*, BINENBOJM, *op. cit.* p. 11.

³⁰ *Ibid.* p. 15.

As duas teses apresentadas colocam-se em posições opostas. De um lado, uma história oficial afirmando que o Direito Administrativo surgiu para proteger o cidadão e, por outro, uma interpretação baseada nos detalhes, negando a superação completa do modelo absolutista. Diante dessa encruzilhada, adotamos o entendimento de BINENBJOM, MANNORI e SORDI, segundo os quais, como posto, o Direito Administrativo em seu nascimento não suplantou por completo o modelo anterior.

1.2.2. Do Estado Liberal ao Estado Social

O liberalismo e o Estado de Direito determinam que a Administração deva encontrar um ponto de convergência com as razões da liberdade ³¹, exigindo um Direito público adequado que a assegure de maneira ampla, para que assim cada um possa desenvolver suas propriedades, sob a ótica de um interesse geral entregue para representantes da sociedade, enquanto o Direito privado garante a igualdade formal de todos perante a lei. Nesse momento histórico emergem os chamados direitos de primeira geração, ou seja, aqueles que se caracterizam como liberdades individuais oponíveis ao Estado, compreendido como mal necessário. O Estado garantia a igualdade formal dos cidadãos. Contudo, imperava a desigualdade material. A classe trabalhadora era explorada pela classe capitalista, gerando como resposta movimentos políticos e sociais. A primeira resposta do Estado foi conter estes movimentos da classe trabalhadora através da violência, porém, a partir do momento em que o quadro de exploração ameaçou o próprio capital monopolista, foi preciso assegurar aos cidadãos mais do que apenas a igualdade formal. Segundo PIRES, juntamente com o primado do Direito, foi necessário concretizar a justiça em seu aspecto material, reconciliando a classe trabalhadora com o capital ³².

³¹ *Ibid.* p. 306.

³² PIRES, Maria Coeli Simões *op. cit.* p. 136-141.

Conforme assevera MEDAUAR, as diversas nomenclaturas ³³ atribuídas ao Estado do século XX expressam mais do que mera opção lingüística, revelando aspectos mais profundos do fenômeno estatal.

Segundo PIRES, o Estado liberal perde seu primado no século XX. A negação histórica dos valores da liberdade e da igualdade, os quais prevaleciam como ideias abstratas, decorrente da exploração da classe trabalhadora evidencia esta crise. Ideias socialistas, comunistas, anarquistas, voltadas ao interesse coletivo se contrapuseram ao pensamento liberal. Foi necessário fazer concessões às massas de desvalidos, tal fato é bem representado pela expressão que se consagrou: *entregar anéis, mas conservar os dedos*. Para que a sociedade capitalista sobrevivesse, surgiu o Estado Social em oposição ao Estado Policial. Para a autora, o Estado não é mais neutro em face dos conflitos sociais, impondo pautas públicas de boa vida. O cidadão-proprietário passa a ser encarado como cliente de uma Administração Pública garantidora de seus serviços ³⁴.

O Estado Social está associado à segunda geração de direitos, os chamados direitos coletivos e sociais (saúde, educação, previdência social, entre outros). Não se trata apenas acrescentar os direitos de segunda geração ao rol existente, mas também de ressignificar os direitos de primeira geração. A mudança verificada é um relativo avanço qualitativo, pois reconceitualizam-se as categorias liberdade e igualdade. A liberdade não é mais um direito de fazer tudo e deixa de ser espaço regrado pelo Estado para ser campo disciplinado para o coletivo, sujeito a recorrentes intervenções. Historicamente, as Constituições de Weimar e do México firmaram-se como marcos desse momento histórico ³⁵.

Conforme ensina PIRES, para cumprir com seus novos objetivos, a organização política passa por uma reavaliação em termos funcionais. O

³³ Segundo MEDAUAR, “Estado intervencionista, Estado-providencia, Estado de bem-estar, Estado assistencial, Estado pluriclasse, Estado social, Estado social-democrata, Estado de associações, Estado distribuidor, Estado nutriz, Estado empresário, *Welfare State*, Estado *manager*, Estado de prestações, Estado de organizações, Estado neocorporativo, Estado neocapitalista, Estado promocional, Estado responsável, Estado protetor, Estado pós-liberal, Estado telocrático são nomenclaturas diversas que intitulam esse *modelo* de Estado, na tentativa de traduzir mediante um único adjetivo ou substantivo, sua característica principal. (1992, *op. cit.* p. 81).

³⁴ *Ibid.* p. 140-141.

³⁵ *Idem.*

Estado passa a sustentar direitos, porém, há uma relativização dos direitos individuais e, para além da incorporação dos direitos coletivos e sociais nas constituições, consagram-se programas, procedimentos e mecanismos de sua concretização. A pressão das massas pelo reconhecimento de novos direitos e o operariado tratado enquanto ator político convive com políticas intervencionistas de proteção ao capitalismo. Assim, o Estado torna-se responsável pela ampliação das bases de emprego, pelo investimento, pela política distributiva, pela substituição do mercado na provisão de direitos sociais em graus de universalização cada vez mais acentuados³⁶. A autora afirma que há uma relativização da dicotomia direito público e privado, tornando-se esta meramente didática, uma vez que todo direito é público por origem. As esferas públicas e privadas continuam como esferas antitéticas. A esfera pública reduzida ao estatal é generosa e paternalista, a esfera privada é a sede do egoísmo. Unem-se unicamente pelo voto, agora universalizado.

O Estado permanece sendo a instância hegemônica de organização da racionalidade política e social. Dessa forma, conforme ensina Pires

A cidadania compõe a base de um discurso intervencionista que a toma como fim de Estado, todavia, ela perde densidade no tratamento de massa, em que o Estado lida com os cidadãos em seu conjunto, na condição de destinatários dos megaprogramas oficiais, sem admiti-los como sujeitos do processo de construção dessa cidadania global³⁷.

1.2.3. Do Estado Social ao Estado Democrático de Direito

Segundo PIRES, como conseqüência do adjetivo social, o Estado expande-se para o cumprimento de sua missão assistencialista, tutor de uma sociedade carente e responsável pela justiça social. Obviamente, o Estado Social demanda grandes quantidades de recursos materiais. Instala-se o cenário da crise: o desequilíbrio entre os direitos sociais que exigem ampliação

³⁶ PIRES, Maria Coeli Simões. *op. cit.* p. 139.

³⁷ *Idem.*

da capacidade do Estado e taxas de arrecadação crescente. Enfim, o Estado reconhece que deve superar o divórcio entre ele e a sociedade.

Na perspectiva adotada por PIRES, o fracasso do Estado social induz a reformulação teórica do Estado. Reerguendo-se a teoria liberal, agora sob a designação de neoliberalismo. Obviamente, tal posicionamento reforça a exclusão social. A globalização, a crescente complexidade social, a universalização da informação e a crescente tecnização levam a intensa conflituosidade com a qual o Estado não consegue lidar. Segundo a autora, a sociedade passa a ser a grande avalista de direitos de terceira geração, os denominados direitos difusos, que se agregam aos de segunda geração. Os direitos anteriores são ressignificados no corpo de um Direito destinado à pluralidade e aberto a ampla acomodação social. Nesse cenário complexo surge a proposta de um Estado Democrático de Direito, o qual deve reconstruir a ideia da esfera pública e da esfera privada de forma que estas não sejam auto-excludentes, por conseqüência, a própria relação entre Estado e sociedade civil deve ser reavaliada.

Esse novo paradigma estatal é suposto e positivado na Constituição Federal de 1988. Sua compreensão somente pode dar-se pela análise do elemento que lhe dá adjetivação – a democracia – que em um nível discursivo de linguagem deve ser considerada enquanto resultado do processo participativo. Assim, deseja-se um cidadão sujeito e destinatário da construção democrática, liberto do tratamento de massa a que se estava obrigado³⁸. Para concretização dos fins almejados, MOREIRA NETO entende de que o Estado deve se desenvolver com base no “crédito da perfectibilidade da natureza humana e na confiança do diálogo, a negociação e a concertação entre os homens têm superiores condições de conduzir a sociedade”³⁹.

³⁸ PIRES, Maria Coeli Simões. Maria Coeli Simões. *Op. cit.* p. 141.

³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de Direito Administrativo**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

1.3. CRISE DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O estudo histórico proporciona perceber a existência de um *descompasso* entre o Direito Administrativo e as concepções filosófico-jurídicas que predominam no restante do Direito Público, restando caracterizada uma crise do paradigma do Direito Administrativo⁴⁰.

O paradigma atual do Direito Administrativo está em crise⁴¹. Como ensina Marçal JUSTEN FILHO, o aparato administrativo ainda se organiza por concepções napoleônicas, nascidas no século XIX, as quais refletem uma estrutura administrativa hierarquizada de feição militar. No plano filosófico, as disputas travadas entre HAURIOU e DUGUIT no início do século XX ainda predominam nos debates atuais da ciência jurídica da Administração Pública⁴². Por essa razão a Administração Pública possui supedâneo jurídico inadequado para solucionar os problemas que assolam a sociedade hodierna.

O Direito Administrativo baseado em concepções do século XIX, ainda está comprometido com um Estado de perfil Liberal. Como resultado, ele

⁴⁰ O termo paradigma, em sentido fraco, é utilizado para se referir a um conjunto de dogmas que, durante um período, consagra-se imunizado à crítica doutrinária. (BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.* p.9-44).

⁴¹ Thomas KUHN afirma que durante os períodos de *ciência normal* os cientistas não se propõem a descobrir novidades no plano fático ou teórico. Porém, surgem novos problemas que não podem ser solucionados através do paradigma convencional. Essas *anomalias* podem ocorrer tanto no mundo dos fatos quanto na teoria e evidenciam um déficit do paradigma dominante em resolver as questões postas. Enquanto os novos problemas não são assimilados pela ciência, eles são tratados inclusive como não científicos. A consciência de uma *anomalia* e o seguinte reconhecimento de uma mudança das categorias paradigmáticas é, muitas vezes, acompanhada de resistência. Essa se exterioriza pela tentativa de resolução dos novos problemas pelo modelo dominante, o qual termina por falsear uma solução ou admite explicitamente não ter alcançado uma solução satisfatória. Nesses casos, a ciência encontra-se em um momento de crise e de mudança de paradigmas. Tal período transitório, sob a ótica do novo paradigma, é considerado como *pré-paradigmático*, durante o qual debates a respeito de métodos, problemas e padrões de solução *legítimos* são frequentemente discutidos. KUHN, ao explicar o uso do termo *revolução* científica, revela que o tomou emprestado da ciência política. Traça então um paralelo entre ciência e política, afirmando que a mudança de paradigma tanto na ciência como na política seguem características semelhantes. A revolução é o momento de mudança de paradigmas. No plano político, depara-se com o sentimento de ineficiência das instituições existentes, as quais não respondem adequadamente aos problemas colocados. Esse sentimento de *funcionamento defeituoso* das instituições leva a crise. Haverá uma divisão da sociedade, na qual parte dela buscará defender o paradigma em decadência e a outra parte defenderá a emergência de um novo modelo. (KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1997).

