

CHRISTIANE SANS VINOSKI

**O DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

CURITIBA

2006

CHRISTIANE SANS VINOSKI

**O DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**Monografia apresentada como
requisito parcial à conclusão do Curso
de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe
Bacellar Filho**

**Co-orientadora: Prof.^a Adriana da
Costa Ricardo Schier**

CURITIBA

2006

Para minha querida e aventureira *mamãe MARIA CRISTINA*, pelo amor incondicional, pela dedicação, pelo apoio durante essa caminhada, pelos afagos e conselhos, pelo exemplo de mulher, de mãe e de amiga. De coração, o meu muito obrigada. TE AMO!

Para o meu querido *vôzinho PEDRO*, cuja ausência sempre me é sentida com muitas saudades.

Para o meu *amado RENE*, pelo amor, pela cumplicidade, pela compreensão, por completar a minha vida com alegrias e sonhos.

DEDICO.

À *minha família*, pelo carinho, pela compreensão das minhas ausências, mas também pelo incentivo e apoio no trilhar dessa caminhada.

Ao mestre *Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho*, pela orientação, pelo estímulo, pelo espírito crítico, pelo incentivo e pelo exemplo de dedicação e mestre.

À *Prof.^a Adriana da Costa Ricardo Schier*, por ter me acolhido e auxiliado na delimitação de um norte para a presente pesquisa.

À *Prof.^a Eneida Desiree Salgado*, pelas críticas e sugestões ao presente trabalho e por ter me confortado e tranquilizado nessa “reta final”.

Aos *amigos*, pelo carinho, pelas risadas, pelos momentos de lazer e diversão e pelo incentivo.

AGRADEÇO.

O direito geral de controlar seu próprio movimento é a demanda definitiva da cidadania global. (...) Cidadania global é o poder do povo de se reapropriar do controle sobre o espaço e, assim, de desenhar a nova cartografia.

Michael Hardt e Antonio Negri

SUMÁRIO

RESUMO	vi
1 INTRODUÇÃO	1
2 A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE ESTADO E CONTEXTUALIZAÇÃO COM OS MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	3
2.1 ESTADO MODERNO	4
2.1.1 Contexto Histórico e Estrutura do Estado Moderno	4
2.1.2 Administração Pública e Formas de Controle e de Participação Popular no Estado Moderno.....	8
2.2 ESTADO LIBERAL	11
2.2.1 Contexto Histórico e Estrutura do Estado Liberal.....	11
2.2.2 Administração Pública e Formas de Controle e de Participação Popular no Estado Liberal.....	18
2.3 ESTADO SOCIAL, ESTADO CONSTITUCIONAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	27
2.3.1 Contexto Histórico e Estrutura do Estado Social e do Estado Democrático de Direito	27
2.3.2 Administração Pública e Formas de Controle e Participação Popular no Estado Social e no Estado Democrático de Direito	35
3 O DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	49
3.1 CONSTITUCIONALISMO.....	49
3.2 A CONSTITUIÇÃO COMO UM SISTEMA ABERTO DE REGRAS E PRINCÍPIOS.....	66
3.2.1 O Princípio do Estado de Direito e Correlação com o Direito de Participação	76
3.2.2 O Princípio do Estado Democrático e Correlação com o Direito de Participação	81
3.2.3 Princípio do Estado de Direito, Princípio Democrático e Direito de Participação Popular	84
3.3 A NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR	86
3.4 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA	96
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	104
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	107

RESUMO

Paralelamente à evolução dos modelos de Estado, observa-se uma gradativa abertura da Administração Pública aos cidadãos e sobretudo à possibilidade de estes efetivamente participarem da construção e implementação da atividade administrativa e da decisão do melhor interesse público. Ocorre que para consolidação de uma Administração Pública Democrática, que atenda aos ideais de eficiência e transparência, é preciso se buscar a efetivação do texto constitucional, através do fortalecimento dos mecanismos administrativos de participação popular. Assim, é fundamental que se promova a democracia participativa no âmbito administrativo. É imprescindível, ainda, que se reconheça a participação popular enquanto um direito fundamental, o qual concretiza dois dos princípios estruturantes do Estado brasileiro: o princípio democrático e o princípio do Estado de Direito. Neste sentido, o presente trabalho procura evidenciar o contexto histórico e os contornos teóricos de fortalecimento do ideal democrático-participativo na esfera da Administração Pública.

Palavras-chave: Estado Social, Constitucional e Democrático de Direito; Princípios Constitucionais; Democracia Participativa; Direito Fundamental de Participação Popular; Administração Pública Democrática.

1 INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo vem se apresentando sob uma tendência racional-burocrática de organização do Estado, afastada dos ideais e reclamos sociais. Mais do que nunca, a figura estatal mostra-se insuficiente, colocando em discussão os conceitos e verdades até então consolidados.

É preciso reavaliar a forma de organização das instituições políticas e jurídicas, bem como redirecionar a tomada e construção das políticas públicas, fazendo com que o Estado assuma novos contornos e responsabilidades, de forma a se objetivar a construção de um espaço público voltado à efetivação dos ideais da democracia e cidadania.

Hodiernamente, é notório que a apatia e o descontentamento político assolam a população, que se mostra extremamente descontente com os altos índices de corrupção por parte dos governantes e verdadeiramente descrente de qualquer melhoria. Todavia, é possível, sim, alterar-se esse quadro!

Igualmente, no âmbito da Administração Pública, esse descontentamento encontra-se respaldado pelo descrédito no atendimento e na qualidade do serviço público. É certo que a prestação das atividades administrativas já em muito melhorou, notoriamente com a promulgação da Constituição da República Federativa Brasileira, de 1988, pois a Administração, por ora, encontra-se submetida ao regime jurídico-administrativo, devendo observar os princípios constitucionais administrativos esculpidos no texto constitucional.

É bem verdade que os fundamentos básicos preconizados pelas Constituições Sociais perderam-se no tempo e nas experiências mal sucedidas. Também é verdade que o sistema democrático representativo mostra-se insuficiente para alçar ao ideal de democracia e socialidade.

Neste sentido, essa pesquisa encontra sua justificativa e fundamento de ser, pois se faz imprescindível no momento histórico atual a defesa de meios de participação popular na construção de um novo espaço público, especialmente no campo administrativo e no gerenciamento e formação das políticas públicas, de forma a conciliar o modelo participativo de democracia com o representativo. Outrossim, é fundamental que se repensem os institutos jurídicos existentes, conformando-lhes novo sentido e extensão interpretativa, moldado com o ideal

democrático-participativo, bem como que se reflita a Administração Pública brasileira a partir da admissão de mecanismos de democracia participativa.

Assim, numa abordagem inicial, procurar-se-á analisar a contextualização dos modelos de Estado conjuntamente aos modelos de Administração Pública, procurando destacar a idéia e a dimensão da participação popular em cada um dos modelos de organização estatal. Observou-se que a forma de organização social e a estatal encontram-se indelevelmente imbricadas, face ao que se justifica o seu estudo.

Em um segundo capítulo, passar-se-á ao estudo do instituto da participação popular, sob a análise a partir de um viés constitucional-administrativo. Neste sentido, a análise parte dos pressupostos constitucionais para compreender que o direito de participação popular tem natureza de direito fundamental, que virá a concretizar dois dos princípios estruturantes do Estado Brasileiro: o princípio Democrático e o princípio do Estado de Direito.

Por fim, neste mesmo capítulo, abrir-se-á espaço para a conclusão pela necessidade de concretização do ideal participativo, como forma capaz de implementar os valores delineados pelo texto constitucional, em especial, na esfera administrativa, consolidando-se uma Administração Pública igualmente democrática e voltada à satisfação dos anseios sociais e à busca do melhor interesse público.

2 A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE ESTADO E CONTEXTUALIZAÇÃO COM OS MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A noção de Estado não encontra unanimidade de conceituação entre os doutrinadores¹, definindo-se seus contornos teóricos e práticos a partir das atuações e roupagens dos modelos de organização estatal, variáveis conforme os períodos históricos ou quando se analisa o fenômeno através das diferentes acepções do vocábulo². Igualmente, os modelos de administração pública acompanharam a evolução e o desenvolvimento histórico da apresentação estatal. Neste sentido, conclui Maria João ESTORNINHO que “existe uma relação inevitável entre os ‘modelos de Estado’ e as teorias das formas de actuação da Administração Pública. Na verdade, o ‘modelo de Estado’ adoptado em certo momento e em certo local determina, desde logo, as funções que incumbem à respectiva Administração Pública.”³

Assim, indiscutível a importância de se analisar, através de um enfoque político-social e histórico, os modelos de Estado⁴, contextualizando-os com os modelos de administração pública correlatos, notadamente, enfocando a existência e evolução dos institutos de controle e participação popular.

Na experiência brasileira, a idéia de participação cidadã na administração pública ganhou contornos especiais a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, quando se buscou realçar a posição de indivíduo-cidadão, acentuando-se a importância do estudo das origens do Estado Constitucional Democrático⁵.

¹ “Encontrar um conceito de Estado que satisfaça a todas as correntes doutrinárias é absolutamente impossível, pois sendo o Estado um ente complexo, que pode ser abordado sob diversos pontos de vista e, além disso, sendo extremamente variável quanto à forma por sua própria natureza, haverá tantos pontos de partida quantos forem os ângulos de preferência dos observadores.” DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 116.

² Neste sentido, Paulo BONAVIDES destaca as acepções filosófica, jurídica e sociológica do Estado, na obra **Ciência política**. 10. ed. rev. e atual. 11. tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 61-66.

³ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 17.

⁴ Interessante o quadro explicativo acerca dos modelos de Estado apresentado pelos autores Lenio Luiz STRECK e José Luis Bolzan de MORAIS, na obra **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 95.

⁵ O Estado constitucional nos é apresentado como uma síntese de um processo evolutivo que se iniciou com uma filosofia de inspiração liberal com raízes na Idade Média, o que reforça a preliminar de estudo dos modelos de Estado. Assim também conclui APPIO, Eduardo. **Teoria geral do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 13.

2.1 ESTADO MODERNO

2.1.1 Contexto Histórico e Estrutura do Estado Moderno

O Estado Moderno deita suas raízes no período feudal, notadamente no território europeu, ainda que nesse momento não se pudesse falar verdadeiramente na existência de um Estado, frente às suas características de fragmentaridade territorial e social, bem como de hierarquização em classes estamentais⁶. Outrossim, este regime, marcado pelo forte pluralismo jurídico, possuía na *terra* o principal fator gerador de riqueza. Esta, entretanto, encontrava-se concentrada nas mãos de poucos nobres, os quais, por sua vez, eram responsáveis pela organização dos feudos, reconhecidos pela sua independência e autonomia política, econômica e social frente aos demais feudos.

A noção de um poder público de Estado encontrava-se extremamente fragilizada à época, sobretudo em razão das relações havidas entre suseranos e vassallos⁷, desvanecendo-se em favor de um sistema político fundado nessa complexa rede de vínculos, privilégios, direitos e deveres recíprocos entre os interessados. Dessa forma, “(...) a ideia de imperium é substituída pela de dominium, entendida como mera superioridade territorial por parte do Príncipe, mas compatível com a vinculação deste, num plano de igualdade com os restantes senhores, ao complexo entrelaçado de direitos e deveres que caracterizava a sociedade medieval”⁸.

A ideia de limitação do poder do *Príncipe*⁹ encontrava fundamentação na sua natureza ético-religiosa ou social, e não jurídica. Ademais, não se é possível reconhecer uma esfera independente de direitos fundamentais do homem¹⁰.

⁶ “No regime feudal, por exemplo, a dicotomia indivíduo-poder é um fato, muito embora o poder político, na verdade, fosse partilhado com os senhores feudais, não havendo uma nítida distinção entre público e privado.” APPIO, E., op. cit., p. 17.

⁷ Conforme ensinamentos de Paulo de Tarso BRANDÃO e Eduardo APPIO, o direito feudal limitava-se às relações feudo-vassálicas e entre os senhores feudais com os servos, de forma a que não se fazia necessidade de outros institutos jurídicos, permanecendo como fonte desse direito o contrato, fundado essencialmente no costume. Id.

⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: 1987. p. 24.

⁹ Sobre a teoria do surgimento e justificação do Estado e do governo, bem como para se entender a contextualização histórica do momento de formação dos Estados Absolutos, indiscutível a importância do referencial teórico de Nicolò MACHIAVELLI, com a obra **O Príncipe**. Sintetiza LEAL

Entretanto, gradativamente uma burguesia incipiente começava a se desenvolver, a qual não se limitava a oferecer produtos em um único feudo, favorecendo o surgimento e expansão de pequenos burgos, que originaram as primeiras cidades¹¹, marcando o declínio do período feudal, dando-se, enfim, o surgimento do Estado Moderno. Neste sentido,

O Estado nacional absolutista é, portanto, o resultado de um rearranjo de forças combinadas. De um lado, o feudalismo, cujas relações sociais de cunho aristocrático encontravam-se em declínio; de outro, uma incipiente burguesia, cujo desenvolvimento técnico a levava a reivindicar a quebra das barreiras internas ao comércio. Trata-se de uma estrutura de poder político que, através de sua ampliação e racionalização em relação ao modelo anterior de feudos, desarticulados e atomizados, logrou assegurar a proteção e a valorização da propriedade privada, que interessava a ambas as classes, manter os privilégios e, simultaneamente, promover o desenvolvimento do capital comercial e manufatureiro, posto que rigidamente controlado pelo Estado, vale dizer, pela burocracia aristocrática.¹²

Os tempos modernos trouxeram o enfraquecimento do prestígio e poder da Igreja e o conseqüente robustecimento do poder do soberano, que passava a concentrar em suas mãos todo o poder, podendo livremente dispor sobre a organização estrutural e social do seu reino. Em tal Estado, foi adotada como forma de governo a monarquia absoluta, sendo caracterizada essencialmente pelas idéias de soberania e de polícia.

que “a partir de Machiavelli, o Estado Nacional e Soberano que irá se formar, depois de ter abalado a tutela imperial, feudal e pontífice, em seguida poderá se emancipar da tutela do direito natural, da justiça, da moral corrente, tão-somente válida para os indivíduos.” LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado. Cidadania e poder político na modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 59.

¹⁰ Destacando-se, entretanto, as chamadas cartas de franquia ou os forais ibéricos, convenções ou pactos entre suseranos e a aristocracia feudal que constituem os primórdios das modernas declarações de direito e as raízes da concepção moderna dos direitos fundamentais. Pode-se falar apenas em um Estado de justiça (*justizstaat*), segundo conclui NOVAIS, J. R., op. cit., p. 25.

¹¹ “É sabido que, por volta do século XI e XII, a Europa feudal entra na fase decisiva de seu desenvolvimento. O aumento da produtividade econômica dos feudos e a expansão das vilas e cidades determinam uma nova dinamização das atividades e da vida social, oportunizando o crescimento do comércio e a organização dos ofícios em Corporações. Paralelamente a isto, vai surgindo uma nova categoria social, caracterizada pela atividade que desenvolve junto à sociedade: o comércio e a circulação de mercadorias, a saber, a Burguesia.” LEAL, R. G., op. cit., p. 45.

¹² BENTO, Leonardo Valles. Sobre a separação do Estado – sociedade civil como categoria do pensamento burguês. **Revista Sequência** (Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC), Florianópolis, n. 40, p. 62-86, jul. 2000. p. 69.

O Estado Absoluto¹³ – apontado pelos autores pesquisados como a primeira faceta do Estado Moderno – apresentava-se construído em duas fases: a patrimonial e a de polícia¹⁴. Na primeira fase, o Estado é considerado um bem patrimonial do Príncipe, que podia sobre ele dispor livremente. Na segunda, designada como “de polícia”, o soberano assume as funções de prover à felicidade e ao bem dos súditos, fundamentado em uma premissa racional, de forma a garantir-lhes a ordem. Outrossim, o Príncipe tem o dever de promover o bem estar de todos, incumbindo-lhe, pessoalmente, a promoção das políticas públicas necessárias à consecução do bem de seus súditos. Explicita Jorge Reis NOVAIS que “(...) se na primeira fase era o conceito de ‘soberania’ que servia de cobertura para a assunção de poderes absolutos pelo Monarca, agora recorre-se sobretudo à ideia de polícia, de *jus politiae*, compreendida como direito de o Príncipe intervir em todos os domínios no interesse do bem público, em nome da *raison d’État*”¹⁵.

É possível se identificar, ainda, o período da supremacia territorial, que estaria localizado temporalmente entre as duas fases *supra* mencionadas, chegando em alguns países a se entrelaçar ao Estado de Polícia¹⁶. A supremacia correspondia a um poder pessoal exercido pelo soberano sobre os súditos e o território, de forma a se reforçar sua soberania e seu *imperium*.

A transição para o Estado de Polícia fez-se gradativamente em ritmo e espaços geográficos distintos, não havendo exatidão ou similitude geográfica ou temporal¹⁷. João Batista Gomes MOREIRA ressalta que

Distingue-se (o Estado de Polícia) da fase de supremacia territorial porque o poder é exercido pelo príncipe não mais em razão de prerrogativas pessoais, mas da qualidade de representante do Estado. (...) Tratou-se de um período de intromissão profunda e opressiva na vida dos particulares, possuindo o monarca o *jus eminens*, subdividido em *dominium eminens* e *potestas eminens*, poderes mediante os quais dispunha das coisas e da

¹³ “Dentro deste sistema, somente o poder político exercido através e no interior do Estado-Nação é legítimo, sendo marginalizadas todas as demais manifestações de contestação de sua legitimidade. Isso só foi possível com a centralização do poder estatal e a superação do modelo fragmentário de produção do direito” APPIO, E., op. cit., p. 18.

¹⁴ É corrente essa classificação apresentada pelos autores, conforme discorre NOVAIS, J. R., op. cit., p. 27.

¹⁵ Ibid., p. 28.

¹⁶ Essa classificação é defendida por MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005. p. 117-122. Segundo este autor, tal período identifica-se como “supremacia territorial local (direitos de supremacia dos príncipes)”.

¹⁷ Apenas é consenso entre os autores pesquisados que esta ocorreu entre os séculos XVII e XVIII.

liberdade das pessoas com a finalidade de atender ao bem público, que era concebido e imposto unilateralmente.¹⁸

O Estado de Polícia, também chamado de “Estado Iluminista”, “Estado de absolutismo iluminista” ou “Estado de despotismo esclarecido”, apresentava como características fundamentais, apontadas por CANOTILHO, as seguintes: (1) afirmação da idéia de soberania concentrada no monarca, com o conseqüente predomínio do soberano sobre os restantes estamentos; (2) extensão do poder soberano ao âmbito religioso, reconhecendo-se ao soberano o direito de “decidir” sobre a religião dos súditos e de exercer a autoridade eclesiástica; (3) dirigismo econômico através da adoção de uma política econômica mercantilista; (4) assunção, no plano teórico dos fins do Estado, da promoção da *salus publica* (“bem estar”, “felicidades dos súditos”) como uma das missões fundamentais do soberano, que assim deslocava para um lugar menos relevante a célebre “razão de Estado” (*raison d’État*), apontada como a dimensão teleológica básica do chamado “absolutismo empírico” (“momento absolutista” anterior ao “absolutismo iluminado”)¹⁹.

A tal modelo, entretanto, aos poucos, começa a se opor uma resistência por parte dos particulares, o que ensejou a transição para um novo modelo. Neste sentido, aduz Jorge Reis NOVAIS que:

(...) no sentido de resolver a contradição entre a necessidade de garantir o princípio supremo do Estado de polícia – a ideia da onipotência do Estado na prossecução do bem público, e conseqüentemente, da insindicalidade dos seus actos – e a necessidade de proteger os particulares eventualmente lesados pela actividade de polícia, ressurge, nessa altura, a doutrina do Fisco, originária do direito romano.²⁰

Em conformidade com esta referida construção teórica, o Estado se desdobrava em outra pessoa moral de direito privado, capaz de se relacionar com os particulares, de forma contratual e extracontratual, assumindo deveres e direitos e separando os bens pertencentes ao Fisco, enquanto Estado, e ao Príncipe, enquanto particular. Todavia, é fundamental ressaltar que a doutrina do Fisco não

¹⁸ MOREIRA, J. B. G., op. cit., p. 119.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 91.

²⁰ NOVAIS, J. R., op. cit., p. 29. No mesmo sentido: “Em bom rigor, o Fisco não passava de uma ficção, através da qual era possível que o Rei, sem perda de soberania, pudesse estabelecer relações jurídico-privadas com os particulares (...)” ESTORNINHO, M. J., op. cit., p. 25.

visava à proteção de uma esfera autônoma dos direitos dos particulares, mas tão só minorar patrimonialmente os prejuízos que sofressem.

Assim, ressalte-se que, se por um lado, o Estado de Polícia restringia, legitimamente, os direitos adquiridos dos particulares, por outro, com a Teoria do Fisco, abria-se a possibilidade de os súditos pleitearem o pagamento de uma espécie de indenização a cargo do “fisco” ou “domínio”, concebido tal como uma pessoa jurídica moral autônoma de direito privado²¹.

Para alguns autores, estaria o soberano vinculado à lei natural e/ou à religião²², todavia a valoração era deixada exclusivamente ao arbítrio do próprio Príncipe, o que fundamentava a constante intromissão na vida pública e privada de seus súditos, sem uma real garantia de submissão do soberano à lei²³.

2.1.2 Administração Pública e Formas de Controle e de Participação Popular no Estado Moderno

Posta esta breve retrospectiva, visualiza-se um início de Administração Pública desde o surgimento do Estado Moderno, de forma a compreendemo-na como um conjunto de órgãos aos quais é atribuído o exercício de funções típicas do Estado²⁴.

No Absolutismo, como se pode averiguar, vigorava essencialmente o patrimonialismo²⁵, no sentido de que a estrutura estatal inseria-se no conjunto dos

²¹ CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 92.

²² “A base de sustentação do poder monárquico absolutista estava alicerçada na idéia de que o poder dos reis tinha origem divina.” STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de., op. cit., p. 44-45.

²³ Neste sentido, NOVAIS cita diversos autores, dentre os quais Georges Burdeau, Garrido Falla, R. Zippelius e Jorge Miranda. NOVAIS, J. R., op. cit.

²⁴ 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: Fórum, 2004. p. 21-56. Ainda: “Embora grande parte da doutrina faça menção ao direito administrativo a partir do surgimento do Estado de Direito, é possível afirmar a existência de normas administrativas ainda na Idade Média, mesmo que não particularizadas em ramo próprio, ou seja, enquadravam-se no direito civil. (...) é incontestado que o direito administrativo ganha maior notoriedade com o fim da Idade Média e com o advento das monarquias absolutas.” BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção Curso & Concurso). p. 1. Outrossim, o direito administrativo encontrava-se sujeito ao direito comum. Nesse sentido, ESTORNINHO, M. J., op. cit., 26-27.

²⁵ Discorreu-se sobre esse aspecto já no título anterior, diante do que se faz mera remissão. No mesmo sentido, SCHIER, A. da C. R. **Administração** ..., p. 21 e MOREIRA, J. B. G., op. cit., p. 149.

bens do soberano, sendo que, não raras vezes, o príncipe não conseguia discernir os seus bens pessoais do patrimônio público. Assim, a organização administrativa deste período era determinada como uma unidade de cargos e funções que se centralizavam na figura do rei, pois era ele quem distribuía os cargos entre a nobreza, habitualmente em razão de peculiaridades pessoais, sendo os cargos considerados apenas para configuração de *status* social e incorporados ao patrimônio pessoal de quem os ostentava, sendo muito comum a venalidade dos cargos públicos.

Ademais, o direito público, neste período, não encontrava maiores possibilidades de desenvolvimento, pois atrelado às máximas de que apenas o governante poderia determinar e estabelecer direitos e atribuir-lhe importância. Assim,

O Estado de Polícia foi um período da história em que o direito público ficou na penumbra, pois se esgotava 'em um único preceito jurídico, que estabelece um *direito ilimitado para administrar*', estruturado sobre princípios como o da *regis voluntas suprema lex* (a vontade do rei é lei suprema), do *quod principi placuit legis habet vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei), *the king can do no wrong* (o rei não pode errar).²⁶

De acordo com João Batista Gomes MOREIRA, neste período, prevalecia a vontade pessoal do príncipe (em verdade, permitia-se personificar o Estado na figura do rei, situação que se expressava na célebre frase de Luiz XIV: *l'État c'est moi* – O Estado sou eu), o qual dispunha do patrimônio estatal como propriedade particular, funcionando o aparelho do Estado como mera extensão do poder do soberano²⁷.

Não se falava em controle ou em participação do particular na Administração Pública, pois o soberano era considerado como representante divino de Deus na terra, de forma a serem inquestionáveis os seus atos²⁸.

Assim, em princípio, os súditos ficavam à mercê do príncipe, não dispondo de qualquer medida judicial contra ele oponível²⁹. Todavia, vislumbrou-se um início

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 12.

²⁷ Nesse sentido, MOREIRA, J. B. G., op. cit., p. 149.

²⁸ “Na fase absolutista era pouco propícia a evolução de normas administrativas ao ponto do reconhecimento de um ramo próprio do direito, uma vez que os reis não se submetiam a normas que regulassem seus poderes, criando-as conforme interesses próprios.” BACELLAR FILHO, R. F. **Direito** ..., p. 1.

²⁹ “A Administração Pública, em especial na fase inicial, não estava vinculada a qualquer tipo de norma que limitasse a sua atividade, senão àquela que proviesse do monarca. Era o império

de proteção jurisdicional aos interesses individuais com a Teoria do Fisco, uma vez que através desta construção teórica alemã os particulares poderiam pleitear reparações patrimoniais decorrentes da atividade estatal, conforme assevera DI PIETRO,

Para combater esse poder absoluto do príncipe, elaborou-se, em especial por doutrinadores alemães, a teoria do fisco, em consonância com a qual o patrimônio público não pertence ao príncipe nem ao Estado, mas ao fisco, que teria personalidade de direito privado, diversa da personalidade do Estado, associação política, pessoa jurídica de direito público, com poderes de mando, de império. O primeiro submetia-se ao direito privado e, em consequência, aos tribunais; o segundo regia-se por normas editadas pelo príncipe, fora da apreciação dos tribunais.³⁰

Assim, algumas das relações jurídicas em que a Administração Pública era parte passaram a ser disciplinadas pelo direito civil e solucionadas perante os tribunais ordinários e independentes, sem qualquer vinculação ao soberano, de forma a lhes garantir a imparcialidade. Nestes casos, tratava-se do reconhecimento de direitos subjetivos dos cidadãos, assegurados por meio do controle judicial³¹. Todavia, apesar dessa teoria representar um avanço à época, o Estado, pessoa jurídica de direito público, continuava a agir sem qualquer responsabilidade ou limitação, permanecendo indemandável judicialmente pelos particulares. Neste sentido, Romeu Felipe BACELLAR FILHO aduz

Em decorrência da sobranceira posição ostentada em relação a qualquer norma jurídica, os monarcas nunca poderiam ser responsabilizados por qualquer atitude cometida em nome do Poder que detinham como soberanos, postulado este que oferecia sustentação à Teoria da Irresponsabilidade, vigente à época, baseada no postulado de que *the king can do no wrong*, ou ainda, *le roi ne peut mal faire*.³²

Em suma, no período absolutista, a idéia de controle ou de participação popular na Administração Pública era impensável, uma vez que o monarca ocupava posição suprema na organização estatal e administrativa, reinando conforme seus interesses particulares, sujeitando-se os súditos às suas decisões.

do arbítrio, não do sentido de injusto, mas no sentido de ausência de limitações legais.” DI PIETRO, M. S. Z. **Discrecionalidade** ..., p. 13.

³⁰ DI PIETRO, M. S. Z. **Discrecionalidade** ..., p. 12.

³¹ “Não há dúvida, no entanto, de que o controle judicial exercido sobre os atos privados da Administração veio representar um avanço, pois limitou a quantidade de atos arbitrários e injustos (...).” DI PIETRO, M. S. Z. **Discrecionalidade** ..., p. 13.

³² BACELLAR FILHO, R. F. **Direito** ..., p. 1.

2.2 ESTADO LIBERAL

2.2.1 Contexto Histórico e Estrutura do Estado Liberal

A falta de segurança nas relações jurídicas e o constrangimento individual são apontados por Jorge Reis NOVAIS como inspiradores da reação burguesa³³ contra o Estado de Polícia:

Ainda que beneficiando da política económica mercantilista, a burguesia, afastada dos lugares de governo, necessitava de erguer uma barreira às arbitrariedades do Poder ou, pelo menos, de domesticar uma Administração cujas providências concretas, individuais, e logo potencialmente discriminatórias, não se coadunavam com a calculabilidade, liberdade e igualdade de oportunidades dos agentes económicos requeridas por um pleno desenvolvimento das bases económicas em que assentava o emergente poder burguês.³⁴

A burguesia buscava afirmar um núcleo de direitos subjetivos públicos naturais individuais do homem, considerados insuscetíveis de apropriação ou invasão pelo Estado³⁵. Para tanto, faziam exigência da publicidade dos negócios do Estado ou de racionalização integral do Estado segundo os interesses da sociedade, como forma de atender à demanda da produção capitalista e a fim de precipuamente controlar a Administração:

(...) um Estado racionalizado será um Estado cuja actuação é previsível, em que a Administração está limitada por regras gerais e abstractas, em que as esferas de autonomia dos cidadãos e a vida económica não estão à mercê de ingerências arbitrárias do Monarca, mas antes protegidas e salvaguardadas pelas decisões racionais da sociedade esclarecida, representada no órgão da vontade geral, sendo este processo de racionalização indissociável do objetivo de limitação jurídica do Estado.³⁶

³³ O contexto histórico de surgimento e consolidação do Estado Liberal tem por palco as revoluções burguesas assistidas na Europa, a partir do século XVIII, a exemplo, das Revoluções Inglesa (1689), Americana (1776) e Francesa (1789), esta última considerada como a grande influência para inauguração da nova fase liberal do Estado Moderno. Como referenciais teóricos desse período, citam-se as obras de John Locke, Montesquieu, Hobbes e Rousseau.

³⁴ NOVAIS, J. R., op. cit., p. 31.

³⁵ “A classificação dos direitos subjectivos públicos proposta por JELLINEK decorre, então, dos diferentes estádios da posição do indivíduo relativamente ao Estado: *status* passivo, *status subjectionis* (estádio de subordinação, de ausência de auto-determinação individual e, logo, de personalidade); *status* negativo, *status libertatis* (estádio em que o indivíduo é titular de uma esfera de liberdade individual, à margem da intervenção do Estado); *status* positivo, *status civitatis* (estádio em que o indivíduo tem direito a prestações a fornecer pelo Estado) e *status* activo, *status activae civitatis* (estádio em que o indivíduo é já sujeito do poder político, tem direito a participar no exercício do poder).” Ibid., p. 80.

³⁶ Neste sentido: “Com efeito, se por um lado os fins últimos visados com aquele processo – a protecção das autonomias individuais – só encontravam efectiva protecção no seu reconhecimento jurídico (através das Declarações de Direitos e Constituições do liberalismo), por outro, as próprias

Os movimentos revolucionários do século XVIII culminaram na consolidação do Estado Liberal Democrático, através do qual a burguesia consolidou seu poder político, valendo da capacidade emancipatória e revolucionária desses movimentos. Nesse sentido, a burguesia constrói e molda o Estado conforme seus interesses, qual seja, reduzindo-o ao mínimo necessário e deixando que a sociedade se regule através das ações econômicas e de mercado.

E tal processo reflete-se na construção doutrinária da personalização jurídica do Estado, a fim de que as relações entre o Estado e os cidadãos pudessem configurar relações jurídicas³⁷. Neste passo, perde o Monarca a identidade com a figura do Estado, passando a ser um dos seus órgãos, munido de faculdades orgânicas visando à realização dos fins da pessoa jurídica Estado e, em última análise, da própria sociedade, e não mais interesses particulares, caracterizando o surgimento do Estado de Direito³⁸.

O Estado de Direito³⁹ desenvolve-se na doutrina e nos países sob diferentes modelos, tais como, o *Rechtsstaat*, *Rule of Law*, *État legal*, não obstante todos eles procurarem alicerçar a *juridicidade estatal*⁴⁰, observando-se as diferenças históricas, culturais, sociais e econômicas de cada sociedade, especialmente, na experiência européia, destacadamente no período do século XIX.

Assim, o modelo da *Rule of Law*, característico do constitucionalismo inglês, apresentava-se sob quatro dimensões básicas: (a) a obrigatoriedade da observância de um processo justo legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os

técnicas dirigidas a garanti-los – divisão de poderes e princípio da legalidade da Administração – eram também técnicas essencialmente jurídicas legitimadas pelo império da razão legisladora vinculativa para todos”. Ibid., p. 33-34.

³⁷ Id.

³⁸ “Porém, o contexto histórico do advento do Estado de Direito moldaria necessariamente os seus contornos a um entendimento compatível com os interesses da burguesia ascendente para quem, como vimos, mais que um conceito filosófico o Estado de Direito era, sobretudo, um conceito de luta política dirigida simultaneamente contra a imprevisibilidade reinante no Estado de Polícia e as barreiras sociais legadas pela sociedade estamental. É para garantir um núcleo de direitos fundamentais interpretados e integrados à luz dos valores supremos da iniciativa privada, da segurança da propriedade e das exigências de calculabilidade requeridas pelo funcionamento do sistema capitalista que se orienta o projecto de racionalização do Estado levado a cabo pela burguesia.” Ibid., p. 68.

³⁹ “O Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um *regime de direito* quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado.” STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de., op. cit., p. 86-87.

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 93.

cidadãos, privando-os de sua liberdade e/ou propriedade; (b) a proeminência das leis e costumes do país face à discricionariedade do poder real; (c) a sujeição de todos os atos do Poder Executivo à soberania do Parlamento, e (d) a promoção da igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos para defesa de seus direitos⁴¹.

Por sua vez, o modelo do *État Legal*, vivido na experiência constitucionalista francesa, concebia uma ordem jurídica hierárquica, de forma a que no vértice da pirâmide hierárquica encontrava-se a *Déclaration*, de 26 de agosto de 1789, a qual consagrava os chamados “*droits naturels et sacrés de l’homme*”. Referida *Déclaration* era, em verdade, uma “supraconstituição” e uma “pré-constituição”: supra porque estabelecia uma disciplina vinculativa para a própria constituição; e pré, porque, cronologicamente, foi precedente à lei constitucional⁴².

O modelo do *Rechtsstaat*⁴³ desenvolveu-se no constitucionalismo alemão. Inicialmente, o Estado de Direito foi caracterizado, em formas ainda abstratas, como “Estado da Razão” ou “Estado limitado em nome da autodeterminação da pessoa”; para, posteriormente, estabilizar-se como Estado Liberal de Direito, o qual se limitava à defesa da ordem e seguranças públicas, remetendo-se os domínios econômicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de

⁴¹ Ibid., p. 93-94. No mesmo sentido, Jorge Reis NOVAIS destaca como elementos desse modelo: “1.º Supremacia absoluta ou predominante da lei elaborada segundo o processo ordinário, em contraposição à influência do poder arbitrário, da prerrogativa ou do poder discricionário do governo. 2.º Igualdade perante a lei ou sujeição igual de todas as classes à lei ordinária: neste sentido se prescrevia a obediência de qualquer funcionário – do cobrador de taxas ao primeiro-ministro – à lei ordinária e se proibia qualquer evasão à jurisdição dos tribunais ordinários. 3.º As regras constitucionais britânicas não são a fonte mas a consequência dos direitos dos particulares definidos e defendidos pelos tribunais; ou seja, a posição da Coroa e dos seus funcionários determina-se não por uma lei constitucional prévia, mas pela extensão dos princípios de direito privado levada a cabo pelos tribunais e pelo Parlamento”. NOVAIS, J. R., op. cit., p. 46-51.

⁴² CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 95-96. No mesmo sentido: “As concepções de superioridade formal da Constituição e da sua rigidez, próprias do *Estado constitucional*, estão, por sua vez, estreitamente vinculadas à ideia da existência de limites supra-estaduais. Através das ‘Declarações de Direitos’ ou mediante consagração constitucional directa, os direitos e liberdades individuais recebem aqui (especialmente na França e nos Estados Unidos) uma protecção reforçada, na medida em que a Constituição, mais que limite dirigido ao poder executivo ou judicial – como era o caso nas concepções restritivas do *primado da lei* –, se impõe globalmente a todas as funções do Estado. A *vontade geral* (expressa no Parlamento) encontra-se, também ela, vinculada ao respeito dos direitos inatos e naturais, verdadeiros limites pré e meta-estaduais que as ‘Declarações’ não constituem, mas tão só reconhecem”. NOVAIS, J. R., op. cit., p. 43-45.

⁴³ “Já o **Estado de Direito** (*Rechtsstaat*) surge como uma evolução do Estado absoluto, a partir da constatação de que os limites da intervenção estatal e da liberdade do cidadão devem se encontrar previamente demarcados, com o que se assegura o patrimônio e a liberdade dos indivíduos em face da vontade (até então ilimitada) do governante.” APPIO, E., op. cit., p. 18.

concorrência, sendo que a proteção dos direitos fundamentais liberais decorria do respeito a uma esfera de liberdade individual⁴⁴.

Tal contexto histórico moldou o Estado Liberal, que tinha por enfoque a racionalização no desenvolvimento das atividades estatais⁴⁵, de forma a mostrar-se nitidamente constituído separado da sociedade civil, com a qual mantinha relações jurídicas, superando-se a visão patrimonialista do Estado e reconhecendo-lhe personalidade jurídica:

O que se observa, portanto, é que no seu nascedouro o conceito de Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado a concreção do ideário liberal no que diz com o *princípio da legalidade* – ou seja, a submissão da soberania estatal à lei – a *divisão de poderes ou funções* e, a nota central, *garantia dos direitos individuais*.⁴⁶

Assim, a caracterização liberal do Estado de Direito⁴⁷ tinha como pressuposto uma separação ideal entre Estado e sociedade, enquanto quadro ideológico no qual se desenvolve a construção jurídica originária do Estado de Direito⁴⁸, a saber:

a) a separação entre política e economia, segundo a qual o Estado se deve limitar a garantir a segurança e a propriedade dos cidadãos, deixando a vida econômica entregue a uma dinâmica de auto-regulação pelo mercado⁴⁹;

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 96-97. No mesmo sentido, destaquem-se os ensinamentos de NOVAIS, J. R., op. cit., p. 39-43.

⁴⁵ “A racionalização liberal do Estado virá, assim, a surgir formalmente não só como vitória da Sociedade sobre o Estado – não obstante servir os objectivos de hegemonia política da burguesia –, mas também do Direito sobre o arbítrio, já que, através de uma particular concepção de divisão de poderes, a limitação do Estado se fazia essencialmente através de técnicas de natureza jurídica. Referimo-nos concretamente ao estabelecimento de um conjunto de órgãos (dos quais pelo menos um deriva da eleição nacional) com competências pré-determinadas constitucionalmente, no âmbito de uma divisão de poderes que consagra a supremacia do órgão legislativo (a representação popular) através do ‘império da lei’ e da subordinação do executivo garantida pelo ‘princípio da legalidade’.” Ibid., p. 69.

⁴⁶ STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de., op. cit., p. 89.

⁴⁷ APPIO, ao tratar do tema, recorda que, ainda que tenha surgido ao longo dos anos um sem-número de concepções de Estado de Direito, pode-se relacioná-lo diretamente ao modelo de Estado liberal. APPIO, E., op. cit., p. 18.

⁴⁸ Referida ideologia nos é apresentada por NOVAIS, J. R., op. cit., p. 51-52, o qual faz uma correlação às posições dos autores Adam Smith, Kant e Humboldt, respectivamente.

⁴⁹ “Cada indivíduo esforça-se continuamente por encontrar o emprego mais vantajoso para todo o capital de que dispõe. Na verdade, aquilo que tem em vista é o seu próprio benefício e não o da sociedade; mas, os cuidados que toma com vista à sua própria vantagem levam-no, naturalmente, ou melhor, necessariamente, a preferir o emprego mais vantajoso para a sociedade (...). Só está a pensar no seu próprio ganho; neste, como em muitos outros casos, está a ser conduzido por uma mão invisível a atingir um fim que de algum modo faz parte das suas intenções” (Smith, Adam. *The Wealth of Nations*, trad., Paris, 1822, cap. III, p. 54 e 59) e “No sistema da *liberdade natural* o

b) a separação entre o Estado e a Moral, segundo a qual a moralidade não é assunto que possa ser resolvido pela coação externa ou assumido pelo Estado, mas apenas pela consciência autônoma do indivíduo. Assim, o Estado não deve prosseguir quaisquer fins morais, quaisquer tarefas de realização de interesse público: o seu único é assegurar a ordem jurídica⁵⁰;

c) a separação entre o Estado e a sociedade civil, segundo a qual esta última é o local em que coexistem as esferas morais e econômicas dos indivíduos, relativamente às quais o Estado é mera referência comum tendo como única tarefa a garantia de uma paz social que permita o desenvolvimento da sociedade civil de acordo com as suas próprias regras⁵¹.

Nesta perspectiva, o Estado Liberal tem por viés a representação política e a escolha dos governantes pelo próprio povo, através do voto, bem como a defesa da divisão de poderes em órgãos distintos, com o fim último de garantir a liberdade e os direitos fundamentais do homem⁵². Dessa forma,

soberano tem somente três deveres a desempenhar (...): o primeiro é proteger a sociedade de qualquer violência ou invasão por parte das outras sociedades independentes. O segundo é proteger, tanto quanto possível, cada membro da sociedade contra a injustiça ou opressão de qualquer outro membro, ou seja, o dever de estabelecer uma rigorosa administração da justiça. E o terceiro é criar e manter certas obras e instituições públicas que nunca atraiam o interesse privado de qualquer indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos na sua criação e manutenção, na medida em que o lucro não compensa as despesas (...)" (Smith, Adam. *Ob. cit.*, Livro IV, cap. IX, p. 557). Citado por NOVAIS, J. R., op. cit., p. 52-57, ao se referir à separação Estado-Economia, ressaltando-se que o autor apresenta uma crítica a esse mesmo posicionamento, uma vez que na confrontação do modelo teórico com a realidade, evidencia-se o caráter protetivo do Estado, transparecendo sua intervenção em muitas situações do mercado econômico.

⁵⁰ Acerca da separação Estado-Moralidade, aduz NOVAIS, "para Kant, não deve o Estado prosseguir quaisquer fins morais, quaisquer tarefas de realização do bem comum ou visar a felicidade dos súditos; o seu fim único é o Direito, no sentido de que lhe compete exclusivamente assegurar a ordem jurídica, garantir a cada um a liberdade exterior que lhe permita determinar os seus próprios critérios morais e procurar a felicidade pessoal". Outrossim, Kant ressalta a autonomia individual e moral do homem: "Só o homem considerado com pessoa, isto é, como sujeito de uma razão prática, está acima de qualquer preço; (...) como tal deve considerar-se não como simples instrumento de outros indivíduos humanos (...) mas sim como fim em si mesmo: quer dizer, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto)" (Kant, *Métaphysique des Moeurs*, II, p. 62). Ibid., p. 58-62.

⁵¹ Humboldt rejeita veementemente a dimensão positiva da atividade do Estado, concluindo por "que o Estado se dispense de qualquer procura do bem-estar positivo dos cidadãos; que não desenvolva outra acção que a estritamente necessária para garantir a segurança interna e externa (...) Os cidadãos gozam de segurança no Estado quando não há usurpação do exercício dos seus direitos, tanto no que respeita à sua pessoa com à sua propriedade. Consequentemente, a segurança é a *garantia da liberdade legítima*." (Humboldt, *Ensaio sobre os limites de acção do Estado*, obra originária de 1792). Ibid., p. 63-67.

⁵² "Direitos fundamentais e divisão de poderes (com *império da lei e princípios da legalidade*) surgem, pois, como os elementos fundamentais do Estado de Direito liberal (...)" Ibid., p. 70. No mesmo sentido: "Na segunda etapa do Estado Moderno instaurou-se o chamado Estado de Direito, estruturado sobre os princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes, todos objetivando assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares,

A 'adjectivação' liberal do Estado de Direito advém, portanto, não do princípio de limitação jurídica do Estado dirigida à garantia dos direitos e liberdades fundamentais, mas sim da concretização particular que as técnicas jurídicas de limitação assumem no contexto do Estado liberal e, sobretudo, do condicionamento dos direitos fundamentais pelos valores burgueses.⁵³

Assim, no Estado Liberal de Direito, identifica-se uma limitação à atuação do governante, sujeito aos ditames da lei e da justiça, os quais são decorrentes da soberania popular concretizada pela democracia representativa⁵⁴. Em suma, a teorização liberal visava a proteger o cidadão do abuso do poder e do exercício ilegítimo do poder pelo Estado, consagrando-se, para tanto, o princípio da legalidade⁵⁵.