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 15.

exterioriza uma visão autoritária da relação entre Estado e indivíduo. Enquanto as mudanças sociopolíticas representaram transformações radicais nas instituições e concepções vigentes, acrescentado o fato de que a função e o conteúdo da Constituição brasileira foram preenchidos com princípios e valores democráticos, o Direito Administrativo permaneceu vinculado a um modelo teórico e a uma realidade que já não mais existem, em seu âmago, é o mesmo de um século atrás⁴³.

A maior expressão desse descompasso é a afirmação, presente em nossos cursos e manuais, de que o fundamento da Administração Pública consiste na supremacia do interesse público. Nas palavras de MELLO, *verbi gratia*, esse fundamento converte-se em axioma no *moderno* Direito Público e “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, [...] é pressuposto de uma ordem social estável”⁴⁴. Conforme magistralmente revela Marçal JUSTEN FILHO, “essa proposta incorpora o germe da rejeição à importância do particular, dos interesses não estatais e das organizações da sociedade”⁴⁵. No mesmo sentido PIRES afirma que a prática administrativista, baseada na *racionalidade moderna* e arrogante, revela-se incapaz de trazer ao sistema administrativo legitimidade verdadeira⁴⁶.

Nessa esteira, JUSTEN FILHO, ao tratar do *estado de coisas vigentes*, afirma que há uma proliferação de institutos e interpretações descolados da realidade no quadro no Direito Administrativo. Produz-se um cenário imaginário, no qual os indivíduos são envolvidos e entretidos, deixando-se os valores fundamentais relegados a um segundo plano, não sendo efetivamente implantados. O que se verifica, no entendimento do autor, é a existência de um “Estado do espetáculo” e de um “Direito Administrativo do espetáculo”⁴⁷. Sua função precípua é manter o expectador na condição de elemento passivo, uma

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Op. cit.* p. 60.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. 2008, *op. cit.* p.67.

⁴⁶ A crítica é dirigida a racionalidade positivista do Direito, que em última razão, coloca em risco a própria consolidação do Estado Democrático de Direito. Destarte, os fundamentalismos jurídicos mostram-se à sociedade cada vez menos justos. A legitimação baseada na legalidade e a presunção de neutralidade burocrático-administrativa sofrem do mesmo mal, não se adequando a democracia brasileira, a qual tem como substrato fático uma sociedade dinâmica e discursiva, complexa e plural. (PIRES, Maria Coeli Simões. *op. cit.* p. 193-194).

⁴⁷ “A preocupação central do Estado do Espetáculo não é a alteração da realidade propriamente dita, mas o desenvolvimento de atividades destinadas a gerar imagens, sonhos e a manter uma audiência entretida”. (JUSTEN FILHO, Marçal. 2008. *op. cit.* p.67).

vez que, a intervenção direta, não prevista e não desejada do indivíduo no desenvolvimento da ação espetacular governativa, atrapalha o próprio espetáculo. O autor elenca os pressupostos epistemológicos desse “Direito Administrativo do Espetáculo”: (i) o ser humano não faz parte da história, assim, ele é “o particular” ou “o administrado”; (ii) há uma especial preferência por princípios; sendo que (iii) o “Direito Administrativo do espetáculo” consagra princípios destituídos de controle material; e, por fim, verifica-se uma (iv) rígida organização administrativa, de modo a assegurar a concentração de poderes destinada a impedir a crítica ou a divergência internamente a própria Administração Pública⁴⁸.

Na perspectiva desenvolvida, é possível compreender que o paradigma atual do Direito Administrativo encontra-se em um momento pré-paradigmático, ou seja, em crise. Observe-se que a rejeição de um modelo científico é sempre simultânea a aceitação de um novo modelo⁴⁹. É preciso rever as bases teóricas e filosóficas desse ramo jurídico, adequando-o a nova configuração estatal brasileira e, dessa forma, eliminar as ilusões inerentes ao “Direito Administrativo do espetáculo”. Somente assim o descompasso entre o Direito Administrativo e o restante do Direito público será desfeito.

O reconhecimento de uma crise do Direito Administrativo não importa desconhecer que este ramo jurídico gradualmente está se adequando à configuração constitucional expressa pela Carta Magna de 1988⁵⁰.

Refuta-se a noção de neutralidade da Administração Pública. Segundo esta concepção a Administração seria *mera executora de leis e opções políticas*⁵¹, e, por isso, se adequaria a qualquer modelo de Estado, autoritário ou democrático. Conforme nos ensina VEDEL, o Direito Administrativo e o Direito Constitucional não se contrapõem respectivamente como direito imutável e direito mutável. Nas palavras do autor, o que se percebe é um movimento descontínuo do ramo jurídico constitucional, ou seja, mudanças bruscas e espetaculares, e um movimento contínuo no Direito Administrativo, o qual não está sujeito a uma permanente imobilidade, mas movimenta-se em

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. JUSTEN FILHO, Marçal. 2008. *Op. cit.* p.67.

⁴⁹ KUHN, Thomas S. *Op.cit.* p. 108.

⁵⁰ Com essa ressalva, pretende-se, juntamente com a autoridade de MEDAUAR, negar o caráter apolítico da Administração, o que culminaria no fechamento do Direito Administrativo em face da Constituição. (1992, *op.cit.* p. 156-164).

⁵¹ *Idem.*

ritmo diferente⁵². Dessa forma, é preciso rever o Direito Administrativo, para que este se adéqüe estruturalmente a realidade emergente.

1.4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A Constituição nem sempre ocupou o espaço de centralidade no sistema jurídico como ocorre hodiernamente. A concepção político-filosófica rousseauiana segundo a qual a lei dá vida a vontade geral do povo e a compreensão ortodoxa da teoria da separação dos poderes fizeram com que o Código Civil desempenha-se o papel de pedra angular do sistema jurídico. O advento do Estado do bem-estar social acarretou uma inflação legislativa, como esperado de um Estado convocado a intervir em muitas áreas, superando o modelo abstencionista do Estado liberal. Esse de produção legiferante aumentada criou um movimento de *descodificação* do Direito, no sentido de que as leis esparsas aumentavam em quantidade. Assim, o Código Civil perdeu progressivamente sua posição de destaque⁵³.

Segundo GORDILLO, o que se verifica é uma transição do Estado da legalidade para o Estado da constitucionalidade⁵⁴. Já não basta a submissão da administração a lei, é preciso que haja uma submissão à Constituição, a qual se configura enquanto ordenamento superior ao próprio legislador, superando dessa forma o dogma da soberania popular representada no parlamento, em direção a soberania do povo proclamada pela Constituição Federal de 1988⁵⁵.

Paralelamente, baseado na necessidade de limitar os poderes estatais, verifica-se o fenômeno da jurisdição constitucional afirmado nas diversas Constituições contemporâneas. A idéia hoje trivial de que a Constituição é norma dotada de eficácia decorre desse movimento na ordem jurídica. As

⁵² *Apud.* MEDAUAR, Odete. 1992, *op.cit.* p.160.

⁵³ BINENBOJM, Gustavo. *op. cit.* p.66-69; BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In:* ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigma**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 42.

⁵⁴ GORDILLO, Augustin A. *Op. cit.* p. 17.

⁵⁵ “Art. 1º [...] Parágrafo Único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Constituições ganharam novas tarefas. A Constituição do México, de 1917, bem como a Constituição de Weimar, de 1919, como já dito, são os marcos iniciais desse movimento nos sistemas jurídicos de origem romano-germânica. Nessa caminhada, o papel dos princípios constitucionais é elevado a um patamar superior, deixando de serem vistos como simples *modo de integração do direito*⁵⁶ para, em um segundo momento, se tornarem norma jurídica⁵⁷. Para Ferdinand LASSALE, a Constituição não pode ser meramente “constituição escrita”, é preciso que seja encarada como verdadeira norma, que se concretize enquanto “constituição real”⁵⁸.

A evolução sociopolítica pela qual passou o Estado importou mudanças de caráter radical nas instituições e concepções vigentes. Impregnada por princípios e valores democráticos, a função e o conteúdo da Constituição foram alterados. Contudo, nem todas as transformações verificadas adentraram imediatamente nas plagas do Direito Administrativo. Em certos temas, o conteúdo e as interpretações desse ramo jurídico ainda estão vinculados a concepções políticas superadas⁵⁹. Se conforme afirma Fritz WERNER, “o direito administrativo é a concretização do direito constitucional”⁶⁰, podemos concluir juntamente com JUSTEN FILHO que

Talvez se possa encontrar aí uma das causas de dificuldades do próprio direito constitucional brasileiro, cujo ritmo de evolução não é acompanhado pelo próprio direito administrativo. É necessário constitucionalizar o direito administrativo, o que significa, então, atualizar o direito administrativo e elevá-lo ao nível das instituições constitucionais⁶¹.

É necessário levar à atividade administrativa o espírito da Constituição, criando ambiente favorável a realização efetiva dos direitos fundamentais e valores constitucionalmente consagrados. A adoção de uma Constituição não

⁵⁶ Nas palavras de FERRAZ JUNIOR, “a questão dos modos de integração diz respeito aos instrumentos técnicos à disposição do intérprete para efetuar o preenchimento ou a colmatação da lacuna.” Portanto, para a construção jurídica segundo a qual a Constituição é mero modo de integração do Direito, ela seria de utilidade subsidiária ao aplicador do direito, apenas aplicando-se em casos de lacuna da lei. (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 298-299.

⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.* p. 62-63.

⁵⁸ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Trad. Walter Stöner. Coleção Clássicos do Direito. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. 2010, *op. cit.* p. 15.

⁶⁰ *Apud.* MEDAUAR, Odete. 1992, *op.cit.* p.149.

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. 2010, *op.cit.* p. 15.

basta para gerar um Estado democrático ou realizar os valores almejados. A transformação da realidade social e a concretização de valores constitucionalmente consagrados dependem principalmente do desenvolvimento de atividades administrativas efetivas⁶².

Destarte, conforme ensina Caio TÁCITO, o Direito Administrativo está desafiado a se rejuvenescer. A mudança de um Estado liberal a um Estado do qual se exigem diversas prestações positivas revela uma nova ordem constitucional, exigindo uma revisão e ampliação de seus institutos uma vez que a Administração representa o *braço operante do Estado*. Apenas dessa forma os direitos albergados na Constituição Federal alcançarão perfeição e eficácia⁶³.

Ao tratar do tema *constitucionalização do direito*⁶⁴, Luís Roberto BARROSO afirma que

A ideia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas de direito infraconstitucional⁶⁵.

A constitucionalização repercute na atuação da Administração Pública. Assim, (i) limita-lhe a discricionariedade, (ii) impõe deveres de atuação positiva

⁶² *Ibid.* p. 16.

⁶³ TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). **Temas de Direito Administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.25-27.