Imperioso se faz reconhecer que a lei no Estado Liberal pretendia ser aquela decorrente da vontade popular soberana, concebida enquanto ordem geral e abstrata, muito embora na prática a representação limita-se à vontade das classes dominantes,

Assim, enquanto a participação igual de cada um na *volonté générale* resolvia o problema da igualdade, o problema da justiça encontrava-se eliminado à partida, pois, sendo cada um legislador, ninguém seria injusto para si próprio; por último, obedecendo cada um 'apenas a uma vontade geral e racional, ninguém estaria dependente de ninguém ou sujeito ao arbítrio de quem quer que fosse. Daí que a liberdade estivesse em obedecer às leis e não aos homens, que a democracia e a liberdade se identificassem com a exclusiva soberania da lei'. (...) Nesta concepção de lei, entendida não como comando configurador, mas como quadro formal de garantia das liberdades e da segurança da propriedade, o Estado de

mas também entre estes e o Estado." DI PIETRO, M. S. Z. **Discrecionarietà** ..., p. 14. Ainda: "(...) Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a *lei* considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*." SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 112-113.

⁵³ NOVAIS, J. R., op. cit., p. 70.

⁵⁴ "O Estado Liberal se apóia, portanto, na representatividade como instrumento de aferição da vontade popular, muito embora se saiba que, na prática, somente as classes mais organizadas desta mesma sociedade manifestam suas aspirações, fazendo prevalecer seus interesses." APPIO, E., op. cit., p. 20.

⁵⁵ "Logo, o Estado de Direito imporia, em sua concepção clássica, a completa submissão à lei dos atos praticados pelos agentes públicos, o que implicaria, sobretudo, na necessidade da mais ampla e independente apreciação judiciária desses atos. (...) o Estado de Direito é aquele em que a vontade da lei substitui a vontade do rei, ou seja, é o Estado em que impera a predefinição normativa dos comportamentos estatais; a previsibilidade, enfim, da atuação da Administração Pública." PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 56.

Direito liberal realizava-se como *Estado de razão*, como *reino de leis*, onde a cooperação da representação popular garantia a realização de uma justiça imanente ao livre encontro das autonomias individuais e o carácter geral e abstracto das leis assegurava a segurança e a previsibilidade requeridas pelo auto-regulação do mercado.⁵⁶

Outrossim, observa-se que o Estado Liberal de Direito notadamente está marcado pela sua estrita observância à lei, consagrando o princípio da legalidade, bem como tem por conteúdo essencial o reconhecimento e a garantia dos direitos e liberdades fundamentais, que apresentam natureza pré e supra-estatal.

Neste carácter dos direitos fundamentais radica o último sentido da limitação do Estado, já que, quando se obriga a respeitar e garantir os direitos, o Estado reconhece-os como anteriores e superiores a si próprio, como verdadeiros limites indisponíveis em cuja reserva só pode penetrar, como diz SCHMITT, em quantidade mensurável e só de acordo com procedimentos pré-estabelecidos. Quando as Constituições do liberalismo e as respectivas Declarações de Direitos consagram as liberdades individuais tal não significa que o poder soberano concede direitos aos particulares, mas tão só que reconhece juridicamente os direitos originários dos homens e os proclama solenemente com a finalidade de melhor os garantir.⁵⁷

Ademais, imprescindível se faz reconhecer que os direitos fundamentais do homem eram garantidos essencialmente através da técnica da divisão dos poderes, assinalada pelos autores como elemento indissociável da caracterização e técnica de organização do modelo liberal. Assim, a fim de evitar o abuso de poder por parte daquele que lhe é titular, deve-se estabelecer a distribuição das funções do Estado⁵⁸, de forma a se consolidar uma colaboração entre os poderes e não uma mera repartição burocrática de competências⁵⁹.

Neste diapasão, é possível se estabelecer algumas características do Estado Liberal: a) uma separação nítida entre Estado e sociedade civil mediada pelo Direito; b) garantias de liberdades individuais que garantem autonomia ao cidadão; c) democracia representativa vinculada ao ideário de soberania da nação e fundamentada na origem consensual do Estado, da qual decorre também o controle

⁵⁶ NOVAIS, J. R., op. cit., p. 87-89.

⁵⁷ Ibid., p. 72.

⁵⁸ A distribuição das funções do Estado dava-se através do instituto da desconcentração administrativa, que dividia as pessoas jurídicas do Estado em órgãos. Sobre o tema, aduz Adriana SCHIER: "Pressuposto para a compreensão desta técnica é a chamada teoria do órgão. Segundo a doutrina portuguesa, esta foi a forma encontrada para traduzir a complexidade institucional derivada da separação de poderes sem perda da estrutura unitária do Estado". SCHIER, A. da C. R. **Administração** ..., p. 31. E indispensável à compreensão da teoria do órgão, faz-se a leitura de MIRANDA, Jorge. **Funções, órgãos e actos do Estado**. Lisboa: Almedina, 1990.

⁵⁹ NOVAIS, J. R., op. cit., p. 84.

hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade; d) a concepção de que o Estado é um mal necessário, portanto, minimizado ao papel de garantidor da autonomia do indivíduo⁶⁰.

2.2.2 Administração Pública e Formas de Controle e de Participação Popular no Estado Liberal

Conforme analisado no capítulo anterior, observa-se um início da Administração Pública já no Estado Moderno; todavia, somente com a formação e consolidação do Estado de Direito vislumbra-se a estruturação da Administração Pública tal como se é compreendida hodiernamente. Assim,

A Administração, como hoje a entendemos, quer em sentido subjetivo (conjunto de pessoas e órgãos que exercem a função administrativa do Estado), quer em sentido objetivo (atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos), somente se estruturou a partir da formação do Estado de Direito que, trazendo em seu bojo o princípio da separação de poderes, tornou bem nítida a distinção entre as três funções do Estado, limitou o exercício do poder e proclamou e garantiu os direitos fundamentais do homem, dentre os quais a igualdade e a liberdade.⁶¹

No período do Estado Liberal foi atribuído ao direito o papel de garantidor das liberdades individuais, através da supremacia da lei. Esta compreendida não mais como vontade do rei, mas como fruto da vontade geral, de forma a constituir a máxima de que o poder só é exercido de forma legítima, quando resultante da lei, consagrando-se, assim, o princípio da legalidade⁶².

Considera-se que o direito administrativo foi, assim, elaborado e aprimorado nessa fase⁶³ com fundamento nos princípios da legalidade⁶⁴, igualdade e separação

⁶⁰ STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B., op. cit., p. 87.

⁶¹ DI PIETRO, M. S. Z. **Discrecionalidade** ..., p. 11.

⁶² "As duas idéias principais que servem de base para esse princípio são, de um lado, a de que o único poder legítimo é o que resulta da vontade geral do povo, manifestada pela lei; acima dessa vontade nenhuma outra se coloca, nem mesmo a do monarca; de outro lado, a idéia de separação de poderes, que dá primazia ao Poder Legislativo, colocando os dois outros sob a égide da lei." Ibid., p. 15.

⁶³ "As revoluções que acabaram com o velho regime absolutista da Idade Média não espargiram conseqüências similares em todos os países europeus, o que permite inferir que o direito administrativo desenvolveu-se de maneira particular em cada país, levando em conta a respectiva situação sociopolítica-administrativa" BACELLAR FILHO, R. F. **Direito** ..., p. 2.

⁶⁴ No Estado Liberal o princípio da legalidade tinha interpretação diversa daquela que prevalece hoje: "Era, na realidade, uma concepção mais restritiva, porque procurava compatibilizar a regra da obediência à lei com a idéia de discrecionalidade administrativa, herdada do Estado de

de poderes, visando assegurar a liberdade do cidadão diante das prerrogativas do poder público⁶⁵.

O âmbito e o aparelhamento da atividade administrativa eram essencialmente dedicados à promoção da defesa e segurança públicas⁶⁶, de forma a que os Poderes deveriam agir sempre em estrita observância aos ditames legais, bem como em atenção aos demais princípios materiais que disciplinavam a Administração⁶⁷.

Ademais, nesse momento, consolida-se o direito administrativo como ramo autônomo⁶⁸, composto por normas e preceitos de direito público voltados e aplicáveis à Administração Pública, igualmente assegurando-lhe uma série de prerrogativas e privilégios, dos quais o particular não se beneficiava. Outrossim, o direito administrativo tem por fundamento o duplo aspecto de, por um lado, voltar-se à manutenção da autoridade do poder público e, de outro, para o respeito pelas liberdades do cidadão.

Assim, conforme sustenta BACELLAR FILHO, “sucendendo a Revolução Francesa, observou-se a preocupação em sistematizar o conjunto normativo de modo a prescrever a competência das autoridades em todos os níveis, limitando-se

Polícia, em especial da teoria da dupla personalidade do Estado, que isentava do controle judicial uma parte dos atos da Administração, subordinada ao ‘jus politiae’. (...) A discricionariedade era vista como um tipo de atividade administrativa que não admitia controle judicial. (...) a Administração podia fazer não só o que a lei expressamente autorizasse, como também tudo aquilo que a lei não proibisse. (...) Essa concepção da legalidade (...) ficou conhecida como doutrina da *vinculação negativa da Administração* (...)”. DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade** ..., p. 18-19. No mesmo sentido a conclusão de Maria João ESTORNINHO: “(...) toda a actividade da Administração Pública, e não apenas o Fisco, passa agora a estar sujeita à lei.” ESTORNINHO, M. J., op. cit., p. 33.

⁶⁵ DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade** ..., p. 18.

⁶⁶ Nessa concepção, a estrutura administrativa deixava de ser considerada patrimônio do monarca e passava a ser vista como “um conjunto autônomo e independente, direcionado na busca de uma finalidade comum: o atendimento do interesse público”. SCHIER, A. da C. R. **Administração** ..., p. 22.

⁶⁷ CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 97.

⁶⁸ Ainda que tal caracterização não seja unânime em todos os países, pois, v.g., na Inglaterra o Estado continuava submisso à lei comum, negando-se à Administração Pública qualquer tipo de privilégio ou prerrogativa especial ou a existência de uma jurisdição administrativa. Assim, indiscutível se faz a necessidade de análise do contexto histórico de cada nação. Todavia, nos países onde se caracterizou como ramo autônomo, “segundo Giannini, a existência de Estados com *direito administrativo* é o resultado de uma síntese de pensamentos contrastantes e de experiências político-jurídicas oriundos de todas as partes da Europa”. DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade** ..., p. 16. Sobre o entendimento adotado, qual seja, pela defesa do nascimento do direito administrativo nesse período, confira-se SCHIER, A. da C. R. **Administração** ..., p. 22.

o poder e, ao mesmo tempo, reconhecendo os direitos dos particulares em face de atos da Administração e viabilizando os institutos processuais respectivos.”⁶⁹

Historicamente, o direito administrativo surge, primeira e notadamente, na França, composto por um conjunto de normas com caráter autoritário que disciplinava a atuação administrativa, bem como colocava a Administração Pública em posição de supremacia sobre o particular e sem a garantia de um efetivo controle judicial por parte de um órgão independente⁷⁰. Posteriormente, “esse caráter autoritário foi, no entanto, abrandado pelos princípios vigentes no Estado liberal, uma vez que a autoridade era limitada pelo reconhecimento de direitos individuais garantidos pelo Poder Judiciário ou por uma jurisdição administrativa independente do Poder Executivo”⁷¹.

Na Administração Pública do Estado Liberal foi adotado o modelo unitário, herdado do Estado Absoluto, agora voltado para satisfação dos interesses da burguesia. Segundo Odete MEDAUAR essa estrutura administrativa exigia-se e justificava-se em razão de que permitia uma melhor organização do aparato administrativo, necessária em muitos Estados Europeus, recém-saídos de revoluções políticas⁷².

As tarefas assumidas pelo Estado restringiam-se às atividades indispensáveis para defesa da liberdade e propriedade dos cidadãos, mantendo-o afastado das contingências sociais.

O espaço público no discurso liberal deveria se manter neutro para propiciar uma neutralidade dialógica com relação aos diversos grupos sociais, ressaltando-se que apenas ao cidadão burguês eram assegurados os direitos civis e a possibilidade de acesso a esse espaço público, o que denota a concepção extremamente restrita desse período. Outrossim, defende Marcelo MINGHELLI,

Na concepção liberal, tem-se uma espacialidade pública reduzida a uma concepção de Estado mínimo, e a atuação política do cidadão é circunscrita a esse espaço, realizando-se de forma indireta. O cidadão não constrói o espaço público; é apenas chamado a legitimá-lo, inclusive como mecanismo de implementação de seus interesses individuais, porque,

⁶⁹ BACELLAR FILHO, R. F. **Direito** ..., p. 2.

⁷⁰ DI PIETRO, M. S. Z. **Discrecionalidade** ..., p. 17.

⁷¹ Id.

⁷² MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 124-125.

posteriormente, deve remeter-se à esfera privada e dela cuidar, sem preocupar-se com a coletividade, deixada a cargo de uma elite política.⁷³

Assim, e porque vinculado ao princípio da legalidade, adotou-se o modelo burocrático de gestão administrativa⁷⁴, eleito no liberalismo como aquele capaz de garantir a despersonalização ou despatrimonialização das funções administrativas⁷⁵. A grande nota desse modelo é a imposição de uma estrutura administrativa que vincula o soberano às decisões do Parlamento, tendo por fundamento da legitimação do poder político as leis formuladas pela razão dos homens.

O grande idealizador do modelo burocrático foi Max WEBER⁷⁶, o qual sustentava ser indispensável aos Estados Modernos a adoção desse modelo de gestão, que se caracterizava essencialmente por ser *desumanizado*⁷⁷, o que lhe assegurava superioridade técnica e garantia o máximo rendimento no desempenho das atividades administrativas,

O que se tem, então, pelo tipo ideal burocrático é um modelo de gestão pautado na adoção de uma estrutura na qual o aparelho do Estado é composto de diversos órgãos dispostos em uma estrutura rigidamente estabelecida. Estes órgãos são estruturados através de cargos – feixe de competências ou atribuições definidas em lei –, ocupados por agentes públicos. Tais cargos distribuem-se em carreiras, as quais, por sua vez, encontram-se divididas em quadros. (...) a administração burocrática, conceitualmente foi pensada como a forma mais racional do exercício do poder, através da qual se alcança o maior nível técnico e o máximo rendimento, em face da precisão, continuidade e disciplina com que são exercidas as funções administrativas.⁷⁸

Nesse sentido, a Administração Pública deveria estar organizada racionalmente, sendo seu funcionamento tão previsível e regular, tal como de uma máquina, baseado em princípios e normas gerais fixos. Defendia WEBER a idéia

⁷³ MINGHELLI, Marcelo. **Orçamento participativo: uma leitura jurídico-política**. Canoas: ULBRA, 2005. p. 28.

⁷⁴ “É com a adoção deste modelo que se consegue, fundamentalmente, garantir a previsibilidade das decisões administrativas e também uma superioridade técnica em tais decisões.” SCHIER, A. da C. R. **Administração** ..., p. 25.

⁷⁵ Ibid., p. 24.

⁷⁶ O marco teórico do modelo burocrático é tido a partir da análise e características trazidas por Max WEBER, em especial nas obras **Ensaio de sociologia e Economia e sociedade**, sendo o autor o grande construtor do arsenal teórico de consolidação desse modelo.

⁷⁷ “Afirma, ademais, que a burocracia é *desumanizada*: consegue eliminar dos negócios oficiais o amor, o ódio e todos os elementos pessoais, irracionais e emocionais que fogem ao cálculo. É essa natureza da burocracia louvada como sua virtude especial, segundo o autor. É a idéia de superioridade técnica que domina o modelo burocrático.” SCHIER, A. da C. R. **Administração** ..., p. 25.

⁷⁸ Ibid., p. 26-30.

segunda a qual essa máquina dependeria de uma “estrutura burocrática”, sendo a Administração Pública: (1) regida impessoalmente pela Lei e pelo saber dos técnicos, a burocracia; (2) hierarquizada em sua organização interna e dividida segundo ramos de especialização e profissionalização; (3) vinculada a regras formais de funcionamento; (4) racional, segura e previsível em sua atuação⁷⁹.

Seguindo esses requisitos, a Administração conseguiria otimizar a realização de seus objetivos: “burocracia, eficiência e legitimidade, podemos resumir, é o trinômio que representa os pilares de sustentação da Administração Pública, sob a égide do ‘modelo weberiano’”⁸⁰.

Sérgio Roberto LEMA, citado por Adriana da Costa Ricardo SCHIER, ao comparar a administração patrimonial com o modelo burocrático, enfatiza que:

A administração patrimonial se adapta às exigências pessoais do senhor, mas o poder político é exercido como domínio do soberano sobre os outros indivíduos não submetidos à autoridade doméstica. (...) A organização estatal patrimonial é uma estrutura constituída por funcionários do governo, hierarquicamente organizados e ‘separados dos meios de administração’. (...) Mas na relação política patrimonial o cargo se alicerça em relações de dominação e não em deveres objetivos. O funcionário patrimonial vai depender por completo do senhor; na burocracia, o saber e a especialização profissional outorgam no cargo uma relativa autoridade. A estrutura política se fundamenta num aparelho administrativo, no qual o exercício do poder está disposto em função da aptidão individual do príncipe para se impor.⁸¹

Assim, são atributos do modelo burocrático: divisão do trabalho, hierarquia, regulamentação detalhada, distinção entre administração e propriedade, organização funcional em carreira, profissionalismo, especialização, impessoalidade, neutralidade, racionalidade, ingresso na carreira pública somente através de concurso público, garantias oferecidas aos funcionários públicos e formalismo⁸², ressaltando-se que é indispensável ao modelo burocrático a técnica da

⁷⁹ PEREZ, M. A. **A administração** ..., p. 45-46.

⁸⁰ “A burocracia, em tese, garantiria a autonomia da Administração em relação à sociedade, distanciando-a dos conflitos sociais e políticos e proporcionando aos administrados uma gestão técnica e profissional dos serviços públicos. A atuação racional, previsível e segura da burocracia, baseada no estrito cumprimento da lei e tutelada por um sistema de controles internos e externos, importaria necessariamente na eficiência das atividades desempenhadas pela Administração e, supostamente, em sua legitimidade, na medida em que a eficiência da atuação administrativa conduziria à adesão também racional dos administrados aos comandos e programas, frutos dessa atuação.” Ibid., p. 46.

⁸¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 90.

⁸² MOREIRA, J. B. G., op. cit., p. 152.

desconcentração administrativa, a qual divide as pessoas jurídicas públicas em órgãos, dotados de competência própria⁸³.

Neste diapasão, entende-se que a burocracia foi a forma pela qual se sustentou o projeto de racionalização do poder público na esfera institucional. Por certo, o princípio da legalidade fornece o fundamento de legitimidade e de validade de toda atividade administrativa, pois o mesmo exige a conformação formal e material dos atos dos agentes públicos⁸⁴.

Em verdade, na estrutura burocrática, o controle das atividades desenvolvidas pelo Poder Público é feito de forma prévia, através da submissão desses atos ao crivo do princípio da legalidade.

Conforme analisado na estrutura do Estado Liberal de Direito, ideologicamente prega-se a separação entre o Estado e a sociedade civil, o que gera uma correspondente separação muito nítida entre as idéias de *serviço público*⁸⁵ e *atividade privada*; entre *direito público* e *direito privado*. Todavia, na prática as coisas sucederam de modo diverso, pois houve, especialmente no séc. XIX, um crescimento no papel da Administração Pública, provocado por diversos fatores, dentre os quais destacam-se aqueles sintetizados por Mariano Baena de ALCÁZAR, citado por DI PIETRO⁸⁶:

- 1º) interpretação muito rígida do princípio da separação de poderes;
- 2º) separação entre Estado e Igreja, o que levou ao aumento de funções atribuídas ao Estado, anteriormente típicas da Igreja;
- 3º) grande expansão colonial;
- 4º) polêmica entre livre-cambismo e protecionismo;

⁸³ SCHIER, A. da C. R. **Administração** ..., p. 30-31.

⁸⁴ "(...) a legitimidade do poder procede de uma vontade comunitária, cuja expressão típica, como já estudamos, é a lei; já não se admitem poderes pessoais como tais, pela simples razão de que não há nenhuma pessoa sobre a comunidade que ostente como atributo divino a faculdade de emanar normas vinculantes para tal comunidade; todo o poder é da lei, toda a autoridade que pode exercer-se é própria da lei. Só em nome da lei pode impor-se obediência." ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Tradução de: Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 368, citados por SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 93.

⁸⁵ "A noção de serviço público tinha contornos bem definidos, que permitiam identificar três elementos: o *subjetivo* (prestação pelo Estado), o *objetivo* (atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas) e o *formal* (sujeição a regime jurídico de direito público). Vale dizer que o serviço público abrangia as *atividades de interesse geral, prestadas pelo Estado, sob regime jurídico publicístico*." DI PIETRO, M. S. Z. **Discrecionalidade** ..., p. 18.

5º) insuficiência da iniciativa econômica privada;

6º) inovações tecnológicas.

É indiscutível que esses fatores contribuíram não só para que se aumentasse o âmbito de atuação da Administração Pública, como também para que se desenvolvesse intensamente o direito administrativo⁸⁷.

No modelo de Estado Liberal, o controle dos atos da Administração Pública e dos governantes fundamentava-se na estrita observância ao princípio da legalidade e na correlata possibilidade de controle judicial dos atos praticados pelo poder público. Em verdade, o princípio da legalidade tinha a função de defesa do indivíduo contra o “Estado *mal necessário*”, o “Estado perigoso”, o “Estado inimigo” ou “o Estado guarda-noturno”⁸⁸. Havia uma crença de que a segurança jurídica e a liberdade estariam devidamente asseguradas quanto maior fosse a limitação do poder público pela lei.

Neste diapasão, notório o enfoque trazido por Jorge Reis NOVAIS ao aduzir que, a fim de se excluir as decisões arbitrárias e garantir a proteção dos direitos e garantias fundamentais individuais, essencial fosse que a Administração Pública estivesse limitada e subordinada à lei, de forma a automaticamente tutelar os direitos dos cidadãos,

De facto, e dada a separação Estado-sociedade, à burguesia não interessava tanto controlar a execução de um programa político (que não existia em termos de configuração da sociedade, mas se resumia à garantia das condições de segurança que permitissem o livre desenvolvimento das relações de concorrência entre os particulares), quanto assegurar que os direitos individuais – a liberdade e a propriedade – não seriam invadidas ou perturbadas por uma actividade arbitrária ou não prevista da Administração (como acontecia no Estado de Polícia). (...) O princípio da legalidade da Administração (corolário do ‘império da lei’) constituir-se-ia, assim, como eixo decisivo do Estado liberal e da específica divisão de poderes que este consagrou, o que proporcionaria a sua ulterior identificação com o próprio conceito de Estado de Direito.⁸⁹

Depreende-se que foi no Estado Liberal que a premissa do controle da Administração Pública surgiu e ganhou reconhecimento pela sua importância. Ora, já não se admitia que o monarca editasse normas em atenção ao seu privilégio

⁸⁶ Nesse sentido, Mariano Baena de ALCÁZAR, *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, p. 26-39, jan./mar. 1993. p. 27.