⁶⁴ Inicialmente, cumpre ressaltar o que não pretendemos significar com o termo em estudo. Por constitucionalização do direito poderíamos pretender caracterizar os ordenamentos jurídicos no qual a Constituição está posicionada ao centro. Sendo este traço comum há vários sistemas jurídicos contemporâneos, afastamos essa primeira significação do que intencionamos expressar. Outro sentido possível, mas refutado por não servir ao nosso propósito teórico, é compreender a constitucionalização do direito como o fato de que a Constituição formal estaria incorporando em seu bojo diversos temas originalmente considerados como infraconstitucionais, fenômeno típico das constituições ditas analíticas. Tampouco esse significado nos interessa. Estas duas possibilidades de definição do fenômeno da constitucionalização são negadas apenas no plano conceitual, não se pretende com isso, negar que ocorram tais fatos no plano jurídico. Em verdade, tais fatos são essenciais para o conceito que adotamos de *constitucionalização do direito*, conforme explicado anteriormente. (BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigma**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.31.32)

⁶⁵ *Ibid.* p. 32.

e (iii) fornece fundamentos de validade para que o administrador pratique atos de aplicação direta e imediata da Constituição, sem que precise da mediação do legislador⁶⁶.

BARROSO afirma que a constitucionalização do direito envolve técnicas e possibilidades interpretativas, aqui elencadas: (1) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores a Constituição, quando a ela incompatíveis; (2) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores a Constituição, quando com ela incompatíveis; (3) a declaração de inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente convocação à atuação do legislador ou do administrador; (4) a interpretação conforme a Constituição, ou realizando a leitura de norma infraconstitucional que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes, ou a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma, e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição⁶⁷.

É certo que o processo e o resultado de transformação do direito causado pela Constituição operam de maneira peculiar em cada ramo jurídico⁶⁸. A constitucionalização do Direito Administrativo reclama uma revisão de suas bases. Assim, o enfoque tradicional deve ser alterado. Fórmulas como “discricionariedade administrativa”, “conveniência e oportunidade” e “interesse público” precisam ser repensadas. Não se quer com isso afirmar que devam ser suprimidas, porém, sua extensão e importância devem ser representadas tendo como referência à dimensão constitucional e democrática⁶⁹.

Utilizando as lições de BINENBJOM e BARROSO é possível afirmar que a mudança paradigmática do ramo jurídico administrativo deverá observar 3 aspectos: (1) a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado; (2) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária; e, por fim, (3) a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo⁷⁰.

⁶⁶ *Ibid.* p. 32-33.

⁶⁷ *Ibidem.* p. 44.

⁶⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.* p. 69.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. 2010, *op. cit.* p. 16.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* p.59-51.

BINENBJOM aponta outras duas revisões necessárias a teoria jurídica da Administração Pública. Primeiramente, (4) uma superação da teoria dicotômica dos atos administrativos, que os classifica em vinculados ou discricionários, por uma teoria dos graus de vinculação à juridicidade. Em segundo lugar, afirma que no Brasil, em razão da Reforma do Estado implementada na última década do século passado, passamos (5) de um Executivo unitário a uma Administração Pública policêntrica⁷¹.

1.5. LEGITIMIDADE, PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição centralizada no ordenamento jurídico representa a grande pedra de toque da mudança de paradigmas do Direito Administrativo. As ideias de direitos fundamentais e democracia, ambas albergadas pela Constituição Federal brasileira, apresentam-se como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito. “Assim, toda a discussão sobre o que é, para que serve e qual a origem da autoridade do Estado e do direito converge, na atualidade, para as relações entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria democrática”⁷².

MOREIRA NETO também compreende que esse novo panorama da teoria jurídica focado na Constituição apresenta novos elementos estruturantes. Para ele, a subsidiariedade⁷³, a Constituição como ordem de valores, os direitos fundamentais e a legitimação da ação do poder público seriam os pilares do novo constitucionalismo⁷⁴. Para nosso estudo, cumpre destacar nos dois autores citados a preocupação com a legitimação democrática. Isso porque, ao adentrarmos na seara da participação, lidaremos diretamente com a

⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. *Op.cit.* p.38-45.

⁷² *Ibid.* p. 49.

⁷³ Por subsidiariedade MOREIRA NETO entende o processo de desmonopolização do poder. Tal característica liga-se a uma releitura da teoria da separação dos poderes, renomeada de separação das funções autônomas. Liga-se intrinsecamente a nova configuração de uma sociedade puriclasse, com conseqüentes demandas plurais. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 65).

⁷⁴ *Ibid.* p. 63-70

tensão entre a eficiência e legitimidade democrática, uma das questões centrais da Administração Pública na atualidade ⁷⁵.

Para MOREIRA NETO, a concretização da legitimidade significa uma homogeneidade entre as reivindicações da sociedade e a atuação administrativa. No mesmo sentido BINENBJOM afirma que as estruturas burocráticas do Estado e seus objetivos devem ser *responsivos* à vontade geral do povo. O debate perpassa necessariamente a discussão referente à solução tradicional da democracia indireta e a democracia direta. No modelo indireto, os representantes decidem sobre todas e quaisquer políticas públicas, a legitimidade de suas ações reportam-se ao momento eleitoral, quando então são escolhidos para representar os eleitores. A democracia indireta teria se tornado insuficiente para a *legitimação plena dos governos*, devendo convolar-se em *democracia direta* ou *semidireta*, passando então a depender da permanente *participação cidadã*, a qual deve ser aberta, assegurada e incentivada pelo Estado como condição última da realização da legitimidade democrática ⁷⁶.

Assim, a necessidade de novas formas de legitimação do Direito Administrativo conduz ao fomento da participação dos administrados nos processos decisórios, tanto em defesa de interesses individuais, como em nome de interesses gerais da coletividade. Trata-se verdadeiramente de uma *democratização* do exercício da atividade administrativa não diretamente vinculada à lei. Neste contexto, a processualização do Direito Administrativo é traço marcante da mudança paradigmática. Busca-se com ela

(i) Respeitar os direitos dos interessados ao contraditório e à ampla defesa; (ii) incrementar o nível de informação da Administração a cerca das repercussões fáticas e jurídicas de uma medida que se alvitra implementar, sob a ótica dos administrados, antes de sua implementação; (iii) alcançar um grau mais elevado de *consensualidade* e *legitimação* das decisões da Administração Pública ⁷⁷.

⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Op.cit.* p. 70.

⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.* p. 77. MOREIRA NETO acrescenta que “A solução para a democracia indireta, em que os representantes eleitos poderiam decidir sobre todas e quaisquer políticas públicas, salvo as que tivessem sido constitucionalmente definidas, é falha, porque parte de uma **presunção de legitimidade**, mas a evolução em curso para uma democracia direta e semidireta, conforme a hipótese decisória de que se cogite, passa a depender da **participação cidadã**, aberta, assegurada e incentivada pelo Estado” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 2006, *op.cit.* p. 71).

⁷⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.* p. 77.

A participação social nos processos de formulação das decisões administrativas é impulsionada como tendência quase universal na atualidade. Essa nova demanda social resulta da crise da democracia representativa e da lei formal, da alocação de cada vez maiores encargos decisórios na Administração Pública e da proliferação de autoridades administrativas independentes⁷⁸.

Segundo ensina ENTERRÍA, há o desaparecimento de qualquer alternativa ao princípio democrático⁷⁹. Tal assertiva soma-se ao ensinamento de CANOTILHO de que é necessário intensificar e aperfeiçoar a participação direta e ativa de homens e mulheres no processo de decisão, como forma de “democratizar a democracia”⁸⁰. Se a democracia é elemento estruturante do Estado, por conseqüência, da própria estrutura da Administração estatal, podemos concluir, parafraseando Canotilho, que é preciso democratizar a Administração Pública, ou seja, é preciso real participação do cidadão/administrado nas tomadas das decisões administrativas.

⁷⁸ *Ibid.* p.78.

⁷⁹ *Apud.* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 2006, *op.cit.* p. 71.

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 290.

2. A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. A PARTICIPAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme ensina ORDONEZ, as teses que postulam a abertura de espaços de participação *cidadã* na Administração Pública apresentam-na como uma técnica destinada a superar as insuficiências de legitimidade construída sobre os fundamentos ideológicos do Estado liberal clássico. A ação administrativa tradicionalmente baseia sua legitimidade no estrito respeito da legalidade, vale dizer, na sujeição ao ordenamento jurídico criado por Poderes Públicos dotados de legitimidade política – democrática proveniente diretamente do povo, o qual é titular da soberania. Para o sistema constitucional clássico a participação cidadã no sistema democrático se limita a eleição periódica dos representantes políticos, negando que os cidadãos possam intervir diretamente na formação de decisões que possam afetar o interesse geral ⁸¹.

Prossegue o jurista peruano afirmando que essa crise do agir estatal na seara administrativa agrava-se devido à presença de outros fatores: (1) a crise de legitimação do próprio sistema representativo; (2) o fortalecimento dos poderes decisórios da Administração no transcorrer do tempo, enquanto as possibilidades de controle político efetivo a cargo dos poderes dotados de representação popular (representantes democraticamente eleitos) sobre o aparato administrativo se debilitaram diante da complexidade da organização administrativa; (3) o princípio da legalidade não permite mais legitimar a totalidade das ações administrativas, uma vez que a função legislativa não acompanha a complexidade social; (4) o controle de legalidade por via judicial somente se opera por aquele que é afetado e de maneira posterior a atuação administrativa, ou seja, é ineficiente para evitar o dano, pois não atua

⁸¹ORDÓÑEZ, Jorge Danós. La Participación Ciudadana en el Ejercicio de las Funciones Administrativas en el Peru. In: LEAL, Rogério Gesta (Organizador). **Administração Pública e Participação Social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. p. 61.

preventivamente, mas apenas corretivamente; e, por último, (5) porque não se pode aceitar que a burocracia tenha o monopólio de definição do que é interesse público.

No mesmo sentido, Rogério Gesta LEAL afirma que há um esvaziamento dos modelos tradicionais de representação política. O Estado já não detém de forma exclusiva a produção da ordem social e, atuando isoladamente, não mais consegue dar conta da complexidade. Novas experiências participativas aparecem como possibilidades destinadas a complementar os modelos tradicionais de legitimação da Administração Pública. Essa reflexão sugere a necessidade de revisar as estruturas vigentes na Administração Pública⁸².

Nessa linha de entendimento, a abertura institucional para a participação significa a adequação funcional da Administração Pública ao novo contexto, inserindo espaços de diálogo entre cidadão e administrador público. Estes espaços de diálogos configuram-se como canais através dos quais as demandas populares são levadas a Administração Pública.

Se, como exposto, a legitimação da ação estatal não pode mais decorrer apenas da observância do princípio da legalidade, a criação de novos modos de aferição da vontade da Administração Pública, aumentando o recurso a mecanismos de participação da sociedade civil na formação da vontade administrativa pode significar uma nova forma de legitimação da Administração Pública⁸³.

2.2. O PRINCÍPIO DE PARTICIPAÇÃO NA TEORIA HABERMASIANA

Garantir aos cidadãos a participação e a discussão nos assuntos de seus interesses e direitos é dever do Estado Democrático de Direito. Essa é

⁸² LEAL, Rogério Gesta. Possíveis Dimensões Jurídico-Políticas Locais dos Direitos Cíveis de Participação Social no Âmbito da Gestão do Interesses Públicos. *In*: LEAL, Rogério Gesta (Organizador). **Administração Pública e Participação Social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. p. .392.

⁸³ SORDI, Bernardo; MANNORI, Lucca. *Op. cit.* p. 464-465.

também a perspectiva de Jürgen HABERMAS e sua Teoria da Ação Comunicativa⁸⁴.

Para HABERMAS, a realidade é formada por dois tipos de racionalidade, as quais determinam duas formas distintas de ação. De um lado, haveria uma racionalidade *cognitivo-instrumental*, denominada racionalidade *sistêmica*, baseada na capacidade dos indivíduos de, uma vez dotados de informações, manipular e adaptar-se as condições de um meio ambiente contingente⁸⁵. Essa racionalidade se conecta ao poder e ao controle (e não à sociabilidade), relacionando-se com um modo de agir estratégico⁸⁶.

Conforme nos ensina Manoel Eduardo Alves Camargo e GOMES, a racionalidade sistêmica asseguraria “a reprodução material e institucional da sociedade, ou seja, a economia e o Estado, tendo como mecanismos auto-reguladores, respectivamente, o dinheiro e poder”⁸⁷. Cabe lembrar que, nesse contexto, o Direito deveria insistir “que os sistemas dirigidos pelo dinheiro e pelo poder administrativo não fujam inteiramente a uma integração social mediada por uma consciência que leva em conta a sociedade como um todo”⁸⁸.

HABERMAS indica a existência de outro tipo racionalidade, a qual seria oriunda do *mundo da vida*, denominada racionalidade *comunicativa*. O agir comunicativo ocorreria quando os indivíduos utilizassem a linguagem como meio coordenador na ação, e a própria linguagem passasse a ser explorada como fonte de integração social. Desta forma, o entendimento lingüístico é considerado um mecanismo de coordenação da ação⁸⁹. Enquanto, a racionalidade sistêmica é característica do sistema, a racionalidade comunicativa vincula-se ao mundo da vida. Conforme ensina VIEIRA,

⁸⁴ BEGALLI, Ana Silvia Macatto. *et al.* O Estado Democrático de Direito em Jürgen Habermas. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, Ano 19, vol. 75, abr-jun./2011. p.132.

⁸⁵ NETTO, José Paulo. Nótula à Teoria da Ação Comunicativa de Habermas. *In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant (org.). Teorias da Ação em debate*. São Paulo: Cortez: FAPESP: Instituto de Estudos Especiais, PUC, 1993. p. 54.

⁸⁶ COHN, Gabriel. A Teoria da Ação em Habermas. *In: CARVALHO, Maria do Carmo (organizadora). Teoria da Ação em Debate*. São Paulo: Cortez, 1993. p. 73.

⁸⁷ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. **O Regime Jurídico das Ouvidorias Públicas Brasileiras**: Causalidade de Sentido e Adequação Estruturo-Funcional. 374 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000. p. 354.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia I**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Coleção Biblioteca Tempo Universitário, n.102. Série de Estudos Alemães. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 65.

⁸⁹ *Ibid.* p. 35-36.

É importante salientar que tanto o sistema quanto o mundo da vida são atravessados pelas dimensões do público e do privado. No sistema, o público é o Estado, o privado a economia. No mundo da vida, o público é a participação política dos cidadãos, e o privado é a família⁹⁰.

Essa constatação, por mais óbvia que nos possa parecer, é de assimilação recente para o Direito Administrativo. Segundo PIRES, apenas com o advento do Estado Democrático de Direito abandonou posições passivas em relação ao Estado, passando a condição de participante na Administração Pública⁹¹.

A compreensão da participação do cidadão na Administração Pública perpassa pelo estudo da tensão entre as duas formas de racionalidade: a sistêmica e a comunicativa. Como visto, a racionalidade sistêmica impera no Estado, logo, na Administração Pública. O pensador alemão constatou que estas duas lógicas (sistêmica e comunicativa) estariam em constante conflito. A modernidade é marcada pelo que HABERMAS chama de “colonização do mundo da vida”. Essa colonização seria a invasão do mundo da vida pela racionalidade sistêmica.

Jessé SOUZA ensina que, no mundo moderno, o movimento de penetração da racionalidade sistêmica no mundo da vida reduz os espaços de liberdades individuais, resultante da burocratização da sociedade produzida pelas esferas da economia e da política. “Como consequência, produzem-se *problemas de orientação (Orientierungsprobleme)* na esfera privada e *problemas de legitimação* na esfera pública”⁹².

A forma do direito não é mais suficiente para legitimar o exercício do poder administrativo do Estado. A forma do direito positivo garante a segurança, a previsibilidade e a organização do agir estatal, “mas ela não garante a legitimidade democrática deste exercício do poder administrativo”⁹³.

⁹⁰ *Apud* GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *Op. cit.* p. 355

⁹¹ Conforme estudado no Primeiro Capítulo, no Estado Absolutista o cidadão ocupava a posição de súdito. No Estado Liberal passou a ser o administrado. Com o advento do Estado Social passou a condição de cliente dos serviços públicos prestados.

⁹² SOUZA, Jessé. **Patologias da Modernidade**: Um diálogo entre Habermas e Weber. São Paulo: Annablume, 1997. p. 106.

⁹³ BEGALLI, Ana Silvia Macatto. *et al. Op. cit.* p. 127.

A teoria habermasiana conduz para a “necessidade de legitimação mais sofisticada do exercício do poder político, de modo a transformar a atividade administrativa do Estado na expressão de uma atividade legítima de sua comunidade”⁹⁴. Segundo as lições de GOMES,

A proposta apresentada pelo pensador alemão, em relação ao problema de orientação, seria a instauração de procedimentos comunicativos, calcados na razão dialógica, os quais validariam ações sociais pelo critério democrático.

Em relação ao problema referente à legitimação, seriam necessárias a constituição e a ampliação de espaços onde se poderia exercer a racionalidade comunicativa, por meio de procedimento democrático, ao qual caberia reverter o processo de “colonização” do “mundo da vida”⁹⁵.

A pretendida constituição e ampliação de espaços nos quais se possa exercer a racionalidade comunicativa, refere-se (não exclusivamente) a abertura de espaços de participação do indivíduo no interior da Administração Pública. Segundo HABERMAS, “a participação significa aqui uma participação geral, a base da oportunidade igual, em processos discursivos de formação de vontade”⁹⁶. Voltando sua atenção ao modelo estatal atual, o pensador alemão leciona que

O Estado democrático de direito transforma-se num projeto, resultado e, ao mesmo tempo, mola de uma racionalização do mundo da vida, a qual ultrapassa as fronteiras do político. O único conteúdo do projeto é a institucionalização progressivamente melhorada dos processos de formação racional e coletiva da vontade, os quais não podem prejudicar os objetivos concretos dos participantes⁹⁷.

A legitimidade pela legalidade é suficiente para o agir administrativo na medida em que a própria criação do direito é realizada por *procedimentos democráticos*, ou seja, trata-se de uma legitimação que obedece a critérios de racionalidade procedimental. Assim, “são válidas as normas de ação [entre as quais se encontra o direito] às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar

⁹⁴ BEGALLI, Ana Sílvia Macatto. *et al. Op. cit.* p. 125.

⁹⁵ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *Op. cit.* p. 356-357

⁹⁶ **A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio**. Trad. Vamireh Chacon. Coleção Biblioteca Tempo Universitário, n.60. Série de Estudos Alemães. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 167.

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia II**. p. 276.

seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”⁹⁸, logo, é preciso que todos que se submetem ao direito também se considerem como seus autores⁹⁹. Essa é a fórmula do que o autor denomina princípio do discurso.

A legitimação da atuação da Administração Pública pela legalidade é abalada quando confrontada com o poder produzido comunicativamente. A institucionalização de espaços de produção comunicativa do poder torna-se fator de aprimoramento da legitimidade da atuação do Estado, parece possível gerar sensibilização do Direito Administrativo por essa necessidade de legitimação discursiva, criando e ampliando espaços de participação da sociedade civil no interior da Administração Pública. O autor da Escola de Frankfurt nos explica que

O poder legítimo produzido comunicativamente pode influir no sistema político, assumindo em suas mãos o *pool* de argumentos que necessariamente acompanham a racionalização das decisões administrativas. Pois quando a comunicação política, anterior ao sistema político, desvaloriza discursivamente os argumentos normativos introduzidos por ele, tudo o que é factível para o sistema político perde seu valor absoluto. [...] Com um pouco de fantasia institucional, encontraríamos maneiras de complementar as corporações parlamentares existentes, submetendo-as a instituições com o poder para obrigar o judiciário e o executivo a se legitimarem, de um modo mais eficaz, perante a esfera pública jurídica e a clientela atingida¹⁰⁰.

Para a teoria do agir comunicativo, o Direito como ordem legitima que se tornou reflexiva integra o componente social do mundo da vida. Podemos concluir com HABERMAS que

Do direito participam todas as comunicações que se orientam por ele, sendo que as regras do direito referem-se reflexivamente a integração social realizada no fenômeno da institucionalização. [...] Nesta medida, a linguagem do direito pode funcionar como um transformador na circulação da comunicação entre sistema e mundo da vida”¹⁰¹.

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia I**. p. 142.

⁹⁹ *Ibid.* p. 157.

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia II**. p.271.

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia I**. p.112.

2.3. A SITUAÇÃO IDEAL DE FALA E A PARTICIPAÇÃO

Para que a autolegislação se firme como critério legitimador do direito, o processo comunicativo deve ocorrer em uma “situação ideal de fala”, ou seja, em um espaço onde todos os participantes possam argumentar em condições de igualdade, fazendo com que ao final do diálogo, reste como argumento vencedor, aquele que possa se justificar perante todos por apresentar as melhores razões. Para que esta “situação ideal de fala” se configure, alguns pressupostos devem ser preenchidos. Assim, o autor alemão elenca cinco direitos fundamentais que devem ser garantidos aos cidadãos nos processos comunicativos. Seriam eles:

(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*. [...] (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros de direito; (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. [...] (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo. [...] (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)¹⁰².

HABERMAS reconhece que “os pressupostos idealizadores sobrecarregam, sem dúvida, a prática comunicativa cotidiana; porém, sem essa transcendência intramundana, não pode haver processos de aprendizagem”¹⁰³. Em uma sociedade como a nossa, assolada por diversos problemas que inviabilizam a participação, devemos buscar formas alternativas (ou seja, efetivas) de participação. Para Gesta LEAL, cabe ao Estado promover a implantação de um mínimo de condições para assegurar a participação da população na Administração Pública, uma vez que este possui posição privilegiada de impulsão à constituição de uma sociedade Democrática de

¹⁰² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia I**. p. 159-160.

¹⁰³ *Ibid.* p.21.

Direito ¹⁰⁴. Portanto, é função do Estado garantir aos cidadãos todos os direitos fundamentais mínimos para a formação de um ambiente ideal de comunicação, onde a vontade administrativa possa ser alcançada por meio de procedimentos comunicativos.