⁸⁷ “Pode-se dizer que as principais noções desse ramo do direito, ainda hoje utilizadas, tomaram corpo definitivamente desse período”. *Id.*

⁸⁸ Nesse sentido, MOREIRA, J. B. G., *op. cit.*, p. 404.

exclusivo, pois, como visto, o governante passa a estar submetido ao princípio da legalidade, considerado como primeira garantia contra a arbitrariedade do período absoluto. Nesse contexto,

(...) o controle dos atos emanados dos entes públicos surge como um dos mais caros valores políticos desde a Revolução Francesa, representando uma das principais características do Estado de Direito. 'A sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração' – esse valor, positivado no art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, evidencia que a preocupação com o controle, além de antiga, privilegia a participação popular. (...) Importante notar que, nos primórdios do Estado Liberal, o controle era realizado somente quanto a aspectos conectados com a legalidade dos atos administrativos.⁹⁰

Nesse período histórico, ainda era bastante incipiente a idéia de controle dos atos dos governantes pelo cidadão, especialmente no tocante à verificação do princípio da legalidade. Entretanto, reconheciam-se meios judiciais adequados para defesa dos direitos subjetivos dos particulares, conforme assevera Jorge Reis NOVAIS:

Por último, mas de decisiva importância na submissão da Administração à lei e directamente relacionada com a divisão de poderes, há que considerar o problema das modalidades institucionais encontradas pelo Estado de Direito liberal para garantir a vinculação legal da Administração, o que nesta altura se traduz, sobretudo, no reconhecimento dos meios idóneos para defesa dos direitos subjectivos dos particulares. (...) De facto, só com a institucionalização das garantias jurídicas dos particulares contra a Administração se salvaguardam as posições jurídicas individuais e se garante a conformidade/compatibilidade da actividade administrativa com os limites legais pré-determinados.⁹¹

Além dos meios judiciais disponíveis ao cidadão para defesa de seus interesses e direitos individuais, pode-se observar uma incipiente participação popular na Administração Pública, qual seja, através de alguns institutos pelos quais o particular exercia determinados serviços públicos mediante a delegação do poder público⁹².

Certamente, uma das formas mais antigas de exercício privado da função pública é a concessão de serviço público que, em um primeiro momento, era

⁸⁹ NOVAIS, J. R., op. cit., p. 92-93.

⁹⁰ BACELLAR FILHO, R. F. **Direito** ..., p. 201.

⁹¹ NOVAIS, J. R., op. cit., p. 97-98.

⁹² DI PIETRO, M. S. Z. **Participação** ..., p. 27-30. Conclui ESTORNINHO: "(...) pode-se dizer que, ao longo dos tempos, a Administração Pública acabou muitas vezes por passar de uma

concedida a empresas privadas (através de relações contratuais), mas posteriormente também o foi a empresas estatais (através de relações de tutela), versando não só sobre a construção de obras públicas, como também sobre a prestação do serviço público correspondente, encontrando condições para se desenvolver no período do final do século XIX. Destaque-se que as concessionárias executavam os serviços públicos em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante fiscalização e controle da Administração Pública⁹³.

Hodiernamente, verifica-se um recrudescimento das concessões tradicionais, tendo em vista os péssimos resultados alcançados pelas empresas estatais: *“Quer-se diminuir a atuação do Estado empresário, para devolver-se ao setor privado a participação na gestão dos serviços públicos”*, através do movimento da privatização⁹⁴.

Além da concessão de serviços públicos, destaquem-se outros institutos de atuação do particular, na visão de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, tais como: os contratos de locação de serviços ou de obras públicas; a requisição de serviços (ex. jurados, serviço militar, mesários, etc.); a delegação a titulares de certas profissões; os convênios pelos quais o Poder Público se associa ao particular para a prestação de serviços públicos de interesse comum; os particulares que, em decorrência de sua própria profissão desempenham serviços delegados pelo poder público; há, ainda, os particulares que, espontaneamente, prestam serviços públicos sem qualquer título específico ou genérico, substituindo-se à Administração em casos de urgente necessidade⁹⁵.

Em todas essas situações há dois elementos: um elemento público, que diz respeito à atividade em si exercida, que é pública; e há um elemento privado, que diz respeito ao sujeito que presta essa atividade, pois ele é um particular que não tem qualquer vínculo empregatício com a Administração Pública⁹⁶.

fuga que se poderia dizer quase ‘inocente’ a uma fuga ‘consciente e perversa’ para o Direito Privado.” ESTORNINHO, M. J., op. cit., p. 68.

⁹³ DI PIETRO, M. S. Z. **Participação** ..., p. 27-29.

⁹⁴ Id.

⁹⁵ Ibid., p. 29-30.

⁹⁶ Id.

2.3 ESTADO SOCIAL, ESTADO CONSTITUCIONAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.3.1 Contexto Histórico e Estrutura do Estado Social e do Estado Democrático de Direito

As experiências totalitárias vividas na Europa contribuíram sobremaneira para constatação da insuficiência do modelo de Estado Liberal de Direito, que permanecia inerte aos momentos de crise econômica e social pelos quais passava a sociedade europeia, especialmente no período compreendido entre as duas grandes guerras mundiais, notadamente no século XX⁹⁷. É bem verdade que o modelo liberal prendia-se à pretensão da busca pela neutralidade absoluta do direito e sua estagnação através da aceitação absoluta dos dogmas positivistas⁹⁸.

Merecem destaque os regimes totalitários do Estado fascista italiano⁹⁹ e o sistema nacional-socialista germânico¹⁰⁰, os quais se caracterizavam

⁹⁷ “Quando a crise económica e social que se segue à primeira guerra mundial patenteia a impotência em que se encontra mergulhado o Estado liberal (cuja neutralidade, sustentada no formalismo legalista que realçámos no capítulo anterior, mal disfarçava uma ausência de valores que o deixava inerte perante as convulsões sociais e a crise de legitimidade que assolavam a Europa) serão várias as direcções programáticas em torno das quais visará a superação do legado liberal novecentista.” NOVAIS, J. R., op. cit., p. 130.

⁹⁸ “Se inicialmente o positivismo se podia apresentar como progressista, na medida em que atacava os alicerces ideológicos do *ancien regime*, virá posteriormente a assumir um cunho marcadamente conservador de defesa do *status*. De facto, pretendendo descobrir na sociedade as leis que a governam inexoravelmente, o positivismo só pode pregar a resignação perante o *dado*, a aceitação do *facto* e a indiferença perante a possibilidade de transformação e mudança imprimidas pelo homem. Ainda que se disfarce de neutro e imparcial ou se convença que é anti-ideológico e anti-legitimador, o positivismo jurídico é sempre a tolerância para com o direito dado (...).” Ibid., p. 127-128.

⁹⁹ “(...) para o fascista tudo está no Estado e nada de humano ou espiritual existe, e muito menos tem valor, fora do Estado. Nesse sentido o fascismo é totalitário e o Estado fascista, síntese e unidade de todos os valores, interpreta, desenvolve e potencia toda a vida do povo”, conforme aduz MUSSOLINI, *La Doutrina del Fascismo*, citado por NOVAIS, J. R., op. cit., p. 134. Ainda: “(...) as esferas de autonomia individual são necessariamente comprimidas e a própria natureza da relação Estado/indivíduo elaborada pelo pensamento liberal é perspectivada de forma radicalmente inversa: o estado é agora considerado como fim em si mesmo e o indivíduo é reduzido ao papel de instrumento dos fins sociais”. Ibid., p. 139.

¹⁰⁰ “É da *Volksgemeinschaft*, chamada *comunidade popular do povo alemão*, que emana – não em termos de representação, mas de gestação natural, quase biológica – o *Führer* (*guia*) da comunidade, que virá a constituir o eixo em torno do qual funciona todo o sistema político nacional-socialista. (...) Nestes termos, o poder do *Führer* resulta pessoal, originário e autónomo (...) que não está condicionado ou sujeito ao controlo de qualquer outra entidade (...) o que implica na supressão da representação política e da democracia e exige a concentração de poderes no *Führer*, o qual não responde perante quaisquer órgãos nem encontra limites à sua actuação. (...) Enquanto portador (Träger) da vontade colectiva, o *Führer* não exprime uma vontade individual, mas torna patente, a

ideologicamente por: (a) centralização do exercício do poder nas mãos de uma única pessoa, muitas vezes, sequer eleita pelo voto popular; (b) autoridade e poder plenos e ilimitados do Estado totalitário; (c) não reconhecimento aos indivíduos de direitos e liberdades absolutos ou originários ou esferas de autonomia particulares; (d) identificação da sociedade nacional com o Estado, dentre outros¹⁰¹.

No fundo, o novo ethos político que resultava da superação da concepção liberal da separação da sociedade e Estado traduzia-se, a partir da constatação da mútua perda de capacidade de auto-regulação, num projecto global de estruturação da sociedade, ou seja, de uma regulação da vida social a partir do impulso e da conformação provenientes do Estado; por sua vez, esta direcção tinha como contrapartida a pressão, exercida individual e colectivamente, da sociedade sobre o Estado, num esforço de apropriação ou inflexão das decisões estaduais que se manifestava não só nas referidas exigências ou nos direitos a prestações sociais, mas também na acção permanente e estruturada dos partidos, grupos de interesses e organizações sociais sobre a esfera política. Assim, pode dizer-se que é neste processo conjunto de estadualização da sociedade e de socialização do Estado que se corporiza o princípio de socialidade informador do novo Estado social e, por sua vez, é essa dupla dimensão que permite distinguir o Estado social dos conceitos afins.¹⁰²

Assim, indiscutivelmente todas as transformações sociais presenciadas nos países europeus, em especial as experiências totalitárias e lutas populares, reforçaram a intenção de superação dos pressupostos e transformações do modelo liberal de Estado, propugnando-se nos movimentos de reforma política para a consolidação do chamado Estado Social¹⁰³.

Pontua-se como referencial histórico a 1ª Guerra Mundial, a qual estimulou uma alteração radical na forma de se conceber as relações entre Estado e sociedade¹⁰⁴. Isso porque até o seu acontecimento, o desenvolvimento económico das potências mundiais reforçava e justificava os ideais liberais, bem como pressupunha uma superação das situações de crise social e desrespeito à

vontade *objectiva* do povo (...) entre ambos não existe uma relação de sujeição entre governante e governado, mas uma ligação de confiança mútua, onde a responsabilidade do *Führer* tem como contrapartida a fidelidade e obediência voluntária da *Gefolgschaft*. " Ibid., p. 150-167.

¹⁰¹ Ibid., p. 131.

¹⁰² Ibid., p. 197-198.

¹⁰³ "Este projecto, orientado para a prossecução de uma justiça social generalizada, desenvolve-se não apenas numa política económica com o sentido referido, mas também na providência estadual das condições de existência vital dos cidadãos, na prestação de bens, serviços e infra-estruturas materiais, sem os quais o exercício dos direitos fundamentais não passa de uma possibilidade teórica e a liberdade de uma ficção; o *Estado social* é, fundamentalmente, um Estado que garante a *integração existencial* (...)." Ibid., p. 194.

¹⁰⁴ "(...) trata-se, agora, não de actuar sobre aspectos parcelares da sociedade civil, mas de desenvolver uma actuação global, da qual a política económica constituía um instrumento basilar, tendente à conformação ou estruturação da sociedade pelo Estado e não apenas à mera correcção das deficiências marginais de um sistema auto-regulado." Id.

autonomia privada dos cidadãos, que eram preteridos frente ao progresso do capital. Todavia, com a Guerra ficaram visíveis a concentração e centralização do capital em prejuízo do atendimento das necessidades sociais, enaltecendo-se as próprias contradições do sistema liberal.

Paralelamente, ressalte-se o desenvolvimento do constitucionalismo¹⁰⁵, originário dos movimentos sociais e ideológicos vividos na Europa, o qual contribuiu para a superação e evolução de um modelo concentrado de poder (idealizado nas monarquias absolutas e repetido na experiência liberal) para um modelo adequado ao modo de produção de bens e, em especial, adequado aos ideais de liberdade e justiça preconizados para o povo, através da defesa da supremacia da Constituição¹⁰⁶ e de um Estado eminentemente positivista.

Assim, no Estado Constitucional, a lei estará submetida a uma relação de adequação e subordinação ao texto constitucional¹⁰⁷, que ganha notória importância, em razão de seu caráter normativo, superior, vinculante e indisponível para todos os Poderes do Estado. Todavia, o pensamento constitucionalista liberal inicialmente idealizado acaba por ser dissolvido pela programaticidade do Estado Social Constitucional¹⁰⁸. No tocante à definição clássica de constituição, adota-se a apresentada por CANOTILHO e Vital MOREIRA, que registram:

¹⁰⁵ “O constitucionalismo, produto do pensamento racionalista e mecanicista dos séculos XVI e XVII, não foi senão a revolução de uma classe social contra o tradicional poder místico, tal como se fazia presente na denominação da sociedade estatal pela monarquia absoluta. De acordo com o clima intelectual em que se desenvolveu, a teoria tradicional se viu obrigada a aceitar que o poder, elemento irracional da dinâmica política, poderia ser totalmente eliminado, ou pelo menos neutralizado, por meio de instituições racionais para seu exercício e controle.” No original: “(...) el constitucionalismo, producto del pensamiento racionalista y mecanicista de los siglos XVII y XVIII, no fue sino la revolución de una nueva clase social contra el tradicional poder místico, tal como se hacía presente en la denominación de la sociedad estatal por la monarquía absoluta. De acuerdo con el clima intelectual en la que se incubó, la teoría tradicional se vio obligada a aceptar que el poder, elemento irracional de la dinámica política, podría ser totalmente eliminado, o por lo menos neutralizado, por medio de instituciones racionales para su ejercicio y control.” LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de: Alfredo Gallego Ánabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976. p. 24-25.

¹⁰⁶ APPIO ressalta que “a Constituição foi, portanto, e antes de mais nada, o instrumento jurídico idealizado pelo iluminismo para legitimar o processo de transmissão do poder da nobreza para a burguesia”. APPIO, E., op. cit., p. 21.

¹⁰⁷ “A Constituição, sob o ponto de vista normativo, consiste em um sistema de normas interdependentes – através da conjugação de valores, regras e princípios – as quais delimitam as competências dos órgãos políticos, orientam a ação do Estado e da sociedade, além de positivar direitos e garantias fundamentais.” Ibid., p. 119.

¹⁰⁸ “A *programaticidade* dissolveu o conceito jurídico de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas do Estado liberal e pelos juristas do positivismo. (...) O drama jurídico das Constituições contemporâneas assenta, como se vê, na dificuldade, se não, impossibilidade de passar da enunciação de princípios a disciplina, tanto quanto possível rigorosa ou

A típica concepção tradicional da constituição era caracterizada por três traços constitucionais: (a) a constituição era considerada apenas, ou fundamentalmente, como *estatuto organizatório do Estado*; (b) a constituição era encarada apenas, ou principalmente, como *limite da actividade do Estado*; (c) a constituição só interessava directamente aos cidadãos enquanto defesa da sua esfera de liberdade *perante o Estado*.¹⁰⁹

O Estado Social surge, pois, envolto em uma mentalidade de resgate dos valores morais através de uma filosofia humanista de assistência social e inversão de recursos estatais como instrumento de promoção da economia¹¹⁰. Outrossim, o Estado Social apresenta-se com um novo conteúdo axiológico-político, qual seja, pretende a correção do individualismo liberal para a adjetivação social, por intermédio das garantias coletivas¹¹¹. Não mais se pressupõe a igualdade entre os homens, atribuindo-se ao Estado a missão de buscar essa igualdade e, para tanto, autoriza-se o ente estatal a intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos¹¹². Nesse passo, o Estado Social de Direito¹¹³ está sujeito à lei legitimamente estabelecida em respeito ao texto e às práticas constitucionais.

A caracterização do Estado Social como um Estado de Direito exige a reformulação dos elementos essenciais desse modelo legalista, de acordo com as novas tarefas assumidas pelo Estado Social, que tem por objetivo a promoção do livre e igual desenvolvimento da personalidade individual e a realização da dignidade da pessoa humana, de forma a se buscar uma reinterpretação dos direitos, garantias e liberdades ditos como tradicionais à luz do novo princípio de socialidade¹¹⁴, expresso no ideal de promoção da dignidade da pessoa humana. Ademais, os direitos fundamentais passam a ser concebidos não apenas como forma de defesa oponível ao Estado, “mas também como valores que se impõem genericamente a

rígida, de direitos acionáveis, ou seja, passar da esfera abstrata dos princípios a ordem concreta das normas.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 232.

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 38-39.

¹¹⁰ Nesse sentido, APPIO, E., op. cit., p. 25.

¹¹¹ STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de., op. cit., p. 91.

¹¹² DI PIETRO, M. S. Z. **Discrecionalidade** ..., p. 20.

¹¹³ Em sentido contrário, encontra-se a defesa e argumentação de Jorge Reis NOVAIS, o qual conclui pela inviabilidade conceitual de um Estado Social de Direito (NOVAIS, J. R., op. cit., p. 203 e ss.).

¹¹⁴ Ibid., p. 213.

toda a sociedade e que, dirigidos igualmente contra os poderes particulares, adquirem relevância nas relações jurídicas privadas (...)”¹¹⁵.

Entretanto, o Estado Social, por si só, não foi suficiente para atender às demandas sociais da época¹¹⁶. Fazia-se, então, necessário desenvolver um modelo de Estado calcado sob o ideal democrático, de forma que encontrou espaço e se desenvolveu um Estado Democrático de Direito, o qual tem por princípios:

- (a) *princípio da constitucionalidade*: que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional;
- (b) *princípio democrático*, que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º);
- (c) *sistema de direitos fundamentais*, que compreende os individuais, coletivos, sociais e culturais (títulos II, VII e VIII);
- (d) *princípio da justiça social*, referido no art. 170, *caput*, e no art. 193, como princípio da ordem econômica e da ordem social; como dissemos, a Constituição não prometeu a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa, como o faz a Constituição portuguesa, mas com certeza ela se abre também, timidamente, para a realização da democracia social e cultural, sem avançar significativamente rumo à democracia econômica;
- (e) *princípio da igualdade* (art. 5º, *caput*, e I);
- (f) *princípio da divisão de poderes* (art. 2º) e da *independência do juiz* (art. 95);
- (g) *princípio da legalidade* (art. 5º, II);
- (h) *princípio da segurança jurídica* (art. 5º, XXXVI a LXXIII).¹¹⁷

Ao modelo social incorpora-se o ideal democrático político, enquanto dimensão essencial àquele modelo para garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana. Nesse sentido, aduz Jorge Reis NOVAIS:

De facto, com a extensão exigida pela actual compreensão da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais só obtêm cabal realização e protecção em regime democrático. (...) Uma tal caracterização do Estado social de Direito significa não apenas que o princípio de socialidade tende para o progressivo estabelecimento de uma democracia económica e social, mas sobretudo, e antes de mais, que as esferas de autonomia individual e dos direitos fundamentais – enquanto fins e valores essenciais do

¹¹⁵ Ibid., p. 214.

¹¹⁶ “As consequências negativas do Estado Social de Direito e do positivismo jurídico são os reclamos das transformações no papel do Estado, com a introdução de um novo elemento à concepção do Estado de Direito Social: a ideia de Estado Democrático. Sem abdicar a proteção das liberdades individuais (Estado de Direito) e do bem comum (Estado Social), surgiu o Estado Democrático de Direito com a participação popular no processo político, nas decisões do Governo e no controle da Administração Pública.” MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: Publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 296.

¹¹⁷ SILVA, J. A. da., op. cit., p. 122. No mesmo sentido, incluindo o princípio da *organização democrática da sociedade*: STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. de., op. cit., p. 93.

Estado de Direito – pressupõem a existência efectiva das regras da democracia política (...).¹¹⁸

Nesse aspecto, diferencia-se do Estado Liberal, pois, nesse modelo, conforme as lições de Paulo BONAVIDES, “(...) a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito”¹¹⁹.

Assim, o Estado Social e Democrático de Direito fundamenta-se sob três princípios constitucionais estruturantes, quais sejam, “a segurança jurídica que resulta da protecção dos direitos fundamentais, a obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática”¹²⁰.

No século XIX, desenvolve-se a idéia de aperfeiçoamento da democracia como forma de governo, consagrando-se o modelo da democracia representativa como aquele idealizado para salvaguarda dos valores sociais e corolário da protecção da liberdade em face do arbítrio ou do legalismo do Estado. Referido modelo sobressaiu-se frente às críticas e conflitos das diversas classes sociais, fortalecendo-se e gozando de grande prestígio e aceitação entre os Estados.

É preciso, ainda, ressaltar que a democracia representativa provocou uma profunda mudança no perfil autoritário de Estado, uma vez que impulsionou o exercício das liberdades políticas por parte dos cidadãos. Assim, “a democracia passa então a tentar conciliar intervencionismo estatal, no plano socioeconômico, como liberalismo, no plano político e jurídico”¹²¹.

¹¹⁸ NOVAIS, J. R., op. cit., p. 221-222. No mesmo sentido: “(O Estado Democrático) se funda no princípio da soberania popular, que ‘impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento’. Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.” SILVA, J. A. da., op. cit., p. 117.

¹¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 16.

¹²⁰ NOVAIS, J. R., op. cit., p. 224. No mesmo sentido: “Reconhece-se, desde então, como democrático o governo que preserva as liberdades públicas, direitos fundamentais individuais como a liberdade de locomoção, de comércio, de pensamento e expressão; o governo que evita a concentração de poderes por meio da adoção do princípio da separação de poderes; o governo submetido à lei e legitimado pela realização periódica de eleições, momento em que o ‘povo’ exprimiria sua ‘vontade suprema’ e dellegaria aos seus mandatários o poder de governá-lo por determinado período.” PEREZ, M. A. **A administração** ..., p. 28.

¹²¹ Ibid., p. 29.

Todavia, o modelo da democracia representativa não tardou a se mostrar insuficiente, pois desvinculado de compromisso social. Novamente, apenas a faceta democrática representativa veio a apresentar fissuras e desgastes na prática. Na esteira de argumentação de Marcos Augusto PEREZ, identificam-se os seguintes problemas vivenciados pela democracia representativa:

(1) oligarquização dos partidos políticos; (2) excessiva profissionalização da política; (3) desinteresse dos eleitores pela participação política; (4) incapacidade dos parlamentares para identificar e resolver os complexos problemas inerentes à atuação estatal no domínio social e econômico; (5) falta de educação política dos eleitores, levando-os a optar mais emotiva do que racionalmente, no momento de escolha dos governantes; (6) dificuldade de contenção do abuso do poder econômico nas eleições; (7) influência nociva dos meios de comunicação de massas; (8) personalização excessiva do processo eleitoral; (9) desprestígio da lei enquanto instrumento normativo; (10) concentração de poderes nas mãos da burocracia do Executivo; (11) cerceamento do debate parlamentar mediante a edição de atos normativos com força de lei pelo Executivo.¹²²

Neste sentido, uma das soluções encontradas para minimizar a repercussão desses efeitos negativos, foi a adoção nas cartas constitucionais de institutos referentes à democracia participativa, mesclando-os com a aplicação conjunta do modelo representativo. Explica-se: “Como revela o seu próprio nome, a democracia participativa baseia-se na abertura do Estado a uma participação popular maior do que admitida no sistema da democracia puramente representativa”¹²³. É fundamental reconhecer-se a importância e necessidade dos mecanismos de participação direta para a conservação do ideal democrático.