A legitimação comunicativa se estabelece por um procedimento administrativo definido e pela garantia de sua regularidade, ou como quer MIRAGEM, “pela disciplina de mecanismos que assegurem aos administrados o máximo de acesso a informações e efetiva participação no processo de tomada de decisões da Administração Pública”¹⁰⁵.

Além dos direitos fundamentais necessários ao estabelecimento de um espaço ideal de fala, é preciso superar a “*assimetria informativa* entre os grupos de interesse que atuam nos espaços institucionais estabelecidos” ¹⁰⁶, garantindo que os falantes atuem em condições de igualdade, prevalecendo sempre como argumento “vencedor” aquele que se justifique racionalmente com o melhor argumento. MIRAGEM acrescenta ao problema da assimetria informativa o fato de que muitas das matérias tratadas pela Administração Pública envolvem conhecimentos técnicos específicos, cujo “acesso geral não é franqueados a todos” ¹⁰⁷.

A Constituição Federal de 1988, atenta às exigências de institucionalização de canais de participação, albergou alguns direitos e garantias que visam a efetivação de espaços para deliberação. LEAL aponta alguns deles: a exigência de publicidade dos atos da Administração; o dever da Administração Pública prestar informações à cidadania; o direito do cidadão de obter certidões do Poder Público; e o direito de petição¹⁰⁸, entre outros.

Portanto, o estabelecimento de canais de participação do cidadão requer, concomitantemente, a garantia de diversas condições objetivas e subjetivas aos cidadãos (participantes), concretizando o a denominada “situação ideal de fala”, com vistas a que a racionalidade comunicativa seja inserida em espaços estatais e concretize suas possibilidades emancipatórias.

¹⁰⁴ LEAL, Rogério Gesta. Possíveis Dimensões Jurídico-Políticas Locais dos Direitos Cíveis de Participação Social no Âmbito da Gestão do Interesses Públicos. In: LEAL, Rogério Gesta (Organizador). **Administração Pública e Participação Social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. p. 388-391.

¹⁰⁵ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*. p. 46.

¹⁰⁶ *Ibid.* p. 50.

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Op.cit.* p. 394.

2.4. ANÁLISE CRÍTICA DA PARTICIPAÇÃO

Segundo Pedro DEMO, a *qualidade política*¹⁰⁹ de uma sociedade é retratada nos canais de participação existentes em uma sociedade, caracterizada por oportunidades e processos que culminam em uma participação autêntica da sociedade em sua própria gestão. “Nossa sociedade se caracteriza pela obstrução, muitas vezes obstinada, de tais canais, ou pelo esvaziamento discursivo, tornando direitos transcritos em letra morta”¹¹⁰.

Segundo o autor, “participação é o processo de conquista das condições de autodeterminação”¹¹¹. Enquanto conquista, ela nunca poderá ser dada, outorgada ou imposta. Sendo processo, ela não pode ser apenas prévia e tampouco suficiente. “Porque é processo, não produto acabado”^{112, 113}.

DEMO indica que é possível que o processo participativo transforme-se seja capturado pelo Estado. Sua crítica “tem por finalidade cercar o processo participativo dos cuidados teóricos e práticos necessários, sobretudo para não transformar participação na farsa mais elegante do poder”¹¹⁴. O problema da captura da participação pelo Estado pode existir, não podendo ser ignorado teoricamente. A aproximação entre Estado e sociedade pode fazer com que esta se torne apenas mais um setor estatal, bem como a aproximação do Estado e dos movimentos sociais pode conduzir a cooptação destes. Nesse cenário, os mecanismos de participação seriam falhos e ineficientes. Desta forma, segundo PEREZ, “os canais de veiculação dos interesses da sociedade

¹⁰⁹ “Por *qualidade política* entendemos a característica processual que fenômenos participativos precisam apresentar, em termos de conteúdo, fins, para além das instrumentações formais”. (DEMO, Pedro. **Participação é Conquista**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1996. p. 116).

¹¹⁰ DEMO, Pedro. **Pobreza Política**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1991. p. 97.

¹¹¹ *Ibid.* p. 101.

¹¹² *Idem*. O pessimismo inicial de DEMO não pode ser encarado como uma forma de total descrédito das formas participativas institucionalizadas, mas deve importar na necessidade de um senso crítico em relação aos processos participativos, ou seja, uma maior vigilância do Poder. “Desconfiar do poder faz parte da saúde democrática”. (*Ibid.* 103).

¹¹³ *Ibid.* p. 103.

¹¹⁴ Demo. 1996, *op. cit.* p. 85.

passam a simplesmente ecoar a política governamental”¹¹⁵. Para solucionar os problemas da captura pelo mercado e pelo governo, é preciso institucionalizar os processos administrativos de participação. A institucionalização possibilitaria tornar a participação um processo transparente, regulado e controlável¹¹⁶.

Os canais de participação também podem ser objeto de captura pelo mercado. Devemos considerar que “poderosos grupos inevitavelmente detêm, é bom dizer, grande capacidade de organização, grande capital político e informações que, em última instância, somente eles podem fornecer às autoridades públicas”¹¹⁷.

A aproximação entre a sociedade civil e o Estado por meio de incremento da participação pode gerar corrupção, sacrificando-se políticas públicas em favor de interesses pessoais e da venalidade. O fenômeno participativo é novo para a tradicional prática do Direito Administrativo. Boaventura de Souza SANTOS afirma que a desconfiança em relação ao que é novo é típica de um período histórico de pessimismo estrutural. Dessa maneira,

a desconfiança consiste em interpretar todas as características e desenvolvimentos de uma realidade desestabilizadora emergente como passos ou movimentos em direção a um fracasso final e inevitável. Esta interpretação da morte anunciada, que tanto pode vir da esquerda como da direita, funciona como uma armadilha intelectual. Montada a armadilha, o pássaro raro da utopia realista cai nela, mais tarde ou mais cedo¹¹⁸.

O espírito crítico que deve recair sobre o fenômeno participativo deve ser menos paralisante do que fator de aprimoramento para a institucionalização de formas participativas, as quais devem ser compreendidas enquanto processos de conquista capazes de inserir racionalidade comunicativa em um ambiente tipicamente dominado pela racionalidade sistêmica, conferindo novos padrões de legitimidade para a ação estatal.

¹¹⁵ PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática**: Institutos de Participação Popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 225.

¹¹⁶ *Ibid.* p. 228.

¹¹⁷ *Ibid.* p. 229.

¹¹⁸ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Democracia Participativa em Ação. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de. (Org.). **Democratizar a Democracia: os Caminhos da Democracia Participativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2009. p. 546-547.

2.5. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

Na doutrina brasileira, a teoria da Administração Pública Consensual¹¹⁹ aparece como possibilidade de se pensar a participação do ponto de vista jurídico administrativo. Para MOREIRA NETO, a Administração estaria caminhando de um modelo imperativo para um modelo consensual, acompanhando a mudança do próprio Estado. Para o autor, a função administrativa originalmente liberal, deve se adequar aos preceitos democráticos que caracterizam o Estado atual¹²⁰.

Segundo MOREIRA NETO, quatro vetores marcam a mudança de uma Administração Imperativa a uma Administração Consensual. (I) Os direitos fundamentais tornam-se fatores determinantes na promoção do reequilíbrio das relações entre Estado e sociedade no direito e na política contemporâneos; (II) a subsidiariedade¹²¹; a participação cidadã se adensa devido às novas relações entre Estado e sociedade; e (IV) a Constituição centraliza-se no ordenamento jurídico¹²². De acordo está perspectiva, MOREIRA NETO entende que eclode uma Administração Consensual, para qual o consenso se torna instrumento da ação estatal. Afirma o autor que

É inegável que o **consenso** como forma alternativa da ação estatal representa para a Política e para o Direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interessados (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evitam os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem)¹²³.

¹¹⁹ A Teoria da Administração Pública Consensual de Moreira Neto é colocada aqui apenas como marco teórico para nossas indagações no plano da Ciência do Direito Administrativo, pois compreendemos que esta é a teorização que mais se aproxima de nossa reflexão, a qual se baseia na Teoria Habermasiana do Agir Comunicativo. Desta maneira, não nos aprofundaremos na temática do consenso.

¹²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). **Temas de Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 67-69

¹²¹ “Atende-se ao princípio da **subsidiariedade** sempre que a decisão do poder público venha a ser tomada da forma mais **próxima** possível dos cidadãos a que se destinem”. (*Ibid.* p.70)

¹²² *Ibid.* p.69-78.

¹²³ *Ibid.* p.82-83.

Ao tratar sobre o tema, MIRAGEM afirma que,

Segundo este entendimento [a Teoria da Administração Pública Consensual], o espaço de mediação dos interesses presentes na sociedade rompe com a exclusividade das relações de natureza político-institucional, mediada por partidos políticos no âmbito do processo eleitoral, para conviver no interior da Administração Pública, por intermédio de instrumentos de participação da população¹²⁴.

Para MOREIRA NETO, este modelo administrativo seria realizável em três modalidades: a decisão consensual, a execução consensual e a solução de conflitos consensual¹²⁵. Contudo, como bem aponta MIRAGEM, a participação verificada na execução consensual parte de outras premissas,

cuja razão de ser prende-se mais à reavaliação contemporânea das funções estatais no tocante à execução direta dos serviços comerciais ou industriais e da intervenção do Estado no domínio econômico, do que propriamente a tradução da busca de um consenso da ação administrativa¹²⁶.

Portanto, os canais participativos que representam a função executiva administrativa consensual, não se adequariam ao nosso propósito, o qual é ampliar e institucionalizar os canais de diálogo entre a sociedade civil e o Estado dentro da Administração Pública, com vistas a inserir racionalidade comunicativa dentro de um espaço caracterizado por atuação baseada em racionalidade sistêmica, conferindo novos padrões de legitimidade à ação administrativa. Nos casos de execução administrativa consensual, a ação do particular em colaboração com a Administração é marcado por uma racionalidade estratégica¹²⁷.

A inserção de racionalidade comunicativa dentro da Administração Pública, para além da superação do problema da legitimidade¹²⁸, em termos

¹²⁴ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.* p. 310.

¹²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 2006, *op. cit.* p. 85.

¹²⁶ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.* p. 310.

¹²⁷ Por exemplo, a atuação do particular que assume a prestação de serviço na manutenção de estradas e rodovias em regime de concessão, visa, sem sombra de dúvidas, obter lucro, e não alcançar consensualidade sobre a melhor forma de cumprir com este serviço público.

¹²⁸ “Historicamente, o problema da legitimidade da Administração Pública sempre foi reconduzido aos mecanismos de legitimação dos Poderes Legislativos e Executivo. Em relação ao Legislativo, invoca-se a lei (produto da vontade geral ou, ao menos, da vontade dos agentes eleitos) como fonte de autoridade da Administração. Em relação ao Executivo, remetia-se a condução dos negócios administrativos diretamente ao Presidente ou ao Primeiro-Ministro, escolhidos de forma imediata ou não, pelo voto popular.” (BINENBOJM, Gustavo. *Agências*

jurídicos, possui outras virtudes. PEREZ demonstra que a participação concretiza a democracia (logo, dá vida ao Estado Democrático de Direito) e torna a Administração Pública mais “controlada e permanentemente associada ao papel de efetivação dos direitos humanos ou fundamentais, objetivos do Estado de Direito em sua acepção material”¹²⁹. Além disso, a administração consensual é mais eficiente do que a administração nos moldes tradicionais, pois converge mais facilmente para a consecução dos objetivos oriundos do choque dos interesses de todo o gênero nas sociedades contemporâneas¹³⁰.

A Teoria da Administração Pública Consensual representa a sensibilidade da doutrina jurídica brasileira ao fenômeno da participação, e, com as ressalvas feitas por MIRAGEM, pode ser considerada um referencial sobre o tema tratado na doutrina nacional.

2.6. A PARTICIPAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

CATARAÇO e LOPES DOS SANTOS afirmam que com a CF/88, temos a participação elevada ao patamar constitucional, quando o artigo 1º, §1º diz que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”¹³¹. Apesar disso, não se pode afirmar que exista, no Direito Constitucional brasileiro, um princípio de participação expressamente positivado. Tampouco podemos concluir em sentido contrário que o Direito brasileiro desestimule a participação popular na Administração Pública. Uma análise sistemática do texto constitucional revela razões suficientes para concluir que “a presença dos cidadãos, das formações sociais e dos interesses coletivos no interior da Administração, sob o nome de participação, constitui uma das tendências contemporâneas”¹³².

Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. In: BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Pg. 105).

¹²⁹ PEREZ, Marcos Augusto. *Op.cit.* p. 71-72.

¹³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 2006, *op. cit.* p. 79-80.

¹³¹ SANTOS, André Luiz Lopes dos; CARATAÇO, Gilson. A Consensualidade e os Canais de Democratização da Administração Pública. In: In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes Neto; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). **Curso de Direito Administrativo Econômico I**. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 801.

¹³² MEDAUAR, Odete. 1992, *op. cit.* p. 214.

De acordo com PEREZ, a Constituição Federal brasileira de 1988 albergou o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito. Ambos os princípios “assumem uma caracterização relativamente complexa, pois passa[m] a nortear a conduta do Estado e da sociedade por parâmetros contemporaneamente aceitos”¹³³. Nas palavras do jurista português CANOTILHO, o princípio democrático torna-se *princípio de organização* da titularidade e exercício do poder. Destarte, “o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de estado e de governo”¹³⁴. Logo, não basta que o Estado respeite as normas da democracia representativa, sendo seu dever estruturar processos que ensejem aos cidadãos possibilidades efetivas de participar nos processos de decisão administrativa¹³⁵.

As reformas do Estado brasileiro realizadas na década de noventa, segundo GOMES, “alteraram substancialmente a racionalidade preponderante no espaço estatal”¹³⁶. Neste sentido, a reforma introduzida no Direito pátrio pela Emenda Constitucional n.º 19/98, a qual inseriu o art. 37, § 3º no texto constitucional, ao trazer norma geral sobre a participação popular na Administração Pública, evidencia essa mudança de racionalidade, valorizando a modalidade comunicativa em substituição a tradicional racionalidade sistêmica. Em termos administrativos, substituiu-se uma Administração hierarquizada e imperativa, por uma Administração participativa (segundo MOREIRA NETO, uma Administração consensual). O referido parágrafo dá ênfase e destaque à participação popular ao estatuir que:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII

¹³³ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.* p.73.

¹³⁴ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Op.cit.*p. 290.

¹³⁵ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.* p.73.

¹³⁶ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *Op. cit.* p. 360.

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Como dito, ainda que de modo implícito, o princípio democrático está constitucionalizado no Direito brasileiro. É *princípio de organização*¹³⁷ do Estado, ou seja, para além de sua configuração axiológica, determina a organização do Estado, de forma que suas estruturas voltem-se a plena realização da democracia participativa e dos objetivos do Estado de Direito¹³⁸.

Para PEREZ, o princípio da participação não está explícito na Constituição brasileira, uma vez que não está arrolado no *caput* do artigo 37 da Carta constitucional¹³⁹. Todavia, o autor considera que este princípio está albergado de maneira implícita no texto constitucional, sendo decorrente da conjugação do princípio do Estado de Direito, do princípio democrático e do princípio da eficiência. Trata-se, bem como o princípio democrático, de um princípio de organização, pois implica a estruturação de processos de tomada de decisão nos quais é possível ao cidadão participar¹⁴⁰.

Desta forma, compartilhando do entendimento de PEREZ, considera-se o princípio da participação como um princípio constitucional implícito da Administração Pública, determinante para a forma como esta se organiza.

¹³⁷ “Chamamos princípios de organização aqueles que importam na estruturação de processos formais de divisão de tarefas ou competências e de tomada de decisão”. (PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.* p.83).

¹³⁸ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.* p. 74.

¹³⁹ “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

¹⁴⁰ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.* p. 83.

3. CANAIS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com a finalidade de ampliar a inteligibilidade da ideia de participação até aqui exposta, discorrer-se-á, sucintamente, sobre alguns canais de participação da população na Administração Pública. O intento é demonstrar como a institucionalização de processos participativos pode contemplar a ação administrativa dirigida por uma racionalidade comunicativa. Além disso, procura-se demonstrar que a institucionalização pode ser fator favorável a configuração de um “espaço ideal de fala”, portanto, imunizando a participação do problema da captura pelo governo e pelo mercado e também, combatendo a corrupção.

Por canais de participação entendemos, conforme exposto por CARATAÇO e SANTOS, os meios, as formas, os instrumentos que a população dispõe para interferir na realização da função administrativa do Estado¹⁴¹.

Adverte-se que, na perspectiva adotada, que nem todo processo participativo importa necessariamente um compromisso com a racionalidade dialógica. Dessa forma, como já salientado anteriormente, a atividade executiva participativa na Administração Pública não será estudada, uma vez que não concretiza a inserção de racionalidade comunicativa na Administração Pública¹⁴².

Sendo objeto desta monografia a Administração Pública, institutos de participação legislativa¹⁴³ e judiciária¹⁴⁴ são excluídos dessa análise, ainda que

¹⁴¹ SANTOS, André Luiz Lopes dos; CARATAÇO, Gilson. *Op.cit.* p. 811.

¹⁴² Com isso não se pretende menosprezar ou reduzir a importância desses *outros* processos participativos, senão atentar para o fato de que eles não são objeto deste estudo.

¹⁴³ “Os *canais de democratização legislativos* [...] dizem respeito aos meios com que a sociedade pode influenciar na produção normativa do Estado. Desta forma, como exemplos de canais legislativos de democratização da Administração Pública podemos mencionar o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular, o veto popular, a opção popular e o *lobby*”. (SANTOS, André Luiz Lopes dos; CARATAÇO, Gilson. *Op. cit.* p.812).

¹⁴⁴ “Os *canais de democratização judiciais* podem ser exercidos através dos institutos do mandato de segurança coletivo, do mandato de injunção coletivo, da ação popular, do *habeas data*, da ação civil pública, da ação direta de inconstitucionalidade, da ação de impugnação de mandato eletivo, da queixa crime e do Tribunal do Júri. Estes são institutos através dos quais a sociedade pode interferir na função judicial do Estado, buscando a tutela de seus interesses metaindividuais”. (*idem*)

tais institutos possam significar um comprometimento com a racionalidade comunicativa¹⁴⁵.

3.1. ENQUETES, DEBATES E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Trata-se de modalidades participativas onde a atuação do particular é coadjuvante¹⁴⁶ na determinação da ação administrativa. Nas enquetes ou coletas de opinião, a Administração vale-se dos meios de comunicação disponíveis para colher subsídios, os quais aparecem como tendências e preferências dos interessados em determinado tema, o qual aparece como objeto da ação administrativa¹⁴⁷. Após a colheita de informações, a Administração Pública goza de maiores argumentos para lastrear sua ação, portanto, aperfeiçoa-se a legitimidade da atuação estatal.

MOREIRA NETO diferencia a coleta de opinião e o debate público, afirmando que o segundo é mais intenso, possibilitando o diálogo efetivo entre interessados e Administração. O traço característico do debate público é a abertura de uma instância para negociação entre Administração e interessados¹⁴⁸.

Conforme ensina PEREZ, as audiências vem ganhando espaço no Direito brasileiro, especialmente no tocante à ação normativa das agências reguladoras, uma vez que muitas vezes estão previstas nas leis que criam as agências reguladoras. As audiências são inseridas na fase instrutória do processo decisório e consistem na realização de uma sessão pública aberta a todos possíveis interessados, podendo prever instâncias de deliberação. Sua função é esclarecer a discussão de todos os aspectos e problemas envolvidos

¹⁴⁵ Citamos como exemplo, as leis de iniciativa popular, as quais valorizam a racionalidade dialógica, porém, sem estarem inseridas dentro da Administração Pública, não são objeto desta análise.

¹⁴⁶ “A atuação coadjuvante do particular é aquela em que a Administração ouve os particulares e com eles negocia as melhores soluções, mas se reserva na plenitude da decisão”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 2006, *Op. cit.* p. 86).

¹⁴⁷ SANTOS, André Luiz Lopes dos; CARATAÇO, Gilson. *Op.cit.* p. 813.

¹⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 2006, *op. cit.* p. 85.

em determinada decisão administrativa¹⁴⁹. Segundo MOREIRA NETO, as audiências públicas estão submetidas à maior formalidade processual quando comparadas aos debates públicos, podendo ser determinantes¹⁵⁰ ou não para a tomada de decisão.

Bem como as enquetes e os debates públicos, as audiências pública são mecanismos legitimadores da ação administrativa. Para cumprir adequadamente sua função, a Administração Pública deverá atentar para o problema já tratado neste trabalho da assimetria informativa e desnivelamento técnico existente entre Administração Pública e sociedade. Sem considerar estes aspectos, a audiência pública corre o risco de ser mecanismo de mascaramento de legitimidade, mediante clara distorção discursiva¹⁵¹.

3.2. CONSELHOS COM PARTICIPAÇÃO POPULAR, ASSESSORIA EXTERNA E CO-GESTÃO DE PARAESTATAL

Os conselhos são institutos de participação muito freqüentes no Direito brasileiro. Comissões de usuários e comitês deliberativos são exemplos de conselhos, e apenas representam alguns dos diversos nomes que eles podem assumir. Trata-se de órgãos colegiados, criados por lei ou mediante autorização legal, compostos por representantes da Administração e representantes da sociedade, os quais deverão tomar decisões (ou serem consultados) em assuntos cuja competência lhe tenha sido atribuída. Busca-se que sua composição reflita a heterogeneidade dos interesses presentes sobre a matéria que lhe é de competência. Aspecto relevante refere-se ao fato de que, nos conselhos a participação é institucionalizada na estrutura regular da

¹⁴⁹ PEREZ, Marcos Augusto. *Op.cit.* p.168. SANTOS, André Luiz Lopes dos; CARATAÇO, Gilson. *Op.cit.* p. 814.