Ressalte-se que o ideal da democracia participativa perpassa todas as funções estatais, desde a atividade legislativa, passando pela atividade judicante até chegar a atividade administrativa, sendo que a Administração Pública passa a contar com o auxílio do administrado para exercício de funções decisórias, consultivas ou de controle. No tocante à análise dos institutos de participação popular no modelo democrático e social, esta será desenvolvida no tópico subsequente.

De acordo com José Afonso da SILVA, a democracia participativa está intimamente ligada ao Estado Democrático de Direito, deduzindo-se sua conclusão da análise da própria perspectiva da Constituição pátria:

¹²² Ibid., p. 31.

¹²³ “Quando assim nos expressamos, fazemos referência a uma participação ativa do cidadão, participação entendida como ‘tomar parte pessoalmente’, como vontade ativa, predeterminada, consciente ou, porque não dizer, cívica.” Ibid., p. 32-33.

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.¹²⁴

Essa concepção de Estado Democrático de Direito foi adotada por diversos países, destacando-se as Constituições alemã (de 1949), espanhola (de 1978), portuguesa (de 1976) e a brasileira (de 1988), conforme visto.

Dentre essas, importante destacar o texto da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que dispõe em sua introdução, publicada pelo Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal de Bonn, em 1986, o seguinte:

(...) suas normas não se esgotam com princípios sobre estrutura e função da organização pública. A Lei Fundamental é bem mais do que isso, um ordenamento de valores que reconhece na defesa da liberdade e da dignidade humana o seu mais elevado bem jurídico. Sua concepção do homem, contudo, não é a do indivíduo autocrático, mas a da personalidade integrada na comunidade e a esta vinculada de múltiplas formas. Como expressão de que seja tarefa do Estado servir ao ser humano, os direitos fundamentais abrem a Lei Fundamental.¹²⁵

No Brasil, a sociedade contemporânea tem como precursora desse modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito a Carta Constitucional de 1988, que compreende em seu texto as relações entre política, moral e direito, de forma a assegurar o respeito à pluralidade de valores sociais:

A Constituição assume um papel de grande significado na vida política brasileira quando se considera que (1) nela se encontram encartados os limites da atividade do legislador e, portanto, os pressupostos de validade das normas editadas numa dada comunidade jurídica; (2) nela se encontram positivados os direitos fundamentais, sociais e individuais, oponíveis em face do Estado e do particular, bem como as formas de intervenção na economia; (3) nela se encontram descritos os objetivos do Estado, bem como, os valores fundamentais em torno dos quais gravita a nação; (4) nela se encontram pormenorizadas as áreas de atribuição de cada pessoa política, bem como se detalham as competências administrativas do Estado; e (5) nela se encontram descritos os mecanismos de aquisição, exercício e perda do poder político. Considerando-se esta sua peculiar natureza, é possível

¹²⁴ SILVA, J. A. da., op. cit., p. 119-120.

¹²⁵ DI PIETRO, M. S. Z. **Discrecionalidade** ..., p. 30.

afirmar que se trata de um documento no qual estão fixadas as decisões fundamentais da nação acerca da forma do exercício do poder político, sua aquisição e limites, bem como sua ideologia.¹²⁶

Outrossim, a construção do Estado Democrático de Direito baseia-se na superação dos modelos anteriores, quando, ainda que se utilize de elementos desses modelos, incorpora o elemento central da participação popular na construção das decisões políticas do país. José Afonso da SILVA afirma que o Estado Democrático não é mera promessa, mas realidade concretizada no texto constitucional pátrio:

A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.¹²⁷

O preâmbulo e o próprio art. 1º da Constituição de 1988 afirmam os valores essenciais que constituem fundamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro e os quatro princípios essenciais do Estado brasileiro, quais sejam, o do Estado Democrático, o do Estado Federativo, o do Estado Social e o do Estado de Direito.

As particularidades do Estado Democrático de Direito serão melhor analisadas no próximo capítulo deste trabalho, quando se estudará a importância dos princípios jurídicos constitucionais para a formulação e consolidação da democracia participativa.

2.3.2 Administração Pública e Formas de Controle e Participação Popular no Estado Social e no Estado Democrático de Direito

Nesse período histórico relativo ao modelo de Estado Social, percebe-se uma imensa transformação da Administração Pública, notavelmente após a 2ª Guerra Mundial. Já não se fala mais em interesse público, mas sim em vários interesses públicos, representativos dos vários setores da sociedade civil, com

¹²⁶ APPIO, E., op. cit., p. 46.

repercussão em vários países. Nas democracias ocidentais, por exemplo, está vigente a noção de Estado Social de Direito, à qual é inerente a idéia de prestação de serviços, pelo Estado, à população, em grandes proporções¹²⁸.

Diversas foram as conseqüências decorrentes desse modelo de gestão pública, dentre as quais se destacam, corroborando o entendimento doutrinário, a multiplicação dos interesses públicos, dos interesses difusos e dos interesses coletivos; a diminuição da separação entre Estado e sociedade; e o aumento da colaboração do particular com a Administração Pública¹²⁹.

O Estado Social ganha estruturação diferenciada conforme o estágio de organização e desenvolvimento de cada economia. Por vezes, assume a feição do chamado Estado de Bem-Estar, caracterizado pela sua forma mais atuante e por ser responsável por prover inúmeras das necessidades sociais, por exemplo, com o desenvolvimento de atividades na área da saúde, educação, assistência e previdência social, cultura, etc., sempre visando à promoção do melhor interesse coletivo. Igualmente participa da vida econômica do país, por vezes, estimulando e fiscalizando as atividades de iniciativa privada, por outras, exercendo diretamente atividades econômicas.

Esse modelo estatal é resultado da insatisfação social com os momentos de crise perpassados na conjuntura da estrutura capitalista, especialmente na primeira metade do século XX.

É bem verdade que a estrutura do direito administrativo também se alterou acompanhando a evolução e as transformações do campo social. Nesse sentido, Garrido FALA¹³⁰ aponta o fato de que os próprios cidadãos passaram a exigir a atuação mais presente e constante do poder público, não apenas para o exercício das atividades de segurança, polícia¹³¹ e justiça, mas também para a prestação de

¹²⁷ SILVA, J. A. da., op. cit., p. 119.

¹²⁸ DI PIETRO, M. S. Z. **Participação** ..., p. 30.

¹²⁹ DI PIETRO, M. S. Z. **Participação** ..., p. 30-31.

¹³⁰ FALA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo**. vol. I (parte general). 9. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 89-113, em especial, no original: "Así, la Administración, se encuentra en la necesidad de emprender por sí misma grandes obras públicas (principalmente para montar el sistema de comunicaciones) que, por su volumen o falta de rentabilidad, no iniciaban los particulares, no obstante la necesidad que la comunidad sentía; (...) En definitiva, podría afirmarse que la causa del intervencionismo administrativo está en la mayor interdependencia social que caracteriza la vida de las modernas comunidades políticas."

¹³¹ "Pelo conceito liberal, o poder de polícia compreendia a atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da *segurança*. Pelo conceito moderno, o poder de

serviços públicos sociais essenciais ao desenvolvimento da atividade e personalidade individuais, em todos os seus aspectos.

Assim, a Administração Pública tornou-se essencial à vida em coletividade, agigantando-se como órgão interventor na economia, assumindo o papel de propulsora do desenvolvimento econômico e curadora dos direitos humanos individuais e sociais¹³².

Nesse sentido, observa-se o agigantamento das funções administrativas, de forma a que se constatava, não raras vezes, que inexistia atividade social, cujo exercício se desvinculasse por completo do direito administrativo.

A proteção do interesse público deixou de ser prerrogativa exclusiva do Estado, até porque o mesmo não tinha condições e aparato estrutural suficiente para assumir todas as novas atividades de interesse geral, de forma a que se passou a falar em “privatização do interesse geral”, diante do que apresenta-se a diversidade de posicionamentos assumidos pelo Estado¹³³:

- a) algumas atividades foram assumidas pelo Estado como *serviços públicos*, ou seja, para desempenhá-los, o Estado passou a criar maior número de empresas estatais e fundações. Seriam aquelas hipóteses em que há uma combinação, na mesma entidade, da natureza de empresa estatal e de concessionária de serviço público;
- b) outras atividades de natureza econômica, o Estado deixou a cargo da iniciativa privada, mas passou a exercê-las a título de intervenção no domínio econômico, por meio de sociedades de economia mista, empresas públicas e empresas sob controle acionário do Estado;
- c) outras atividades, entretanto, o Estado nem definiu como serviço público, nem passou a exercer a título de intervenção, tão-somente as deixou na iniciativa privada e limitou-se a fomentá-las. O fomento, segundo DI PIETRO, pode ser definido como uma atividade administrativa, porque é uma das atribuições do Estado que tem por objetivo atender a necessidades

polícia é atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do *interesse público*, qualquer que seja a sua natureza.” DI PIETRO, M. S. Z. **Discrecionalidade** ..., p. 25.

¹³² PEREZ, M. A. **A administração** ..., p. 39.

¹³³ DI PIETRO, M. S. Z. **Participação** ..., p. 31. No mesmo sentido: “Abandona-se a postura imperial do Estado como detentor do monopólio do interesse público, transformando-o em

coletivas, enquadrando-se, por isso mesmo, no conceito de função administrativa, porque é uma das atribuições do Estado que tem por objetivo atender a necessidades coletivas.

Ainda que tenha atribuído à iniciativa privada o desempenho de algumas atividades, o Estado era responsável pelo desenvolvimento de um sem-número de atividades em benefício dos cidadãos¹³⁴, o que refletiu na alteração do próprio conceito de serviço público, tal como compreendido no Estado Liberal. Assim,

O rol de atividades assumidas pelo Estado como serviço público cresceu de tal modo que, ao abranger atividades de natureza social e econômica, antes reservadas aos particulares, levou a uma *crise na noção de serviço público*. Isto porque o Estado passou a transferir a execução de grande parte dessas atividades a particulares, por meio da concessão de serviços públicos e, posteriormente, mediante a criação de sociedades de economia mista e empresas públicas, para execução sob regime jurídico predominantemente privado. A partir daí, o *elemento subjetivo* da noção (prestação pelo Estado) e o *elemento formal* (regime jurídico publicístico) foram profundamente afetados.¹³⁵

Outrossim, o Poder Público passa a atuar como agente econômico¹³⁶, intervindo no espaço antes exclusivo da iniciativa privada, precedendo-se à descentralização, especificamente da Administração Pública, a qual importa na “repartição de competências entre entidades administrativas, estabelecendo, a partir daí, a clássica divisão entre Administração Pública direta e indireta”¹³⁷. A título exemplificativo, destaca-se que, no Brasil, foi com a edição do Decreto-lei nº. 200,

instrumento da sociedade, que necessita de cooperação e colaboração para angariar eficiência e legitimidade.” MARTINS JÚNIOR, W. P., op. cit., p. 307.

¹³⁴ “O caráter intervencionista pode ser identificado, ainda, no aumento da gama de prestação de serviços públicos, como resposta à crescente demanda social. A atuação positiva do Estado legitima-se, neste contexto, na medida em que se atribui a ele a função de garantir a todos as mínimas condições de sobrevivência (...). O serviço público, nesta dimensão, desponta como direito fundamental (...)” SCHIER, A. da C. R. **Administração** ..., p. 35.

¹³⁵ DI PIETRO, M. S. Z. **Discrecionalidade** ..., p. 25. No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de MELLO discorre acerca da multiplicidade de noções de serviço público, variáveis conforme o período histórico, concluindo por adotar uma noção clássica de serviço público enquanto “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 597.

¹³⁶ “Para incrementar o desenvolvimento econômico, sobretudo nos países subdesenvolvidos, o Estado passa a atuar como *agente econômico*, substituindo os particulares e tomando a si a tarefa de desenvolver atividades reputadas importantes ao crescimento: surgem as empresas estatais.” SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 55.

¹³⁷ SCHIER, A. da C. R. **Administração** ..., p. 37.

de 1967 que se consolidou a criação da Administração Pública indireta, cuja estrutura aprimorou-se com a promulgação da Constituição Federal pátria de 1988.

Destacam-se como as principais atividades desenvolvidas pela Administração Pública, no contexto do Estado de Bem-Estar: (1) manutenção da segurança interna e externa, através de um contingente profissional armado; (2) guarda e operação dos bens públicos; (3) execução direta ou indireta dos serviços públicos, legal ou constitucionalmente definidos, tais como saúde, educação, correios, telecomunicações, estradas de ferro, portos, geração de energia elétrica, previdência social, entre outros; (4) fomento ao desenvolvimento de atividades econômicas pela iniciativa privada; (5) intervenção direta do domínio econômico através da atuação como empresário; (6) controle da emissão e circulação de moeda, da atividade financeira e fiscalização das bolsas de valores; (7) fiscalização da produção e comercialização de bens que possam afetar a saúde pública e o meio ambiente; (8) fiscalização do comércio externo; (9) intervenção na propriedade privada para salvaguardar sua função social; (10) fiscalização da competição industrial e comercial para evitar a formação de monopólios, trustes e cartéis; (11) tributação¹³⁸.

Fundamental analisar-se, ainda, que na concepção social, transmuda-se a interpretação do princípio da legalidade, que passa a significar que a Administração só pode realizar os atos que estejam expressamente previstos em lei e, mais do que isso, apenas aqueles que estejam em estrita observância às formalidades legais:

Sob a influência do positivismo jurídico, o princípio da legalidade a que se submete a Administração Pública passou a ser visto de forma diversa. Enquanto no Estado de Direito liberal se reconhecia à Administração ampla discricionariedade no espaço livre deixado pela lei, significando que ela pode fazer tudo o que a lei não proíbe, no Estado de Direito social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou sentido novo, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite. (...) Substituiu-se a anterior doutrina da vinculação negativa pela da *vinculação positiva da Administração à lei*.¹³⁹

No Estado Social, observa-se a consagração dos direitos sociais, permitindo-se o desenvolvimento dos cidadãos em sociedade, reconhecendo-se aos mesmos a possibilidade de atuação junto aos órgãos administrativos:

¹³⁸ PEREZ, M. A. **A administração ...**, p. 43.

¹³⁹ DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade ...**, p. 27.

Com efeito, a exigência de socialização do Estado implica não apenas o reconhecimento da intervenção dos grupos de interesse e organizações sociais na tomada das decisões políticas centrais, mas, fundamentalmente, a recondução institucional dessas decisões à vontade democraticamente expressa pelo conjunto da sociedade. (...) é ainda imprescindível a manutenção ou aprofundamento de um quadro político de vida democrática que reconheça ao cidadão um estatuto de participante e não apenas, com diz GARCIA-PELAYO, de mero *recipiente* da intervenção 'social' do Estado. (...) Assim, o reconhecimento dos mecanismos da democracia política, como único quadro capaz de permitir o desenvolvimento de um processo de efectiva *socialização do Estado*, constitui um pressuposto imprescindível do *Estado social*, cuja ignorância se traduz na possibilidade de utilização indiscriminada do conceito e na consequente perda da sua operatividade.¹⁴⁰

Diante das novas necessidades sociais, o controle dos atos administrativos passou a ser feito em todas as fases de sua execução, exigindo-se não só um resultado válido, como também benéfico ao interesse público. Assim, fundamental a procedimentalização do agir administrativo¹⁴¹, em especial, com a possibilidade de participação do cidadão na esfera de elaboração dos atos administrativos.

Todavia, observa-se que a clássica visão da separação de funções começa a demonstrar sinais de desgaste e insuficiência para se atender às novas exigências desse período:

Com a expansão das burocracias estatais, assumindo funções de direção, planejamento e controle de um número crescente de atividades econômicas, os mecanismos destinados a impedir a centralização do poder tornaram-se anacrônicos, passando o Executivo a incrementar a competência e o volume de sua ação legislativa, bem como a avocar papéis formalmente destinados pelos paradigmas liberais aos demais poderes.¹⁴²

Assim é que esse conflito na doutrina clássica da separação dos poderes despertou a preocupação dos cientistas jurídicos, essencialmente porque o Poder Executivo chamou para si parte da tarefa legislativa, editando normas, muitas vezes,

¹⁴⁰ NOVAIS, J. R., op. cit., p. 201-203.

¹⁴¹ "A procedimentalização do agir administrativo, a fixação de regras para o modo como a Administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos configura, assim, condição indispensável para a concretização da democracia. Sem a fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre Administração e cidadãos, onde cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido." BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 130.

¹⁴² DI PIETRO, M. S. Z. **Discrecionalidade** ..., p. 26. No mesmo sentido: "(...) a teoria da divisão de poderes foi em outros tempos arma necessária da liberdade e afirmação da personalidade humana (século XVIII e XIX). Em nossos dias é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo. Decadente, em virtude das contradições e da incompatibilidade em que se acha perante a dilatação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade." BONAVIDES, P. **Do Estado** ..., p. 67.

desprovidas do senso de justiça e em total desrespeito ao ideal clássico do modelo representativo:

Na realidade, o Estado Social de Direito (ou Estado Legal), sob determinado aspecto, representa um avanço, porque coloca toda a atividade da Administração Pública sob a égide da lei. Mas, vista a questão sob o aspecto da evolução sofrida pela própria idéia de lei, houve um retrocesso, pois ela deixou de ser manifestação da vontade geral do povo e instrumento de garantia dos direitos fundamentais, na medida em que o Poder Legislativo deixou de ser o único a editar normas legais, assumindo uma posição de dependência em relação ao Executivo, além de que passou a promulgar leis em sentido apenas formal, desvinculadas da idéia de justiça.¹⁴³

A insuficiência jurídico-constitucional do modelo social levou à exigência e ao conseqüente fortalecimento de um novo modelo constitucional – o Estado Democrático de Direito – voltado para os ideais de justiça e desenvolvimento social, com repercussões no campo do direito administrativo¹⁴⁴ e da própria estrutura da Administração Pública. É nesse contexto que a participação popular ganha contornos mais acentuados para a caracterização de uma Administração Pública próxima e voltada para os seus cidadãos e com viés de controle da Administração Pública¹⁴⁵. Nesse sentido, notórias as lições de José Afonso da SILVA, ao expor acerca da evolução constitucional dos modelos de Estado,

Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja, a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Aonde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja, a

¹⁴³ DI PIETRO, M. S. Z. **Discrecionalidade** ..., p. 28.

¹⁴⁴ Nesse contexto, trata de um novo enfoque do direito administrativo o jurista Carlos Ari SUNDFELD ao sustentar a função *ordenadora* da Administração Pública: "Administração ordenadora é a parcela da função administrativa, desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e para os fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio." SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 20.

¹⁴⁵ "Acrescenta-se ao conteúdo do Estado Social de Direito um elemento novo, que é a *participação popular* no processo político, nas decisões de Governo, no controle da Administração Pública. (...) Daí hoje falar-se em *Estado Democrático de Direito*, que abrange os dois aspectos: o da *participação popular* (Estado Democrático) e o da *justiça material* (Estado de Direito)" DI PIETRO, M. S. Z. **Discrecionalidade** ..., p. 29. No mesmo sentido: "A participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (...) Sua formulação repousa sobre uma verdadeira ideologia de participação do administrado nas funções administrativas para a legitimidade dos atos da Administração Pública. Uma Administração Pública eficaz, democrática e participada é exigência natural do Estado de Direito." MARTINS JÚNIOR, W. P., op. cit., p. 296.

que instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos do *controle das decisões*, e de sua *real participação nos rendimentos da produção*.¹⁴⁶

No tocante ao modelo de gestão administrativa, constata-se que o modelo burocrático, outrora identificado no liberalismo, apesar de mantido no contexto do Estado Social¹⁴⁷, acabou sendo aperfeiçoado, acrescentando-se as particularidades já mencionadas deste período, tais como a descentralização administrativa e o intervencionismo estatal. De forma a que passa-se do modelo burocrático para o modelo gerencial, em razão da impossibilidade de atendimento das demandas sociais assumidas pelo Poder Público e a conseqüente insatisfação popular, o que caracterizou o quadro de crise do Estado Social-Burocrático¹⁴⁸.

Em apertada síntese, PEREZ aponta e identifica como os principais pilares do modelo weberiano ruíram como a crise do Estado: (1) as vicissitudes da burocracia a tornaram, ao contrário do que previra WEBER, um grande obstáculo à eficiência das ações estatais; (2) a quantidade e a complexidade das novas atividades desempenhadas pela Administração Pública fizeram com que fosse necessário dotar a Administração de amplos poderes regulatórios, emasculando o princípio da estrita legalidade e, conseqüentemente, diminuindo a segurança jurídica dos administrados em função da atuação estatal; (3) a hierarquização, aliada ao crescimento dos quadros funcionais da Administração, conduziu não ao estrito controle da máquina administrativa, mas à irresponsabilidade dos funcionários subalternos, descompromissados com os objetivos maiores do serviço público; (4) a

¹⁴⁶ SILVA, J. A. da., op. cit., p. 118.

¹⁴⁷ SCHIER, A. da C. R. **Administração** ..., p. 35.

¹⁴⁸ "Neste contexto restou clara a necessidade de se buscar uma mudança nos contornos dos Estados, visando ao estabelecimento de novos padrões de Administração Pública para tornar possível dar melhores respostas às demandas sociais, principalmente no que se refere à eficiência na gerência da coisa pública e na prestação dos serviços públicos." Ibid., p. 41-42. No mesmo sentido, Claus OFFE entende que o (i) excesso de expectativas postas no Estado, em face da "hipertrofia" dos direitos sociais e democráticos assegurados pelo Estado Social; e (ii) a impossibilidade do Poder Público em atender tais demandas determinam o que se denomina de crise fiscal, crise de legitimidade e crise de governabilidade, o que levaria à derrocada do Estado Social: OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. Tradução de: Bárbara Freitag. Rio de Janeiro Tempo Universitário, 1984. No mesmo sentido: "Tendência da moderna relação entre Estado e sociedade, baseada na recíproca coordenação (em vez de rigorosa separação ou fusão), a participação é incluída entre os meios de alteração do modelo de atuação dos complexos burocráticos estatais: rompe a clássica dualidade radical entre a Administração e o administrado e impõe o decréscimo da oposição entre autoridade e liberdade, mediante a atuação direta do administrado na atividade administrativa (e na formação de suas decisões), objetivando maiores graus de coincidência possível entre a realidade social e o conteúdo das decisões administrativas e de obtenção da adesão dos cidadãos." MARTINS JÚNIOR, W. P., op. cit., p. 296-297.

vinculação à forma deu lugar ao 'formalismo', chaga que conduziu invariavelmente a Administração a esquecer os seus objetivos primordiais em prol de um estéril apego às formalidades procedimentais; (5) o distanciamento da Administração em relação à sociedade, por fim, não a tornou impessoal, racional ou técnica, mas dominada por interesses políticos desligados dos objetivos da maioria dos cidadãos e, conseqüentemente, ineficiente e ilegítima¹⁴⁹.