¹⁵⁰ “Na **atuação determinante do particular** [...] a Administração deve ouvir os particulares podendo com eles negociar as melhores soluções, em termos de atendimento de todos os interesses juridicamente protegidos envolvidos na relação, mas estará vinculada à decisão que vier a prevalecer, em obediência ao processo adotado”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 2006, *op. cit.* p. 86).

¹⁵¹ SANTOS, André Luiz Lopes dos; CARATAÇO, Gilson. *Op. cit.* p. 815.

Administração Pública¹⁵². Podem ser consultivos ou deliberativos, de acordo com a norma que os criou ou autorizou. Sendo deliberativos, deslocam o poder decisório do chefe do Poder Executivo para a periferia da estrutura orgânica, em técnica de desconcentração administrativa.

Uma vez que os conselhos são integrados à estrutura orgânica da Administração, não possuem personalidade jurídica e, dessa maneira, não gozam de autonomia gerencial, administrativa ou financeira. Não podem contrair obrigações, tampouco respondem judicialmente por seus atos. Excepcionalmente, em questões que envolvam o exercício de suas prerrogativas decisórias (em conselhos deliberativos) possuem capacidade postulatória¹⁵³.

A atuação dos conselhos de caráter consultivo confunde-se com a assessoria externa. Por meio deste canal de participação de caráter coadjuvante, um ou mais representantes das categorias de interesses que poderão ser atingidos pela decisão são escolhidos. Os assessores externos, os quais devem ser pessoas estranhas à Administração, exercem sua função com ou sem remuneração. Uma vez nomeados devem necessariamente ser consultados pelo órgão decisório¹⁵⁴. Podem ser indicados livremente, mas deverá existir uma relação legitimadora para sua escolha, pois estes tem a incumbência de levar “a voz e o sentir do homem comum”¹⁵⁵ para dentro do processo decisório administrativo.

A atuação em conselhos em caráter deliberativo (e determinante) possui como uma de suas formas de manifestações, a co-gestão de paraestatal. Aqui, o legislador abre “a participação na direção de entidades públicas a pessoas qualificadas e para esse propósito especificamente nomeadas”. A co-gestão é de ampla utilização no caso de autarquias e paraestatais, a despeito disso, possui previsão constitucional de aplicação na gestão de entidades educacionais (Constituição Federal de 1988, art. 206, VI).

¹⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 2006. *Op. cit.* p. 88.

¹⁵³ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.* p.142.

¹⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 2006. *Op. cit.* p 87.

¹⁵⁵ SANTOS, André Luiz Lopes dos; CARATAÇO, Gilson. *Op. cit.* p. 829.

3.3. OUVIDORIAS

As Ouvidorias configuram importante instituto de participação popular na Administração Pública. A ouvidoria é um canal institucional através do qual demandas sociais são inseridas dentro da Administração. O ouvidor público ou defensor do povo, em geral, é nomeado pelo chefe do Executivo, possui como função básica receber reclamações e sugestões dos administrados e, em seguida, encaminhá-las à Administração ou outras instituições que controlam os agentes públicos. Deverá o ouvidor acompanhar o processamento junto aos órgãos competentes. Para execução de sua função, lhe é garantido que a Administração não lhe negue informações de qualquer natureza, porém, este deve preservar o caráter sigiloso que estas informações possam conter¹⁵⁶.

Segundo CATARAÇO E SANTOS, não há no Brasil um modelo institucionalizado de ouvidoria pública. Não há, afinal, homogeneidade nas experiências existentes, nem no que diz respeito à função das ouvidorias, nem à estruturação¹⁵⁷.

Segundo GOMES, a institucionalização das ouvidorias pode concorrer para a inserção de uma racionalidade comunicativa na espacialidade pública. Algumas condições devem ser observadas: as ouvidorias devem se localizar na espacialidade pública, tomar como marco de legitimação o cidadão e condizer com os princípios administrativos constitucionalizados¹⁵⁸.

¹⁵⁶ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.* p.181-183.

¹⁵⁷ SANTOS, André Luiz Lopes dos; CARATAÇO, Gilson. *Op. cit.* p 817-818.

¹⁵⁸ A análise realizada por GOMES expõem outras condições além das citadas. Segundo o autor "as Ouvidorias Públicas seriam constituídas como (1) espaço de instrumento de controle extra-orgânico, (2) localizado na espacialidade pública (estatal ou não-estatal), com (3) competência extra-orgânica (sobre pessoas jurídicas de direito público e privado prestadoras de serviço público e formuladoras de políticas públicas), (4) tendo como pólo de legitimação ativa o cidadão individual ou coletivamente considerado, (5) com atuação informada por uma racionalidade do tipo não-sistêmica, (6) voltada para o controle especialmente dos procedimentos (anteriores ou concomitantes), (7) avaliados a partir dos princípios administrativos constitucionalizados pela Carta de 1988, (8) com vínculo de natureza preponderantemente legal, (9) sendo seu titular portador de mandato, (10) escolhido especialmente por colégios eleitorais extraparlamentares. p. 361-362. (A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *Op. cit.* p. 361-362)

3.4. ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

O orçamento participativo é um instituto de participação popular na Administração Pública, de caráter não vinculante, ou seja, de consulta ou meramente opinativo. Seu objetivo é preparar, com a condução da Administração, o projeto de lei orçamentária que o Executivo deve enviar ao Legislativo. Sua concretização ocorre com a realização de audiências públicas, usualmente regionalizadas dentro do território abrangido pelo orçamento¹⁵⁹.

No Brasil, a experiência de orçamento participativo no município de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, pode ser considerado um modelo sobre o tema. Conforme ensina SOUSA SANTOS, três pilares regem o orçamento participativo: (1) a possibilidade de que todo cidadão participe; (2) a participação é dirigida por regras de democracia direta e de democracia representativa; e por fim, (3) os recursos são distribuídos de acordo com um método objetivo, combinando critérios gerais, estabelecidos pelas instituições participativas, e por critérios técnicos, definidos pelo Executivo¹⁶⁰.

Durante as audiências públicas realizadas, a população escolhe as prioridades do município, eles seus conselheiros e define o número de delegados da cidade para seus respectivos fóruns regionais e grupos de discussões temáticas¹⁶¹.

A participação direta do cidadão na gestão de recursos públicos e na definição das diretrizes do Estado, por via do orçamento participativo, estabelece um novo patamar para a prática democrática, onde qualquer interessado pode participar, sendo para definir regras ou determinar as prioridades de governo¹⁶².

¹⁵⁹ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.* p.178.

¹⁶⁰ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Op. cit.* p. 467.

¹⁶¹ SANTOS, André Luiz Lopes dos; CARATAÇO, Gilson. *Op. cit.*p.827-828.

¹⁶² *Ibid.* p. 828.

3.5. REFERENDO E PLEBISCITO ADMINISTRATIVO

A Carta Constitucional brasileira determina que o plebiscito e o referendo são formas de exercício da soberania popular¹⁶³. De modo geral, os doutrinadores, principalmente os constitucionalistas, tratam destes dois institutos como participação popular na atividade legiferante do Estado.

Para PEREZ, essa visão restrita sobre a aplicabilidade destes institutos deve ser revista. Dessa forma, compreende o autor que é possível que tanto o plebiscito quanto o referendo possam ser utilizados pela Administração Pública brasileira como instrumentos administrativo de participação popular, a exemplo do que já ocorre em outros países¹⁶⁴.

O plebiscito administrativo é um instrumento de consulta popular aberto a todos os cidadãos. Deve ocorrer em momento prévio a tomada de decisão. O resultado da consulta vincula a Administração ao cumprimento de seu resultado. O referendo administrativo também é instrumento consultivo da Administração, porém, ocorre no momento posterior a sua tomada. Bem como o plebiscito, o referendo possui caráter vinculante, logo, a efetividade da decisão administrativa fica condicionada a aprovação popular posterior¹⁶⁵.

Diante do exposto, a prática destes instrumentos no campo do Direito Administrativo pode inserir racionalidade comunicativa na espacialidade Estatal, uma vez que os interessados em determinada decisão seriam consultados. Através do plebiscito, os afetados concorreriam para a determinação da ação administrativa, e, por meio do referendo, confirmariam a eficácia da decisão já tomada. Conforme ensina PEREZ, o cidadão que participa do referendo ou do plebiscito administrativo possui legitimidade para atacar judicialmente suas vicissitudes¹⁶⁶, desta forma, torna o procedimento controlável.

¹⁶³ O artigo 14 da Constituição Federal determina que “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II – referendo”.

¹⁶⁴ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.* p.154.

¹⁶⁵ *Ibidem.* p. 155.

¹⁶⁶ *Ibidem.* p. 156.

3.6. APONTAMENTOS SOBRE A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE CANAIS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo MOREIRA NETO, a participação visa à inserção de demandas da população na Administração Pública. Nesta perspectiva, abrem-se espaços de diálogo entre a Administração e o cidadão. Assim, pode-se compatibilizar a Teoria da Administração Pública Consensual com a Teoria do Agir Comunicativo. De acordo com o autor, para que o conteúdo participativo funcione efetivamente, é preciso estabelecer uma processualidade adequada como instrumento democrático¹⁶⁷. O autor afirma que

Essa processualidade participativa, como qualquer outra que se destine a disciplinar a ação do Estado para conferir-lhe previsibilidade no procedimento e efetiva garantia dos direitos das partes, envolve sempre uma cuidadosa reafirmação do sentido formal do direito ao devido processo, constitucionalmente garantido¹⁶⁸.

A processualização da participação, de acordo com PEREZ, pode amenizar as críticas dirigidas à participação popular no interior da Administração. Nesta perspectiva, a transparência e a devida regulação dos processos participativos podem reduzir o fenômeno da captura pelo governo e pelo mercado, a corrupção que podem ser gerados com a aproximação da sociedade civil e o Estado¹⁶⁹. PEREZ afirma que

[...] é preciso que as interações se dêem às claras, sob a vista e sob o controle de todos e que o processo decisório se pautem pela racionalidade (tenha procedimento fixado, ainda que de modo flexível, tenha prazos para a conclusão, e motivação na decisão)¹⁷⁰.

De acordo com Juan Pablo Cajarville PELUFFO, se o ordenamento jurídico prevê e disciplina os institutos de participação, estes passam a ser controláveis. O jurista uruguaio afirma que a ação administrativa, nestes casos,

¹⁶⁷ *Ibid.* p. 80-82.

¹⁶⁸ *Ibid.* p. 82.

¹⁶⁹ *Ibid.* p.228.

¹⁷⁰ *Idem.*

é legitimada por estar em conformidade com o Direito. Nesta perspectiva, se a norma que institui um canal participativo não é observada, o procedimento e a decisão tomada não são legítimos, pois são ilegais e antidemocráticos¹⁷¹, em outras palavras, não observam o princípio da legalidade nem procedimentos regidos por racionalidade dialógica.

Desta forma, a institucionalização de canais de participação popular na Administração Pública possibilita legitimar a ação administrativa ao adequá-la ao princípio da legalidade, e, conforme analisado neste trabalho, por inserir racionalidade não-sistêmica no interior da Administração Pública. Outrossim, a institucionalização pode permitir o controle do procedimento participativo, estruturando um “espaço ideal de fala” para o desenvolvimento da participação.