Todavia, essa passagem do paradigma weberiano para a estrutura gerencial não foi pacífica, encontrando muitos obstáculos de ordem prática, especialmente pela configuração da própria Administração Pública. Nesse sentido, defende-se a revisão dos conceitos clássicos, impondo-se a necessidade de uma nova ligação entre Administração e sociedade, concebendo-se como fundamental a participação do administrado na formação da vontade administrativa. Assim, hodiernamente a defesa é pelas técnicas de incitação e adesão dos cidadãos às políticas governamentais, como forma de melhoria de prestação da função administrativa. Nesse sentido, expressa-se Caio TÁCITO:

O Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa.

O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas.¹⁵⁰

No campo das demandas sociais e também no âmbito econômico, muitas das atividades passaram à iniciativa privativa, caracterizando-se a ideologia neoliberal, em contraposição aos ideais sociais. Na esfera da Administração Pública, essa passa a ser estruturada sob a forma gerencial, preocupada com o alcance de resultados ótimos, da forma mais eficiente, independentemente dos meios utilizados¹⁵¹, conferindo-se ao cidadão a prerrogativa de interferências nos processos decisórios, através da abertura dos institutos de participação, voltados a imprimir maior eficiência à atuação administrativa.

¹⁴⁹ PEREZ, M. A. **A administração** ..., p. 47-48.

¹⁵⁰ TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 1-6, jul./set. 1997.

¹⁵¹ SCHIER, A. da C. R. **Administração** ..., p. 45.

Nesse sentido, requer-se do Estado o desempenho das atividades sociais para além da mera atuação procedimental, ou seja, deseja-se “que a Administração Pública seja a **realizadora eficiente de uma pluralidade de serviços, intervenções econômicas, entre outras atividades**, que visem fornecer à coletividade um **coeficiente mínimo de igualdade**, de modo a possibilitar aos seus membros o pleno desfrute da **cidadania**”(grifos no original)¹⁵².

De acordo com Bresser PEREIRA, são características do modelo gerencial (a) orientação da ação do Estado para o cidadão-usuário ou cidadão-cliente; (b) o controle de resultados, simplificando-se o meio de execução das atividades; (c) o fortalecimento da autonomia do administrador na gestão dos recursos; (d) a separação entre as secretarias formuladoras de políticas públicas, de caráter centralizado, e as unidades descentralizadas, executoras dessas mesmas políticas; (e) a distinção de dois tipos de unidades descentralizadas: as agências executivas, que realizam atividades exclusivas de Estado, por definição monopolistas, e os serviços sociais e científicos de caráter competitivo, em que o poder de Estado não está envolvido; (f) a transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos competitivos; (g) a adoção cumulativa, para controlar as unidades descentralizadas, dos mecanismos de controle social direto, do contrato de gestão e da formação de quase-mercados em que ocorre a competição administrada e, por fim, a (h) a terceirização das atividades auxiliares de apoio, que passam a ser licitadas competitivamente no mercado¹⁵³.

Em que pese sua argumentação, o modelo gerencial, não foi plenamente adotado na Administração Pública brasileira, conforme constata Adriana da Costa Ricardo SCHIER¹⁵⁴.

Com a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, observa-se que o constituinte teve uma grande preocupação em incluir no texto valores essenciais à ordem democrática e que possibilitassem o desenvolvimento do Estado brasileiro de forma plena. A Constituição nacional, não raras vezes, é tida como a

¹⁵² PEREZ, M. A. **A administração** ..., p. 44.

¹⁵³ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 120, n. 1, jan./abr. 1996, citado por SCHIER, A. da C. R. **Administração** ..., p. 46.

¹⁵⁴ “Destarte, em termos normativos observa-se a permanência do modelo burocrático de gestão administrativa, influenciado por pequenas alterações decorrentes da influência da ideologia neoliberal/gerencial.” Ibid., p. 49.

“Constituição cidadã”, em razão do seu texto sensivelmente garantista dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Nesse contexto, com grande maestria, inclui-se o direito da participação popular na Administração Pública, proposta inovadora, enquanto forma de efetivo controle e fiscalização das políticas públicas e das atividades administrativas. Em verdade, significa que o Estado chama o cidadão para que venha ajudar a construir um país melhor, de fato voltado às realizações sociais necessárias, possibilitando, inclusive, a participação da iniciativa privada. A Constituição de 1988 reconhece no cidadão um sujeito ativo da construção do país, e não mais como mero destinatário do poder.

Neste contexto, a Constituição de 1988 destaca-se por sua preocupação em garantir, também na esfera administrativa, a participação dos cidadãos, assegurando a possibilidade de interferirem significativamente na tomada de decisões do Poder Público, bem como a possibilidade de exercerem o controle dos atos administrativos. (...) Deste modo, ainda que adotando o modelo burocrático de gestão, o constituinte, ciente dos riscos e das deficiências deste modelo, procurou minimizá-los assegurando a participação do cidadão no âmbito do Poder Público. Aproveitou-se, assim, dos benefícios da racionalidade formal, do qual a burocracia é fruto, e procurou-se minimizar as suas conseqüências negativas através de mecanismos da democracia.¹⁵⁵

Outrossim, no contexto democrático, uma vez que a própria Administração Pública vincula-se à idéia da promoção do interesse público e do bem social, consistente na prestação dos serviços públicos à comunidade e na efetivação dos direitos sociais, igualmente o princípio da legalidade ganha novos contornos¹⁵⁶. Assim, a Administração passa a estar vinculada não só à lei, como também ao Direito¹⁵⁷.

Ressalte-se que ao princípio da legalidade vinculam-se os valores e princípios constitucionais, voltados à Administração Pública, dentre os quais, os princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, este último acrescido ao art. 37 da Constituição Federal brasileira de 1988, através da Emenda

¹⁵⁵ Ibid., p. 54.

¹⁵⁶ “O princípio da legalidade vem agora expressamente previsto na Constituição entre aqueles a que se obriga a Administração Pública direta, indireta ou fundacional (...) Além da parte introdutória da Constituição, onde se afirmam os seus princípios fundamentais, em vários outros dispositivos se revela a preocupação com determinados valores a serem observados no desempenho da função estatal e, dentro desta, da função administrativa a cargo da Administração Pública. Esta já não está mais submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça.” DI PIETRO, M. S. Z. **Discrecionalidade** ..., p. 34.

¹⁵⁷ Nesse sentido, MOREIRA, J. B. G., op. cit., p. 404-405.

Constitucional nº. 19, de 19 de junho de 1998. O administrador público deve zelar pela promoção do bem comum e da justiça, observando os valores constitucionais. De acordo com João Batista Gomes PEREIRA:

Inicialmente concebido sob a feição de um puro legalismo, o princípio da legalidade caminhou para a substantivação. Na nova perspectiva, pode-se considerar que os demais princípios são coadjuvantes, senão aspectos, da legalidade: a) a impessoalidade afasta a vontade pessoal do administrador, própria da administração-propriedade, fazendo prevalecer a vontade da lei; b) a moralidade leva a uma aplicação evolutiva da lei, em consideração a valores imperantes na sociedade; c) a publicidade (a que se acrescenta, como seu instrumento, a motivação) das atividades administrativas é condição para o controle da aplicação da lei; d) a eficiência valoriza os resultados, em detrimento de uma concepção formalista da lei ou atomística do ato administrativo; e) a razoabilidade e a proporcionalidade, princípios implícitos, impedem o encaminhamento para o chamado direito livre.¹⁵⁸

Hodiernamente, o controle e a observância do princípio da legalidade importam dizer em controle da constitucionalidade. E mais ainda, deve-se buscar uma atividade de *interpretação conforme a Constituição*, na acepção de interpretação da lei conciliatória com os princípios e regras constitucionais.

Nesse momento, a participação do particular já não se dá mais somente através da delegação do poder público ou por simples colaboração em atividades paralelas. Em verdade, ela se dá mediante a atuação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública: “É nesse sentido que a participação popular é uma característica essencial do Estado de Direito Democrático, porque ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade.”¹⁵⁹

Outrossim,

“Com a socialdemocracia, torna-se mais instrumentalizada a sistemática dos mecanismos de controle da Administração, na medida em que cresce a preocupação com o controle das atividades administrativas, em face da sua maior intervenção na sociedade, seja pela prestação de serviços públicos, seja pela atividade regulatória da economia. Criam-se, então, novas modalidades de controle dos atos administrativos, legitimando-se o cidadão como agente controlador.”¹⁶⁰

Assim, ainda que seja possível identificar a participação de grupos específicos na sociedade, que visam a influenciar as decisões políticas em nítido

¹⁵⁸ Ibid., p. 406.

¹⁵⁹ DI PIETRO, M. S. Z. **Participação** ..., p. 32.

¹⁶⁰ BACELLAR FILHO, R. F. **Direito** ..., p. 202.

interesse particular (exemplo dos partidos políticos, sindicatos, grandes empresas e grupos empresariais), interessa-nos em especial a participação do próprio cidadão individualmente considerado e com nítido viés em prol do interesse coletivo, despidido de seus interesses pessoais¹⁶¹. Nesse sentido, ganha destaque o controle social da administração pública:

(...) inserido na classificação de controle externo dos atos administrativos tem-se o controle exercido pelos cidadãos em relação às atividades administrativas (...) a CF de 1988 constituiu um regime jurídico administrativo vinculado à implantação de uma Administração Pública democrática, razão pela qual garante a participação direta do cidadão na gestão da coisa pública. Contudo, a participação dos indivíduos não se reduz à possibilidade de influenciar na tomada de decisões administrativas. Com efeito, para que o direito fundamental de participação seja efetivamente concretizado é preciso garantir aos indivíduos a possibilidade de exercer, diretamente, o controle da atividade administrativa.¹⁶²

Existem diversos critérios para classificar as formas de participação. Por ora, destacar-se-á a classificação de Jean Paul FERRIER, trazida por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO¹⁶³:

- a) *participação ideológica*: o particular sabe que colabora para eleger aquela pessoa que irá atuar junto aos Poderes Públicos; é a chamada participação mediata, porque há um eleito entre o administrado e a Administração Pública;
- b) *participação psicológica*: comum nas pequenas comunidades, em que ainda há um eleito entre a Administração e o particular, mas já é maior a proximidade entre ambos, tendo o administrado maior poder de influenciar as decisões governamentais;

¹⁶¹ “(...) a participação popular deve ser entendida como aquela participação desinteressada do cidadão, tendo como objetivo único e exclusivo a melhoria das condições de vida da comunidade, ou seja, é o direito de participação política, de decidir junto, de compartilhar a administração, opinar sobre as prioridades e fiscalizar a aplicação dos recursos públicos.” FONSECA, Gilberto Nardi. A participação popular na administração pública: Audiências públicas na elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos dos municípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 40, n. 160, p. 291-305, out./dez. 2003. p. 295.

¹⁶² BACELLAR FILHO, R. F. **Direito** ..., p. 202. Nesse sentido: “En la actualidad se debe crear una estructura de Estado que permita el acercamiento de los ciudadanos a sus entidades y que facilite el control de los mismos sobre las decisiones tomadas por sus autoridades, a través de mecanismos de control distintos a los tradicionales, con la finalidad de contribuir al mejoramiento de las instituciones y especialmente, para lograr una mayor transparencia y visibilidad de todos los sectores sociales en nuestro país.” RODRÍGUEZ, José Antonio León. La participación de la ciudadanía como mecanismo de control de la administración pública. In: ORDÓÑEZ, Jorge Danós; BARRERA, Eloy Espinosa-Saldaña. **Derecho administrativo**. Lima: Jurista Editores, 2004. p. 599-617.

¹⁶³ DI PIETRO, M. S. Z. **Participação popular** ..., p. 33.

c) *participação direta*: em que não há um eleito entre a Administração e o administrado, podendo ser esta direta, indireta, por meio do “ombudsman” ou pela via do Poder Judiciário.

Em suma, a partir dessa retrospectiva histórica dos modelos de Estado e de Administração Pública, pode-se observar quão interessante é a proposta do estudo trazida por essa pesquisa.

O momento político atual evidencia a necessidade de superação dos modelos formalistas e a imprescindível busca pela interpretação constitucional do direito à participação popular, compromissada com os valores democráticos.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O direito de participação popular ganhou notoriedade no Estado Democrático de Direito, especialmente, com as chamadas políticas e constituições dirigentes, voltadas ao adequado atendimento das necessidades públicas.

No Brasil, conforme analisado, o modelo de gestão administrativa adotado no contexto dos Estados Liberal e Social foi o burocrático, pretendendo-se a sua passagem para o modelo gerencial, mas não ainda adotado na sua plenitude, o que justifica uma nova hermenêutica de interpretação do modelo burocrático.

Assim é que a Constituição Federal brasileira de 1988 nitidamente adotou o regime político fundado no princípio democrático, com um viés particular para a democracia participativa, postulado para a concretização de um Estado cidadão.

Deste modo, inquestionável a importância da Constituição como pressuposto para o fortalecimento do instituto da participação do cidadão na esfera política, compreendido o texto constitucional como a lei fundamental de um país, dotado de força normativa, e fundado em um viés eminentemente principiológico¹⁶⁴, o qual permite-se a concretização do valor primordial da busca pela justiça.

Imprescindível à caracterização da participação popular, além da análise de seus pressupostos, o estudo de sua natureza jurídica, tal como um direito fundamental, qual seja, o direito fundamental de participação popular.

3.1 CONSTITUCIONALISMO

O direito de participação popular destaca-se no período da promulgação das recentes constituições nacionais chamadas dirigentes e programáticas, envoltas pela preocupação de concretizarem o atendimento das demandas sociais e de organização econômica, além de constituírem-se no estatuto jurídico de organização da sociedade e do Estado.

No seu conceito clássico, todavia, de influência liberal, o constitucionalismo foi estruturado ideologicamente de forma diversa. Por certo que a doutrina

¹⁶⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 21.

constitucionalista ganhou identidade e relevo após as Revoluções burguesas dos séculos XVIII e seguintes, especialmente, com a Revolução Inglesa, de 1689, a Revolução Americana, de 1776 e a Revolução Francesa, de 1789. Nesse momento histórico, predominavam os ideais burgueses, visados por essa classe social, que, apesar de deter a hegemonia econômica, não vislumbrava reais possibilidades de galgar uma maior participação política em defesa de seus interesses. Assim, as primeiras constituições, notadamente inspiradas pela ideologia do liberalismo, eram sobremaneira individualistas e forjadas para atender aos interesses burgueses, ressaltando-se sua concepção extremamente legalista e formalista, tal como uma garantia aos súditos de mera previsibilidade e segurança jurídica face às arbitrariedades dos Estados e monarquias absolutas. Tinham por fundamentação a limitação da autoridade governativa, através da doutrina da separação dos poderes e da elaboração das declarações de direitos¹⁶⁵.

O constitucionalismo clássico, reduzindo a Constituição simplesmente a um instrumento jurídico, dava competência aos três órgãos fundamentais da ordem estatal – o Executivo, o Legislativo e o Judiciário – ao mesmo passo que declarava os direitos e as garantias individuais. A Constituição se continha toda no texto, como se fora o livro sagrado da liberdade, a bíblia de uma nova fé democrática, o alcorão dos princípios liberais, tendo por finalidade precípua limitar ou enfrear o exercício do poder.¹⁶⁶

As constituições liberais tinham por tônica a pretensão de se constituir em estatuto jurídico máximo do Estado, uma vez que configuradas sob a argumentação do racionalismo e na defesa de sua generalidade. Igualmente, restringiam a sua função à limitação do poder do soberano e à garantia tão só das liberdades políticas. Nesse sentido,

O liberalismo fez, assim, com o conceito de Constituição aquilo que já fizera com o conceito de soberania nacional: um expediente teórico e abstrato de universalização, nascida de seus princípios e dominada da historicidade de seus interesses concretos. De sorte que, exteriormente, a doutrina liberal não buscava inculcar a *sua* Constituição, mas o artefato racional e lógico, aquele que a vontade constituinte legislava como conceito absolutamente válido de Constituição, aplicável a todo o gênero humano, porquanto iluminado pelas luzes da razão universal.¹⁶⁷

¹⁶⁵ “Consustanciava-se numa idéia fundamental: a limitação da autoridade governativa. Tal limitação se lograria tecnicamente mediante a separação de poderes (as funções legislativas, executivas e judiciárias atribuídas a órgãos distintos) e a declaração de direitos.” BONAVIDES, P. **Curso ...**, p. 36.

¹⁶⁶ Ibid., p. 94.

¹⁶⁷ Ibid., p. 37.

Importante referencial teórico desse momento histórico, representativo já de uma insatisfação com os moldes constitucionalistas liberais, foi a conferência proferida por Ferdinand LASSALLE, em 16 de abril de 1862, no tocante à essência da Constituição¹⁶⁸. Em seu discurso, LASSALLE estudou os fundamentos sociais e políticos de uma Constituição, tidos como essenciais ao seu entendimento. Outrossim, defendeu que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim eminentemente políticas. Neste contexto, ressaltou que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes, dentre os quais, o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pelas grandes indústrias e capitais e o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. A conjunção desses fatores reais de poder¹⁶⁹ determina a chamada Constituição real e efetiva de um país¹⁷⁰; por sua vez, a constituição jurídica¹⁷¹, escrita, não passaria de uma mera folha de papel, sem conteúdo normativo e sem poder algum se conflitante com a Constituição real. Assim, diante do conflito, o pedaço de papel, representativo da constituição jurídica, certamente sucumbiria frente aos fatores reais de poder da sociedade:

Quando podemos dizer que uma constituição escrita é boa e duradoura?

A resposta é clara e parte logicamente de quanto temos exposto: Quando essa constituição escrita corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país.

Onde a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de

¹⁶⁸ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001 (Coleção Clássicos do Direito).

¹⁶⁹ “Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são.” Ibid., p. 10-11.

¹⁷⁰ “Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação. (...) Assim, pois, todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos da sua história uma Constituição real e verdadeira.” Ibid., p. 17; 27.

¹⁷¹ “Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e por conseguinte é punido. (...) De fato, na maioria dos Estados modernos, vemos aparecer, num determinado momento da sua história, uma Constituição escrita, cuja missão é a de estabelecer documentalmente, numa folha de papel, todas as instituições e princípios do governo vigente.” Ibid., p. 17-18.

papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.¹⁷²

Destarte, pode-se apontar como conclusões do pensamento de LASSALLE:

a) a essência da Constituição decorre dos fatores reais de poder vigentes em uma determinada sociedade; b) a Constituição é tipificada pelo caráter da necessidade, não podendo a Constituição escrita se impor frente às condições reais de poder; c) em caso de conflito entre Constituição Real e Jurídica, esta sucumbirá àquela¹⁷³.

Tal crítica evidenciava o período histórico de descontentamento popular com uma Constituição meramente legalista, desvinculada da realidade social, contra a qual se opôs o movimento de reformulação da ideologia e doutrina constitucionais¹⁷⁴. Impende ressaltar, todavia, que a crítica sustentada por LASSALLE, se levada ao extremo, importaria na própria negação do valor do direito constitucional enquanto ciência jurídica, pois existente somente para justificar as relações de poder dominantes¹⁷⁵.

Em razão dessa concepção eminentemente individualista e egoística, a Constituição liberal padecia de força normativa e de efetividade social, o que a levou acompanhar a crise do Estado Liberal burguês, dando lugar a um constitucionalismo marcadamente político e social, voltado aos ideais sociais, caracterizado pela amplitude de sentido e conteúdo:

Aquela acepção de fundo racionalista e normativista, decorrente, historicamente, do domínio político da classe burguesa ao colher os primeiros frutos de sua vitória sobre os Estados da monarquia absoluta e sua respectiva organização de poder, cedeu lugar, hoje a uma concepção mais ampla e verdadeira, muito menos tímida, aliás, aquela em que o Direito Constitucional é, conjuntamente, ‘técnica do poder’ e ‘técnica da liberdade’; um Direito

¹⁷² Ibid., p. 33.

¹⁷³ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 69-70.

¹⁷⁴ “Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.” LASSALLE, F., op. cit., p. 40.

¹⁷⁵ “Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes.” HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 11.

Constitucional político, sem ser, porém, contra ou a favor das instituições que abrange ou encerra.¹⁷⁶

A crítica de LASSALLE, apesar de louvável sob o aspecto formal, merece uma análise ponderada, pois, uma vez superado o conceito de constituição ministrado pelos juristas do período liberal, evidente que se observa que a Constituição do Estado Social e Democrático é dotada de eficácia sobre a realidade e de uma força normativa própria, desvinculando-se das forças políticas.

Assim, contrapondo-se à concepção de LASSALLE, e procurando ressaltar a vinculatividade constitucional e a força normativa da Constituição, Konrad HESSE, em aula inaugural da Universidade de Freiburg, na República Federal da Alemanha, em 1959, desenvolveu uma análise, delineando os aspectos que justificariam essa força motivadora do texto constitucional.

Neste sentido, para buscar solução à questão da força normativa da Constituição, HESSE aponta três proposições: a) o reconhecimento da existência de um condicionamento recíproco entre a Constituição Jurídica e a realidade político-social; b) análise dos limites e possibilidades da Constituição Jurídica e c) a análise dos pressupostos de eficácia da Constituição Jurídica.

Como ponto de partida, defende que é preciso que haja um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social, de forma a que a Constituição jurídica e a Constituição real estejam numa relação de coordenação:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. (...) A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade (...) A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.¹⁷⁷

Como segundo aspecto, destaca que devem ser considerados os limites e as possibilidades de atuação da Constituição Jurídica. Neste sentido:

¹⁷⁶ BONAVIDES, P. **Curso** ..., p. 40.

¹⁷⁷ HESSE, K., op. cit., p. 13-15.

(...) somente a Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode, efetivamente, desenvolver-se. (...) a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. (...) Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas (...) Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*.¹⁷⁸

E como terceiro aspecto, HESSE afirma pela importância de investigação dos pressupostos de eficácia da Constituição:

(...) constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo. (...) ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns *poucos princípios fundamentais*, (...) não deve assentar-se numa *estrutura unilateral*, (...) aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas (...) A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). (...) A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.¹⁷⁹

Da leitura da obra de HESSE, conclui-se que a Constituição jurídica de um Estado é condicionada pela realidade histórica concreta de seu tempo, na medida em que com ela se entrelaça em relações de conformação e alteração das realidades política e social. Todavia, a Constituição não se reduz à mera expressão das circunstâncias de cada época, mas, ao contrário, possui existência própria, autônoma, a qual decorre de sua força normativa. Existe, pois, uma constante tensão entre a realidade e a norma, incumbindo ao Direito Constitucional a tarefa do desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional, ressaltando-se sob quais condições ter-se-á a maior eficácia das normas constitucionais, de forma a preservar a “vontade da Constituição”¹⁸⁰. Assim é que a efetivação dessas relações

¹⁷⁸ Ibid., p. 15-20.

¹⁷⁹ Ibid., p. 20-23.

¹⁸⁰ “Está hoje definitivamente superada a ideia da Constituição como um simples concentrado de princípios *políticos*, cuja eficácia era a de simples *directivas* que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária. Não se questiona, pois, a juridicidade, vinculatividade e actualidade das normas constitucionais. (...) A Constituição é, pois, um complexo normativo ao qual deve ser assinalada a função da verdadeira *lei superior do Estado*, que todos os seus órgãos vincula.” CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V., op. cit., p. 43.

de conformação e coordenação realizar-se-á mais intensamente quando estiver presente na consciência geral a “vontade de Constituição” ou “consciência constitucional”, sendo esta a própria essência da sua força normativa, que deve ser preservada frente às constantes propostas de revisão constitucional. É preciso que haja uma consciência da supremacia e da inviolabilidade do texto constitucional, buscando preservar seu sentido e contexto.

Conforme discorre Paulo Ricardo SCHIER, do diálogo intertextual entre as citadas obras pode-se extrair duas grandes conclusões: a) a necessidade de se vislumbrar a Constituição em sentido jurídico, formal, dotada de normatividade e vinculatividade e b) a necessidade de substituírem-se as noções de Constituição em sentido formal e material pela idéia de sistema constitucional¹⁸¹.

É bem verdade que a palavra Constituição encerra em si uma expressão polissêmica, sendo sua acepção variável conforme o momento histórico, acompanhando a organização do Estado. Pode ser estudada a partir de variados ângulos e múltiplas perspectivas: assim, o conceito de Constituição pode ser desvelado à luz de outras ciências, tais como, pela Sociologia, Política e Economia, conforme o prisma enfocado e o método empregado¹⁸². Nesse sentido, a doutrina tem reconhecido a heterogeneidade e a ausência de consenso na esfera conceitual, diante do que se optou por trabalhar com um conceito jurídico, cientes da sua limitação, adotando a Constituição como lei fundamental do sistema jurídico.

Em linhas gerais, considerando o modelo social e democrático de Estado, a Constituição pode ser compreendida como o documento normativo composto pelo conjunto de normas jurídicas, organizadas nesse estatuto político, que dispõe acerca da organização e regulamentação do exercício do poder e do Estado, bem como assegura o rol de direitos e garantias individuais e fundamentais e impõe diretrizes específicas para o Estado. Neste diapasão, configura-se na norma hierárquica de maior grau dentro de um sistema jurídico, o que lhe garante a evidência de que as

¹⁸¹ SCHIER, P. R., op. cit., p. 76-77. A respeito da idéia de sistema constitucional, trataremos do assunto na subseção dedicada à análise da Constituição como um sistema aberto de regras e princípios.

¹⁸² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 15.

demais normas deverão estar disciplinadas em conformidade com suas disposições¹⁸³.

A doutrina clássica apresenta-nos a Constituição sob duas acepções, quais sejam os conceitos material e formal. Segundo Paulo BONAVIDES, o aspecto material da Constituição traduz-se pelo seu conteúdo, caracterizando-se pelo conjunto de normas referentes à organização do poder, à distribuição de competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo e aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. No tocante à sua acepção formal, a Constituição caracteriza-se pela especialidade de sua criação legislativa, uma vez que exige a formação de uma Assembléia Constituinte, bem como no tocante a sua eventual reforma, que exige um procedimento próprio, diferentemente das demais normas legais e em razão do seu destaque no ordenamento jurídico¹⁸⁴. Neste sentido, aduz CANOTILHO e Vital MOREIRA que a Constituição é uma lei específica,

Essa especificidade está logo na forma especial da sua elaboração – através de uma Assembleia constituinte especialmente eleita para o efeito – e nas regras particularmente exigentes que presidem à sua alteração, estabelecidas por ela mesma (regras da revisão constitucional); depois, a CRP [Constituição da República Portuguesa] é uma *lei necessária*, no sentido em que não pode ser dispensada ou revogada, mas apenas modificada; finalmente, é uma *lei hierarquicamente superior* – a lei fundamental, a lei básica –, que se encontra no vértice da ordem jurídica, à qual todas as leis têm de submeter-se.¹⁸⁵

As normas constitucionais, a exemplo do entendimento adotado quanto à Constituição, são dotadas de força normativa e revestem-se de imperatividade¹⁸⁶, devendo seu intérprete dar-lhes a máxima efetividade possível. Cumpre destacar que a eficácia jurídica representa justamente a força imperativa das normas, ou seja,

¹⁸³ Nesse sentido: “Ela institui o Estado, organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais das pessoas e traça os fins públicos a serem alcançados.” BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 77-78.

¹⁸⁴ BONAVIDES, P. **Curso** ..., p. 80-83.

¹⁸⁵ CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V., op. cit., p. 40.

¹⁸⁶ “As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais são não apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente

a capacidade de produzir efeitos no plano concreto. Por sua vez, a efetividade revela-se dentro de uma análise do plano de eficácia social da norma, representando a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e de análise dos mecanismos para sua real aplicação e do atendimento à sua função social. Assim, segundo Luís Roberto BARROSO, “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”¹⁸⁷.

A efetividade deve ser o norte do intérprete do direito, que ao promover a interpretação e aplicação do mesmo precisa estar voltado para os fins da justiça social, especialmente no tocante às normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais. A Carta política brasileira, por vezes, peca pelo excesso de detalhamento de algumas matérias, o que acaba por dificultar uma hermenêutica emancipatória e adequada das suas normas¹⁸⁸. Outrossim, essa justificativa não pode ser hábil a afastar o ideal a ser buscado por todos, ideal este de concretização, real efetividade e aplicabilidade das normas constitucionais; evitando-se, ainda, a argumentação falaciosa da falta de normas regulamentadoras.

As Constituições atuais revestem-se de características voltadas à organização, não só do Estado, como também da sociedade e da economia, preocupadas em assegurar direitos e garantias aos cidadãos, a exemplo da descrição apontada por CANOTILHO e Vital MOREIRA para a Constituição da República Portuguesa:

campeou nesta matéria, considerando-as prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não jurídico.” BARROSO, L. R., op. cit., p. 78.

¹⁸⁷ Ibid., p. 85.

¹⁸⁸ No tocante especificamente a Constituição brasileira de 1988, aponta João Pedro GEBRAN NETO: “As modernas técnicas de hermenêutica, os caminhos da retórica e, principalmente, a vontade política (considerada tanto como vontade do poder público, quanto como vontade do poder legislativo e exigência da própria sociedade) nem sempre têm servido para dar efetividade àquilo que foi pretendido pelos representantes do povo. Deve-se admitir que o constituinte esteve à frente de seu tempo, projetando cenário de *dever-ser*, de justiça social – como é desejável –, cuja concretização ocorrerá conforme a hegemonia predominante entre as diferentes forças que compõem nossa sociedade e segundo, ainda, as possibilidade de modificação da realidade”. GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 22-23.

(...) Não é apenas um estatuto organizatório do Estado-instituição, ou do Estado-pessoa-colectiva; é também *lei fundamental da sociedade*, da colectividade política, incluindo regras de organização económica e social. Não é apenas um limite negativo à actividade do Estado; é também um *caderno de encargos* do Estado, das suas tarefas e obrigações no sentido de satisfazer as necessidades económicas, sociais e culturais dos cidadãos e dos grupos sociais. Não é apenas, para os cidadãos, uma barreira de defesa perante as intromissões do Estado; é também, em primeiro lugar, um catálogo de *direitos à acção ou a prestações do Estado*; em segundo lugar, uma imposição de *deveres* perante o Estado e a sociedade; e, finalmente, uma fonte directa de disciplina das relações *entre os próprios cidadãos*.¹⁸⁹

A doutrina constitucionalista contemporânea apresenta a Constituição como a norma hierarquicamente superior no ordenamento jurídico, conferindo-lhe *status* de supremacia¹⁹⁰, não convivendo com normas que lhe sejam contrárias, em texto ou sentido, ou com outra eventual norma de mesmo grau. No sistema jurídico, a Constituição ocupa papel de destaque, tal como um comando a ser respeitado por todos os Poderes¹⁹¹, e a favor do qual as demais normas devem estar conformadas. Tal conformação representa a preeminência normativa da Constituição e evidencia a exigência de uma leitura adequada de seu texto e das demais normas do sistema jurídico, através do princípio da interpretação conforme a Constituição:

A Constituição ocupa o cimo da escala hierárquica no ordenamento jurídico. Isto quer dizer, por um lado, que ela não pode ser subordinada a qualquer outro parâmetro normativo supostamente anterior ou superior e, por outro lado, que todas as outras normas hão-de conformar-se com ela. (...) A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser *lida à luz dela* e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformem com ela. São três as componentes principais desta preeminência normativa da Constituição: (a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição (princípio da *interpretação conforme à Constituição*); (b) as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são *inválidas*, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional; (c) salvo quando não exequíveis por si mesmas, as normas constitucionais *aplicam-se directamente*, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela (...).¹⁹²

¹⁸⁹ CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V., op cit., p. 39.

¹⁹⁰ “A compreensão da Constituição como norma, aliás norma dotada de superior hierarquia, a aceitação de que tudo que nela reside constitui norma jurídica, não havendo lugar para lembretes, avisos, conselhos ou regras morais e, por fim, a percepção de que o cidadão tem acesso à Constituição, razão pela qual o Legislativo não é o seu único intérprete, são indispensáveis para a satisfação da superior autoridade constitucional.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 33.

¹⁹¹ “A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador.” Ibid., p. 22.

¹⁹² CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V., op. cit., p. 45-46. No mesmo sentido, a assertiva de Juarez FREITAS: “(...) verdadeiramente a interpretação sistemática, quando compreendida em profundidade, é a que se realiza em consonância com a rede hierarquizada, máxime na Constituição, tecida por princípios, normas e valores considerados dinamicamente e em conjunto.” FREITAS, J. A

Assim, observa-se que a Constituição moderna é aquela que está voltada ao atendimento dos reclamos e anseios sociais. Seu texto deve ser construído constantemente em conformidade ao conceito de justiça social¹⁹³. Cumpre recordar que, conforme explana CLÈVE, dos valores consagrados no texto constitucional, bem como dos preceitos e princípios constitucionais, é possível se deduzir uma teoria da justiça¹⁹⁴. Ressalte-se, ainda, que a Constituição mantém vívida e constante interação com a realidade social, de forma a se permitir a constante atualização dogmática do texto constitucional e o ajustamento de seu sentido sem a necessidade de se convocar a todo momento a manifestação do Poder Constituinte Derivado¹⁹⁵.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 marca na história constitucional pátria a adoção de uma carta política voltada aos ideais democráticos de cidadania e política, assegurando a proteção dos cidadãos, através dos princípios constitucionais e garantia dos direitos individuais e coletivos¹⁹⁶.

Após um conturbado período da história brasileira de ditadura e arbitrariedades autoritárias¹⁹⁷, instala-se uma Assembléia Nacional Constituinte,

interpretação ..., p. 61. Paulo Ricardo SCHIER denomina esse fenômeno de “filtragem constitucional”, o qual: “(...) denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas”. SCHIER, P. R., op. cit., p. 104.

¹⁹³ “A Constituição, na qual se acredita e se confia neste quase início de novo século, não é a mais a lei fundamental posta, mas a lei que fundamenta o que se põe a cada dia segundo o conceito de Justiça formulado socialmente.” ROCHA, C. L. A., op. cit., p. 22.

¹⁹⁴ CLÈVE, C. M. **A fiscalização** ..., p. 26.

¹⁹⁵ “A abertura da Constituição permite o que a doutrina vem chamando de mutação constitucional: o evoluir permanente do sentido da ordem constitucional para o efeito de acompanhar a história e o seu progresso. A força normativa da Constituição implica, pois, a construção de uma via de duas mãos: a Constituição conforma a realidade mas ao mesmo tempo é, de certo modo, também pela realidade conformada. Está-se a referir à permanente tensão normatividade/realidade constitucionais.” Ibid., p. 26-27.

¹⁹⁶ “A Constituição brasileira de 1988 tem, antes e acima de tudo, um valor simbólico: foi ela o ponto culminante do processo de restauração do Estado Democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária, onisciente e não-pluralista de exercício do poder, timbrada na intolerância e na violência. Ao reentronizar o Direito e a negociação política na vida do Estado e da sociedade, removeu o discurso e a prática da burocracia tecnocrático-militar que conduziu a coisa pública no Brasil por mais de vinte anos.” BARROSO, L. R., op. cit., p. 288-289.

¹⁹⁷ “(...) o ordenamento jurídico anteriormente vigente apresentava-se com uma estrutura extremamente autoritária e, por isso, adequada ao regime ditatorial em vigor no país desde 1964. Contudo, fatores sociopolíticos e, acima de tudo, o sonho de liberdade, nunca abandonado pela sociedade brasileira, ainda que cada vez mais oprimida pelo regime, mostraram que o homem ainda era capaz de construir sua história a partir dos ideais democráticos. Assim, determinado o fim do período de ditadura militar no país, os operadores jurídicos viram-se na contingência de repensar o

própria para elaborar uma carta constitucional, sobretudo, democrática e cidadã. A respeito da importância histórica da Constituição de 1988, aduz Luís Roberto BARROSO,

É inegável que a Constituição de 1988 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao País. Os anseios de participação, represados à força nas duas décadas anteriores, fizeram da constituinte uma apoteose cívica, marcada, todavia, por interesses e paixões.¹⁹⁸

A importância da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988 foi ressaltada pelo constituinte, ao elegê-la como “(...) a Constituição Coragem, a Constituição Cidadã, a Constituição Federativa, a Constituição Representativa e Participativa, a Constituição do Governo Síntese Executivo-Legislativo, a Constituição Fiscalizadora”, nos dizeres do Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, deputado Ulysses GUIMARÃES¹⁹⁹. Por fim, representou uma busca de superação do discurso meramente legalista, reconhecendo-se ao direito a função de intervir na realidade pra construí-la conforme os ideais da justiça material, fundados na dignidade da pessoa humana²⁰⁰.

Evidencie-se que a Constituição de 1988 procurou igualmente oxigenar a disciplina constitucional administrativa²⁰¹, marcada pela sua nota característica do autoritarismo e pela verdadeira despreocupação do administrador público com a eficiência e resultado de sua atividade. Não raras vezes, o cidadão era surpreendido na sua boa-fé, com a violação de seus direitos no relacionamento com o poder

fenômeno jurídico para, quiçá, resgatar a dignidade normativa do Direito.” SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 5-6.

¹⁹⁸ BARROSO, L. R., op. cit., p. 42. No mesmo sentido são as lições de SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 7 e ss.

¹⁹⁹ GUIMARÃES, Ulysses. Sessão solene de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 25, n. 100, p. 5-12, out./dez. 1988. p. 10. No mesmo sentido: “Diferentemente das sete Constituições anteriores, a atual é fruto da participação de todos os segmentos da sociedade. Ainda que impregnada por determinados vícios, começa com a pessoa humana, sendo chamada de ‘Constituição cidadã’. A dignidade do ser humano foi erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito: o seu principal destinatário é o homem em todas as suas dimensões.” BACELLAR FILHO, R. F. **Processo** ..., p. 21.

²⁰⁰ SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 7.

²⁰¹ Nesse sentido, inegável que a disciplina normativa do Direito Administrativo vincula-se à dogmática constitucional, especialmente, em razão da presença de um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado nos princípios constitucionais expressos e dedicados à Administração Pública, a exemplo, dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme o contexto doutrinário que é apresentado pelo prof. BACELLAR FILHO, R. F. **Processo** ..., p. 26-31.

público. Analisou-se com maior detalhamento na seção anterior a mudança de mentalidade da Administração Pública no período do Estado Democrático e Social de Direito, sendo que, por ora, ressalta-se a crítica ao legalismo estrito e à sua aplicação quase que mecânica, nas palavras do prof. Romeu BACELLAR FILHO:

A disciplina constitucional administrativa alberga novos arsenais jurídicos para alteração do quadro tradicional de um 'Direito Administrativo autoritário', marcado pela pouca atenção dispensada aos direitos e garantias integrantes do patrimônio do cidadão. Afeiçoado à visão da legalidade a qualquer custo, com desconsideração a outros valores (como, por exemplo, o contido no princípio da confiança), o Administrador exerceu suas prerrogativas por muito tempo, de modo hegemônico e incontestável, acobertado pelo manto da incontestabilidade do interesse público.²⁰²

Diante da mudança da mentalidade da prestação dos serviços públicos e frente às novas exigências sociais, implementou-se o princípio da finalidade pública como nota precípua da atividade pública²⁰³.

Nesse sentido, a mentalidade da Administração Pública volta-se à máxima da realização das tarefas administrativas buscando o atendimento das aspirações sociais coletivas. Todo o aparato administrativo somente encontra fundamentação na busca pelo ideal de concretização democrática, voltado ao povo²⁰⁴.

Trata-se, portanto, da realização do bem comum, vedando-se à Administração a promoção de interesses particulares e egoísticos. Em última análise, o detentor de legitimidade e razão da existência do poder é o povo. Assim é que o poder de que detém o governante e o administrador público somente se justifica se voltado à satisfação das necessidades da coletividade, a qual certamente é a última *ratio* da atividade administrativa²⁰⁵.

²⁰² Ibid., p. 21-22.

²⁰³ "Implementou-se, assim, o princípio da finalidade pública segundo o qual, na estipulação pela lei, de competências ao Administrador Público, tem-se em foco um determinado bem jurídico que deva ser suprido, de forma que o sentido e o limite da competência são balizados pelo fim consubstanciado na lei. Na apreciação da legalidade de um ato administrativo, é imperioso o exame da observância do escopo legal originário." Ibid., p. 23.

²⁰⁴ "Especificamente no âmbito do Direito Administrativo, a Constituição de 1988 estabeleceu um conjunto de princípios, que formam o chamado regime jurídico-administrativo, a partir do qual impôs-se a transição de uma Administração Pública de viés autoritário para uma outra que privilegia o homem, o cidadão concretamente situado." SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 8.

²⁰⁵ "A expressão poder, estigmatizada durante o período revolucionário, encontra-se, portanto, melhor entendida como prerrogativa. (...) Todo o exercício de poder implica dose de sujeição, de coerção exercida pelo detentor sobre os destinatários, pressupondo determinação de atitudes destes últimos. Contudo, o poder não se auto-realiza, configura instrumento de trabalho adequado à realização das tarefas administrativas através de atendimento às aspirações coletivas.

E esse pensamento contribuiu sobremaneira para a inversão da mentalidade vigente à época das monarquias absolutas: até então, o cidadão era mero titular de deveres ou obrigações, prevalecendo a vontade absoluta e soberana do governante, sem qualquer atribuição de partícipe ou detentor de direitos aos homens; essa concepção, todavia, transmutou-se para o reconhecimento do cidadão enquanto titular de direitos fundamentais e motivo de preocupação gradativamente maior do Estado em satisfazer as necessidades populares. Equivale à compreensão de que o norte e vértice das relações políticas passam a ser o indivíduo, que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado²⁰⁶. E, cada vez mais, essa mentalidade vem se democratizando e, certamente, no período contemporâneo, é inquestionável a presença (e a imprescindibilidade dessa presença) do cidadão enquanto construtor da realidade política de seu Estado, quer seja nas micro-relações (no seu comportamento em sociedade), quer seja nas macro-relações (na sua participação direta na formação das políticas públicas em todas as esferas de representação política).

A respeito da problemática acerca da definição da expressão “povo”, indiscutível o mérito da obra de Friedrich MÜLLER, abordando a questão fundamental da democracia: qual seja, “quem é o povo?”²⁰⁷. Para além da mera conceituação de povo enquanto elemento constitutivo do Estado²⁰⁸, importa-nos a sua abordagem sob o prisma jurídico, de antemão ressaltando-se ser o conceito plurívoco.

Assim, a noção de povo ganha contornos decisivos especialmente na era moderna, com o ressurgimento da idéia democrática, uma vez que, nesse viés, o poder supremo em uma democracia pertence ao povo. Não aqui compreendido

Não houvesse destinatário – o povo – inexistiria razão para existência do poder.” BACELLAR FILHO, R. F. **Processo** ..., p. 23-24.

²⁰⁶ “É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.” BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 14. tir. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 61.

²⁰⁷ Nesse sentido, fundamental a leitura integral da obra, marco da compreensão moderna do conceito de povo. MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

²⁰⁸ A exemplo dos doutrinadores da Teoria Geral do Estado e da Ciência Política, dentre os quais adota-se a figura de BONAVIDES, P. **Ciência** ... Não que esteja errônea essa identificação

como ícone ou imagem sagrada e inatingível; mas sim a tradução prática e realista do conceito de povo. Ademais, o povo não é só titular do poder democrático, como é o destinatário mor da atividade pública e administrativa, somente justificando-se o aparato burocrático para atendimento das necessidades sociais. Todavia, é preciso se buscar compreender em qual sentido e proporção o povo é, de fato, soberano do poder democrático.

Historicamente, aponta-se como a primeira utilização conseqüente do conceito de povo enquanto titular da soberania democrática, nos tempos modernos, a experiência norte-americana, superando-se a visão restritiva da sociedade francesa, segundo a qual, inicialmente, povo limitava-se aos operários e lavradores²⁰⁹.

No seu texto, Friedrich MÜLLER aponta diferentes acepções que denotam a importância do conceito de povo nas modernas constituições. Assim é que, tradicionalmente, o povo é apontado como aquele conjunto de cidadãos que participa ativamente do seu Estado, ou seja, que possui a prerrogativa do voto²¹⁰. Em outro sentido, é o destinatário das prescrições emanadas pelo Estado, independente de sua posição política ativa, reconhecendo-se ao povo sua posição de titular do poder político, garantindo-lhe o exercício dos seus direitos fundamentais²¹¹. Outrossim, importa-nos o povo na concepção moderna, enquanto destinatário e agente de responsabilidade e controle do poder público, considerada a totalidade dos homens que compõem um território, transcendendo-se a noção obscura, abstrata e irreal de povo nos sistemas representativos²¹². Ressalte-se que o conceito de povo não pode ser utilizado para mascarar situações de exclusão social ou dominação por parte do soberano, devendo o seu conceito ser estudado na sua vertente crítica emancipatória, considerada a sua complexidade fática

apresentada na disciplina de ciência política, todavia, para o presente trabalho importa o conceito jurídico e a relevância do mesmo para concretização do direito fundamental de participação popular.