¹⁷¹ PELUFFO, Juan Pablo Cajarville. Poder Publico y Participación Ciudadana en el Derecho Uruguayo. In: LEAL, Rogério Gesta (Organizador). **Administração Pública e Participação Social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. p. 22.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se, de acordo com a perspectiva exposta ao longo deste trabalho, que o Estado, o Direito Administrativo e a Administração Pública guardam relações entre si. Essas relações caracterizam-se pelo fato de que os três objetos analisados afetam-se mutuamente, ou seja, a concepção de Estado assumida em uma determinada época pode afetar o Direito Administrativo positivado, que por sua vez pode afetar a estrutura administrativa existente. Da mesma maneira, uma determinada estrutura administrativa pode ou não concretizar as concepções de Estado existente.

Por meio da análise histórica, buscou-se compreender como essa relação de mútua afetação desenvolveu-se no Estado Moderno. Observou-se que na passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal surgiu o ramo jurídico-administrativo. Ao estudar a origem do Direito Administrativo, vislumbramos a possibilidade de duas interpretações históricas sobre este objeto. A hipótese tradicional, a qual tomamos como referencial teórico Celso Antonio Bandeira de MELLO, entende que o Direito Administrativo surgiu como garantia do cidadão contra os arbítrios do Estado. Essa interpretação histórica contrapõe-se a um momento anterior, durante o Estado Absolutista, quando todos estavam subjugados à vontade do monarca. Uma segunda corrente, representada neste trabalho por SORDI e MANNORI na doutrina estrangeira, e, na doutrina nacional, defendida por BINENBJOM, opondo-se a primeira corrente, afirma que essa origem *milagrosa* do Direito Administrativo, apenas esconde suas verdadeiras funções. Segundo essa interpretação, as normas de Direito Administrativo surgiram para imunizar a Administração Pública da ingerência do Poder Judiciário. Estudadas estas duas interpretações, adotou-se o entendimento de SORDI, MANNORI e BINENBJOM.

Como exposto, as diferentes concepções do Estado influenciam o papel assumido pelos indivíduos perante a Administração Pública. Assim, apoiado nas exposições da jurista Maria Coeli Simões PIRES, observamos no Estado Absolutista o indivíduo como súdito. Nesta posição, o indivíduo sujeitava-se ao Estado. No Estado Liberal, frente à concepção de um Estado reduzido, o indivíduo passou a ser visto como administrado. A passagem para o Estado

Social modificou o papel do indivíduo. Devendo o Estado prestar serviços à população, o cidadão passou a ser concebido como cliente. Por fim, diante da impossibilidade de o Estado Social cumprir todas suas promessas, vislumbramos a ascensão do Estado Democrático de Direito. Destacando o adjetivo “Democrático” que caracteriza esse Estado, o cidadão agora foi elevado à categoria de participante.

A partir das reflexões expostas até aqui, assumindo um conceito fraco de crise como proposto por BINENBJOM, lastrados pelos ensinamentos de Thomas KUHN, propôs-se pensar o atual estágio do Direito Administrativo como um estado de crise. Isto porque, o Direito Administrativo, conforme nos ensina JUSTEN FILHO, ainda está preso a concepções do século XIX, ou seja, ao Estado Liberal, portanto, inadequado ao Estado Democrático de Direito proclamado em nossa Carta constitucional. Conforme as concepções liberais, a Administração Pública legitima sua atuação por observar o princípio da legalidade, o que, na perspectiva adotada, tornou-se insuficiente enquanto critério de legitimação da ação administrativa.

Em seguida, apontou-se a constitucionalização do Direito Administrativo como possibilidade de superação desta crise. Essa constitucionalização tem como requisito a revisão das bases tradicionais do deste ramo do Direito. Apoiado pela doutrina de Roberto BARROSO, propôs-se que o conteúdo material e axiológico da Constituição fosse levado ao Direito Administrativo. Dessa forma, o sistema jurídico-administrativo deveria observar o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito.

Como exposto, uma vez que a Constituição foi colocada no centro do sistema jurídico, e, tendo ela afirmado o princípio democrático como estruturante do Estado, visualizou-se a possibilidade de pensar a legitimidade da Administração Pública pela participação da população dentro de suas estruturas. Na perspectiva adotada, a concretização do princípio democrático pode ser auferida pelo incentivo a participação do cidadão na estrutura administrativa. Portanto, a participação constituiria um novo padrão de legitimação da ação administrativa.

No segundo capítulo, a partir da Teoria do Agir Comunicativo de HABERMAS, indicou-se a institucionalização da participação da população dentro da Administração Pública como forma de qualificação da legitimidade da

Administração. Segundo a teoria habermasiana, a racionalidade sistêmica estaria invadindo espaços que deveriam ser orientados por racionalidade comunicativa, dessa forma “colonizando” o “mundo da vida”. A constituição e ampliação de canais de participação seria uma possibilidade de introduzir racionalidade comunicativa dentro da Administração, em um movimento de “descolonização” do “mundo da vida”. Assim, legitimar-se-ia Administração ao promover a utilização da razão dialógica para determinar a ação administrativa. A legitimação auferida exclusivamente pela conformidade da ação com o Direito positivo (princípio da legalidade) seria qualificada pela participação da população em sua determinação.

Reconheceu-se, porém, que o agir comunicativo impõe uma série de pressupostos, os quais devem ser observados para que a razão comunicativa seja exercitada em plenitude. A concretização desses pressupostos visa estabelecer um espaço participativo comparado a “situação ideal de fala” indicada por HABERMAS.

O presente trabalho voltou-se a teoria da Administração Pública Consensual. Por meio das teorizações de MOREIRA NETO, indicou-se que a Administração Pública Consensual, com as ressalvas realizadas, é compatível com a participação nos moldes desenvolvidos neste trabalho, ou seja, encontramos supedâneo na doutrina do Direito Administrativo para pensar a participação enquanto qualificação da legitimidade da Administração Pública.

O terceiro capítulo analisou algumas possibilidades de institucionalização de canais participativos dentro da Administração Pública. De acordo com o posicionamento adotado, a institucionalização destes canais de participação permite concretizar uma processualidade participativa. Como visto, a processualização da participação possibilita o estabelecimento de uma “situação ideal de fala”, tentando imunizar os processos participativos do problema da captura pelo governo e pelo mercado, além de combater a corrupção que pode ser gerada na participação.

Em síntese, sem a intenção de esgotar o tema, este trabalho propôs compreender os canais de participação da população dentro da Administração Pública como forma de qualificar sua legitimação. A qualificação decorreria da inserção de racionalidade comunicativa na determinação da ação administrativa, o que, na prática, pode ocorrer pela institucionalização de

procedimentos participativos. Essa institucionalização torna possível controlar os canais de participação, e, em alguma medida, imuniza-os contra possíveis críticas.

Com esperança de que o entendimento intersubjetivo possa conduzir-nos por melhores caminhos, lembramos e finalizamos com as palavras de LEAL:

Se as pessoas sabem que existem oportunidades para a participação efetiva no processo de tomada de decisões, elas provavelmente acreditarão que a participação vale a pena; provavelmente participarão ativamente e provavelmente considerarão que as decisões coletivas devem ser obedecidas, tudo isso dependendo, é claro, de condições objetivas e subjetivas viabilizadoras da participação¹⁷².

¹⁷² LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.* p. 388.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigma**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 31-63.

BEGALLI, Ana Silvia Macatto. *et al.* O Estado Democrático de Direito em Jürgen Habermas. *In*: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, Ano 19, vol. 75, abr-jun./2011. p.124-138.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *In*: BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COHN, Gabriel. A Teoria da Ação em Habermas. *In*: CARVALHO, Maria do Carmo (organizadora). **Teoria da Ação em Debate**. São Paulo: Cortez, 1993. p. 63-75.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

DEMO, Pedro. **Participação é Conquista**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

_____. **Pobreza Política**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1991.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. **O Regime Jurídico das Ouvidorias Públicas Brasileiras: Causalidade de Sentido e Adequação**

Estruturo-Funcional. 374 f. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

GORDILLO, Augustin A. **Tratado de Derecho Administrativo**: Parte General. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1977.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Participação Popular e a Consensualidade na Administração Pública. *In*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). **Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.647-662.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia I**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Coleção Biblioteca Tempo Universitário, n.102. Série de Estudos Alemães. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e Democracia II**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Coleção Biblioteca Tempo Universitário, n.102. Série de Estudos Alemães. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio**. Trad. Vamireh Chacon. Coleção Biblioteca Tempo Universitário, n.60. Série de Estudos Alemães. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O Direito Administrativo do Espetáculo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigma**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65-85.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Trad. Walter Stöner. Coleção Clássicos do Direito. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. Possíveis Dimensões Jurídico-Políticas Locais dos Direitos Civis de Participação Social no Âmbito da Gestão do Interesses Públicos. *In*: LEAL, Rogério Gesta (Organizador). **Administração Pública e Participação Social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. p. 384-411.

MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. **Storia del Diritto Amministrativo**. 3. ed. [S.L.]: Editori Laterza, 2004.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRAGEM, Bruno. **A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Mutações de Direito Administrativo**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. *In*: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). **Temas de Direito Administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 61-98.

NETTO, José Paulo. Nótula à Teoria da Ação Comunicativa de Habermas. *In*: CARVALHO, Maria do Carmo Brant (org.). **Teorias da Ação em debate**. São Paulo: Cortez: FAPESP: Instituto de Estudos Especiais, PUC, 1993. p. 49-61.

ORDÓÑEZ, Jorge Danós. La Participación Ciudadana en el Ejercicio de las Funciones Administrativas en el Peru. *In*: LEAL, Rogério Gesta (Organizador).

Administração Pública e Participação Social na América Latina. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. p. 61-108.

PELUFFO, Juan Pablo Cajarville. Poder Público y Participación Ciudadana en el Derecho Uruguayo. *In:* LEAL, Rogério Gesta (Organizador). **Administração Pública e Participação Social na América Latina.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. p.15-60.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática:** Institutos de Participação Popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PIRES, Maria Coeli Simões. A Revisão Paradigmática do Estado e do Direito: um Exercício em Prol da Democratização do Direito Administrativo. *In:* LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). **Temas de Direito Administrativo:** estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 127-200.

SANTOS, André Luiz Lopes dos; CARATAÇO, Gilson. A Consensualidade e os Canais de Democratização da Administração Pública. *In:* CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes Neto; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). **Curso de Direito Administrativo Econômico I.** São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p.789-838.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Democracia Participativa em Ação. *In:* SOUSA SANTOS, Boaventura de. (Org.). **Democratizar a Democracia: os Caminhos da Democracia Participativa.** 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira: 2009. p.445-559.

SOUZA, Jessé. **Patologias da Modernidade:** Um diálogo entre Habermas e Weber. São Paulo: Annablume, 1997.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. *In:* GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo:** Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. *In*: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). **Temas de Direito Administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.21-28.