²⁰⁹ Essa retrospectiva histórica é rememorada por Fábio Konder Comparato, no prefácio da obra. MÜLLER, F., op. cit., p. 9-28.

²¹⁰ “No geral esse *povo ativo*, a totalidade dos eleitores é considerada – não importa quão direta ou indiretamente – a fonte da determinação do convívio social por meio de prescrições jurídicas.” Ibid., p. 56.

²¹¹ “(Direitos fundamentais) são normas, direitos iguais, habilitação dos homens, i. é, dos cidadãos, a uma participação ativa [aktive Ermächtigung]. No que lhes diz respeito, *fundamentam* juridicamente uma sociedade libertária, um estado democrático. Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, o ‘povo’ permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade.” Ibid., p. 63.

estruturante, ou seja, a luz das prerrogativas constitucionais, enquanto fundamento e destinatário do poder político. Por fim, para aclarar a moderna concepção de povo, em princípio, desanimadora, imprescindível a adoção de mecanismos para a concretização de uma participação popular efetiva e direta, conjuntamente aos mecanismos de participação indireta: “eis a direção, na qual um Estado democraticamente constituído poderia tornar-se uma *república* no sentido enfático da palavra: uma *res publica*, coisa pública – quer dizer, segundo a etimologia do Latim arcaico, uma *res populica*: uma coisa do povo” ²¹³.

A doutrina constitucional aponta como notas características da Carta política de 1988 ser ela compromissória, analítica, democrática e dirigente. Compromissória, por ser um texto dialético, sem predomínio de uma tendência política absoluta, tendo buscado um equilíbrio entre os interesses do capital e do trabalho. Condensa, pois, um compromisso entre as classes sociais que participaram da construção política. Igualmente, o constituinte nacional optou por uma Carta analítica, no sentido de que a Constituição apresenta-se minuciosamente detalhada, procurando albergar em profundidade e complexidade todas as questões de interesse social, ao contrário dos chamados textos sintéticos, a exemplo da Constituição dos Estados Unidos da América. Democrática, porque seu processo de elaboração foi democrático, bem como porque a democracia proposta é aquela real, efetiva, material e não puramente formal. Por fim, a Constituição pátria é dirigente, pois apresenta uma direção vinculante para a sociedade e para o Estado. Outrossim,

O termo, trazido do constitucionalismo português, identifica uma opção pela inclusão no texto constitucional de grandes linhas programáticas, que procuram sinalizar caminhos a serem percorridos pelo legislador e pela Administração Pública. Estabelecem-se fins, tarefas e objetivos para o Estado e para a sociedade. Este tipo de constitucionalismo diminui, de certa forma, a densidade jurídica do texto, embora represente um esforço para condicionar a atuação dos Poderes e impulsioná-los na direção eleita pelo constituinte, notadamente em domínios como os da educação, cultura, saúde e realização de valores como a justiça social e os direitos a ela inerentes. O constitucionalismo dirigente é extremamente dependente da atuação do Congresso Nacional na edição das leis ordinárias necessárias ao desenvolvimento dos programas meramente alinhavados na Constituição.²¹⁴

²¹² Ibid., p. 73 e ss.

²¹³ “Não existe nenhuma democracia viva sem espaço público. Ele é o espaço do povo, quer dizer, da população: ‘A praça é do povo, como o céu é do condor’ (Castro Alves). Nele oscilam os processos informais da sua participação política, na qual podem apoiar-se aqueles formais de participação: para tornar o povo identificável, abrindo-lhe espaço para que ele se crie – atuando em situações concretas, diante de problemas concretos.” Ibid., p. 132.

A Constituição nacional certamente apresenta em seu texto um preciosismo principiológico, fundamentado na proteção do homem e em uma concepção antropológica, consagrando-se o princípio da dignidade da pessoa humana como valor máximo a ser protegido pelo Estado²¹⁵.

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui pedra angular e núcleo essencial para a hermenêutica e aplicação constitucionais, servindo de norte e última *ratio* para harmonizar princípios e valores de seu texto eventualmente conflitantes²¹⁶. Assim, o princípio da dignidade humana,

Trata-se de direito individual indisponível, intimamente ligado à autonomia e autodeterminação de cada pessoa, mas também relacionado à igualdade entre os homens e à garantia de um mínimo vital. Trata-se de limite e tarefa de persecução estatal porque, ao mesmo tempo em que estabelece a defesa dos direitos individuais, especialmente da liberdade física e intelectual, a dignidade da pessoa humana, também funciona como dever do Estado guiar-se visando garantir a cada um o pleno exercício da dignidade e o mínimo para viver.²¹⁷

Todavia, o texto constitucional tem sofrido constantes alterações, com a edição de diversas emendas constitucionais, vindo a se descaracterizar, o que tem levado a preocupação dos doutrinadores e tem sido motivo de muitas críticas:

A Carta de 1988, como decorre dessa longa exposição, não é a Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Transformada em um espaço de luta política, a constituinte de 1988 produziu um documento que sofre em demasia o impacto de certas modificações conjunturais. Ao lado disso, há no Brasil uma crônica compulsão dos governantes de modificar a Constituição para fazê-la à imagem e semelhança de seus governos. Uma espécie de narcisismo constitucional.²¹⁸

Ademais, a desconfiguração no plano do ordenamento constitucional interno também se dá em virtude das modificações no plano internacional, o que tem trazido diversas implicações no sentido da descaracterização dos elementos constitutivos dos Estados.

²¹⁴ BARROSO, L. R., op. cit., p. 290-291.

²¹⁵ "(...) reconhecida a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade e os direitos fundamentais como princípios básicos da convivência social e objectivos da limitação jurídica do Estado – e esse é o único *ponto fechado* na caracterização material do Estado de Direito –, ficam por determinar não só as modalidades de garantia institucional daqueles objectivos (...), como, no que agora nos interesse, o sentido da concretização política que se proponha realizar aqueles valores." NOVAIS, J. R., op. cit., p. 227-228.

²¹⁶ "Elegeu-se como fundamento para essa nova concepção do Estado brasileiro a proteção à dignidade da pessoa humana (...)." SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 8.

²¹⁷ GEHRAN NETO, J. P., op. cit., p. 49.

Em verdade, o velho e clássico Direito Constitucional burguês semeador de um positivismo formalista e de uma neutralidade normativista encontra-se em fase de desintegração e descrédito, não se admitindo outra solução, que não da democracia participativa²¹⁹.

Nesse momento, é preciso que os juristas reafirmem seu papel de salvaguarda da Constituição, visando assegurar a efetividade da interpretação principiológica dos direitos fundamentais assegurados na Carta política. Não se admitir o retorno à legalidade clássica:

Não! É necessário afirmar e reafirmar o compromisso com a Constituição material, com a Constituição cidadã, com a Constituição que, apesar dos defeitos e promessas não-cumpridas, tem vistas para o futuro e para seu papel principal: 'construir uma sociedade livre, justa e solidária' (art. 3º, I, CF), buscando 'erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais' (art. 3º, II, CF).²²⁰

Todavia, em que pesem as críticas, acredita-se que a interpretação constitucional deve ser considerada em sua perspectiva emancipatória, a partir da reavaliação do modelo democrático meramente representativo, e buscando-se instituir formas a possibilitar a participação direta dos cidadãos na gestão da coisa pública, bem como de seu controle²²¹.

3.2 A CONSTITUIÇÃO COMO UM SISTEMA ABERTO DE REGRAS E PRINCÍPIOS

Diante do panorama apresentado, não só se admite como certa a supremacia e a eficácia da Constituição Federal, como se faz imperioso reconhecer

²¹⁸ BARROSO, L. R., op. cit., p. 321.

²¹⁹ "A decadência do Direito Constitucional tem sido apregoada e acelerada pelos globalizadores políticos que intentam por todos os meios demoli-lo, apagando-lhe as noções, falseando-lhe os conceitos, desmoralizando-lhe os princípios, fragilizando-lhe as normas, quebrantando-lhe idéias, enfim, subtraindo-lhe juridicidade." BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 8.

²²⁰ GEBRAN NETO, J. P., op. cit., p. 47.

²²¹ "Nunca, porém, a antiga disciplina das épocas pretéritas e programáticas do século XIX se mostrou em seus institutos tradicionais tão viva, tão prestadia, tão contemporânea, tão necessária que quando se associa à democracia de participação e é lecionada nas Faculdades de leis, vinculada a princípios e valores sem os quais não há hermenêutica constitucional, nem Estado de Direito, nem legítima separação de poderes, nem controle de constitucionalidade." BONAVIDES, P. **Teoria** ..., p. 8.

a força normativa dos preceitos constitucionais, de forma a declarar que a totalidade das suas disposições é dotada de força vinculativa para todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Fundamental, pois, aceitar-se a compreensão da Constituição enquanto um sistema aberto de regras e princípios, vinculada aos valores de uma sociedade que se pretende social e democrática.

Diante disso, é preciso retomar, ainda que rapidamente, a noção de sistema, sendo que para tanto utilizar-se-á da obra de Claus-Wilhelm CANARIS²²². Segundo o autor, o sistema jurídico define-se como uma “ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais”²²³, constituindo-se, pois, em um sistema sobretudo aberto, ou seja, que interage com a realidade e dela retira suporte para se manter em constante atualização, de forma a que os princípios constitucionais oxigenam a esfera jurídica através dos valores sociais²²⁴.

Neste diapasão, Juarez FREITAS, a partir do estudo da obra de CANARIS, complementa e explicita a definição de sistema jurídico como “(...) uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.”²²⁵

No tocante à construção da interpretação sistemática do direito, aduz o autor que esta “deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando

²²² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Tradução de: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 66-105.

²²³ Ibid., p. 77-78.

²²⁴ “Os princípios possibilitam que o valor Justiça (...) se cumpra segundo normas asseguradoras do modelo de vida escolhido, sem impor a petrificação de um determinado paradigma normativo, antes, permitindo que o sistema normativo constitucional amolde-se aos reclamos da sociedade em cada momento histórico, segundo o seu pensar sobre o que seja para ela o modo justo de viver e conviver.” ROCHA, C. L. A., op. cit., p. 21.

²²⁵ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p.46.

antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos.”²²⁶

Observa-se, ainda, nessa lógica, que a Constituição deve ser entendida como uma estrutura aberta e dialética, de forma a permitir a constante interação e diálogo com a realidade:

Esta particular compreensão da Constituição viabiliza, portanto, a sua legitimidade pois sua estrutura principiológica garante, por um lado, o seu contato constante com os anseios sociais e, por outro, a concretização de uma dada sociedade pautada nos valores por ela escolhidos, mormente aqueles que visam assegurar a democracia, a igualdade e a liberdade, na experiência brasileira de 88.²²⁷

Com efeito, destacado o conceito e a importância da Constituição no presente trabalho, admite-se que o gênero das normas constitucionais pode ser dividido nas espécies de, segundo a doutrina clássica, regras ou princípios²²⁸, sendo o sistema jurídico do Estado Democrático brasileiro, conforme interpretação da Constituição Federal de 1988, reconhecido como um sistema normativo aberto de regras e princípios²²⁹.

Inicialmente, segundo a doutrina tradicional, os princípios eram considerados meros lembretes ou recados para o legislador. Por ora, é pacífico o entendimento de que as normas constitucionais (princípios ou regras) são dotadas de eficácia, reconhecendo-se aos princípios plena normatividade. No tocante aos princípios, sua

²²⁶ Ibid., p.60.

²²⁷ SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 12. No mesmo sentido: “São os princípios que permitem a evolução do sistema constitucional pela criação ou recriação do sentido e da aplicação de suas normas, sem necessidade de modificação de sua letra, legitimando-se pela sua coerência com o contexto político, social e econômico que a sociedade vivencia em determinado momento.” ROCHA, C. L. A., op. cit., p. 22-23.

²²⁸ “O princípio é o Verbo (...). No princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema ordenado. (...) É na Constituição – sistema de normas fundamentais positivadas no Estado – que se traçam os princípios informadores da ordem jurídica a ser observada em determinada sociedade estatal, em sua busca de realização do que é materialmente justo para todos.” Ibid., p. 21.

²²⁹ O Brasil adota nesse aspecto o modelo português, diante do que se retomam as palavras de CANOTILHO: “(...) (1) é um *sistema jurídico* porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica* (Caliess), traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; (3) é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*; (4) é um *sistema de regras e princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a forma de *regras*.” CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 1143.

normatividade foi veemente asseverada na conceituada lição formulada em 1952 por CRISAFULLI:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais, determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.²³⁰

As regras determinam os comportamentos permitidos ou proibidos, voltados à população e à própria Administração Pública; por sua vez, os princípios são considerados *standard* de justiça, equidade ou outra dimensão de moralidade. Seriam padrões ou modelos que indicam os valores de justiça idealizados por uma determinada sociedade, em um dado período histórico. Lecionam CANOTILHO e Vital MOREIRA que:

A norma distingue-se do princípio porque contém uma regra, instrução, ou imposição imediatamente vinculante para certo tipo de questões. Todavia, os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio, constituindo preceitos básicos da organização constitucional. Os princípios são núcleos de condensação nos quais confluem bens e valores constitucionais, i.é, são expressão do ordenamento constitucional e não fórmulas apriorísticas contrapostas às normas.²³¹

A título ilustrativo, aponte-se que a norma é tomada na dogmática constitucional como gênero jurídico, do qual decorrem duas espécies: as regras e os princípios, cuja diferenciação está detalhada nessa seção.

Na doutrina nacional do Direito Administrativo, ressalta-se o conceito de princípio apresentado por Juarez FREITAS: “Por princípio ou objetivo fundamental entende-se o critério ou a diretriz basilar do sistema jurídico, que se traduz numa disposição hierarquicamente superior, do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas”²³².

²³⁰ BONAVIDES, P. **Curso** ..., p. 257.

²³¹ CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V., op. cit., p. 49.

²³² FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 16. Ainda: FREITAS, J. **A interpretação** ..., p. 47. No mesmo sentido: “Com efeito, os princípios são as normas que positivam os valores eleitos pela sociedade como fundamento do modelo de Estado buscado na Constituição. (...) Apresentam, ainda, uma multifuncionalidade própria. Destacam-se, portanto, por exercerem a função de fundamento de toda a ordem jurídica e a função teórico-

A partir dessas noções introdutórias, é preciso, ainda, anotar as principais diferenças entre princípios e regras para que seja possível a compreensão da natureza jurídica da participação popular.

Preliminarmente, importante destacar a relevância da organização do sistema constitucional em regras e princípios²³³. Isso porque acaso o sistema fosse composto apenas por regras, evidentemente, que o seria extremamente legalista e formal, não encontrando espaço para o desenvolvimento e adequação do mesmo à realidade social. Igualmente, um sistema fundado apenas em princípios não atenderia às exigências democráticas, pois o elevado grau de indeterminação seria desaconselhável, uma vez que há matérias que necessitam de regulação específica e minuciosa para atender a sua destinação. Por certo, o mais adequado é que haja um conjunto de regras e princípios, que se complementem e que tenham a seu alcance técnicas que lhes garantam operatividade, através de procedimentos legislativos e administrativos²³⁴.

A distinção entre as regras e os princípios não é pacífica na doutrina, pois complexa, razão pela qual alguns critérios são preconizados pelos autores para distingui-los. Adotar-se-á os critérios sugeridos por CANOTILHO, a saber:

argumentativa, que implica uma dimensão na qual eles servem como guias de interpretação e de integração da Constituição, permitindo a já referida *aprendizagem constitucional*." SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 20.

²³³ "A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em *subprincípios* e *regras constitucionais* concretizadoras desses mesmos princípios. Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (=diferente densidade semântica)." CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 1157. No mesmo sentido: "A doutrina vem procurando definir a Constituição como um 'sistema normativo de princípios e preceitos'. Os princípios, ninguém desconhece, possuem características que os diferenciam das regras ou preceitos. Dispõem de maior grau de abstração e, portanto, menor grau de densidade normativa e, bem por isso, sintetizam, fundamentam e estruturam o sistema constitucional." CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória**. Trabalho proferido no Seminário Nacional Sobre o Uso Alternativo do Direito, Rio de Janeiro: COAD, 1993, p. 48 citado por BACELLAR FILHO, R. F. **Processo** ..., p. 147.

²³⁴ "Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – *legalismo* – do mundo e da vida, (...) Conseguir-se-ia um 'sistema de segurança', mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. (...) O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflituantes, a dependência do 'possível' fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e

- a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida²³⁵.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa²³⁶.
- c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípios do Estado de Direito)²³⁷.
- d) *Proximidade da ideia de direito*: os *princípios* são 'standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'ideia de direito' (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- f) *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.²³⁸

Não obstante a relevância dos critérios diferenciadores supra mencionados, destaque-se como um dos principais referenciais e idealizadores teóricos dessa distinção DWORKIN, que ao se contrapor ao positivismo, defende que além das regras jurídicas, é preciso se enumerar os princípios jurídicos²³⁹. Uma das principais distinções apontada por DWORKIN corresponde à ordem lógica, porquanto as regras se situam no campo da validade, os princípios atuam na dimensão do peso ou da importância:

La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica em determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, em cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. (...) Los principios

tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.” CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 1146.

²³⁵ No mesmo sentido: “(...) as regras possuem maior concretude. Equivale dizer, as regras estão diretamente relacionadas a atos e fatos, ou seja, são editadas contemplando determinada situação jurídica. Os princípios, ao contrário, são abstratos e gerais, porque comportam uma série indefinida de aplicações, dependendo sua extensão e significado do contexto da realidade onde estão inseridos.” GEBRAN NETO, J. P., op. cit., p. 130.

²³⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 1. ed. 3. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002 (Coleção El Derecho y la Justicia). p. 87-98.

²³⁷ Nesse sentido: “(...) Em razão de sua superior posição hierárquica ou importância estrutural dentro do sistema jurídico, os princípios permitem a abertura desse sistema para sua adequação às mutações da realidade e para a integração de novos comandos. Além disso, os princípios fundamentam a própria ordem constitucional, e neles todas as demais normas se assentam, ou, pelo menos, a eles devem obediência;” GEBRAN NETO, J. P., op. cit., p. 131.

²³⁸ CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 1144-1145.

²³⁹ “Argumentaré que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas.” DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio (Taking rights seriously)**. Tradução de: Marta Guastavino. 5. reimp. Barcelona: Ariel, 2002. p. 72.

tienen una dimensión que falta em las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere com los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener em cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene. Las normas no tienen esta dimensión. Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son *funcionalmente* importantes (...) Si se da um conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas.²⁴⁰

Os princípios, conforme visto anteriormente, constituem um modelo de exigência de otimização dos valores e regras constitucionais. Assim, os princípios exigem graus distintos de concretização, de atividade mediadora do intérprete, de acordo com os condicionamentos fáticos e jurídicos. As normas, por sua vez, prescrevem imperativamente condutas, que devem ou não ser cumpridas, indicando de forma clara as condutas a serem adotadas em dado caso concreto.

Nesse aspecto, em face dessas características, na hipótese de eventual conflito no conteúdo de duas regras ou de dois princípios, a solução a ser dada será diversa.

Assim, observa-se que a convivência dos princípios é conflituosa, ao passo que a convivência entre regras é excludente e antinômica. Isso porque, quando há um conflito entre regras jurídicas, este obedece à “lógica do tudo ou nada”, ou seja, apenas uma regra poderá ser usada, e essa indicação dar-se-á segundo critérios de validade temporal e formal, conforme o tratamento jurídico dado à matéria no ordenamento jurídico.

Por outro lado, para a resolução de um conflito entre princípios, deve-se considerar que os mesmos permitem, ou melhor, exigem a análise dos valores em questão, mediante um juízo de ponderação dos mesmos ante ao caso concreto. Não se está a falar da exclusão de algum princípio, mas antes, da aplicação conjunta, conforme as exigências concretas, podendo um princípio preponderar frente aos demais e vice-versa, visando alcançar o fim ótimo e a preservação dos valores constitucionais. É a chamada regra da concordância prática²⁴¹.

²⁴⁰ Ibid., p. 74-78.

²⁴¹ “Quando o programa normativo de duas normas se choca mutuamente há que proceder à respectiva harmonização. Se verifica uma relação regra-excepção ou regra geral-regra especial,

Segundo CANOTILHO,

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha' (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas).²⁴²

O Ministro Gilmar FERREIRA MENDES explica a aplicação da chamada "relação de precedência condicionada" quando se trata de acertar e aplicar princípios constitucionais em conflito:

Neste sentido, ensina Inocêncio Mártires Coelho: 'Por isso é que, diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta lhe parecer aplicável à mesma situação de fato, ao invés de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio, com exclusão dos outros que, *prima facie*, repete igualmente utilizáveis como norma de decisão, o intérprete fará uma ponderação entre os standards concorrentes (obviamente se todos forem princípios válidos, pois só assim podem entrar em rota de colisão) optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias que pareça mais adequado em termos de otimização de justiça. Em outras palavras de Alexy, resolve-se esse conflito estabelecendo, entre os princípios concorrentes, uma relação de precedência condicionada, na qual se diz, sempre diante das peculiaridades do caso, em que condições um princípio prevalece sobre o outro, sendo certo que, noutras circunstâncias, a questão de precedência poderá resolver-se de maneira inversa'.²⁴³

não se levantam particulares dificuldades, pois é evidente que a regra excepcional ou a regra especial prevalecem no respectivo âmbito. Diferente é a situação quando se trata de duas normas com idênticas pretensões de generalidade, como sucede frequentemente no terreno dos direitos fundamentais (por exemplo, entre a liberdade de imprensa, por um lado, e a defesa da vida privada ou o segredo de Estado). Nesses casos há que proceder a uma tarefa de concordância prática, comprimindo a alcance de ambas as normas, em proporção a apurar tendo em conta a ponderação constitucional de cada uma das normas conflituantes." CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V., op. cit., p. 57.

²⁴² CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 1145-1146.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2126-SP. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgamento: 12.8.2002. Diário de Justiça da União: 19.8.2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=2126.NUM.E&d=DESP>> Acesso em: 16 set. 2006.

No âmbito do direito administrativo, Juarez FREITAS ressalta que “(...) a percepção de que os princípios nucleares constitutivos do sistema jurídico-administrativo são capazes de se relativizar reciprocamente autoriza a assertiva de que somente no caso concreto é que se definirá qual dos princípios deve ter a primazia (...), justamente no encalço da concretização axiológica do Direito Administrativo.”²⁴⁴

Ademais, os princípios constitucionais têm uma função positiva e outra negativa²⁴⁵. Sua faceta positiva condiz com a necessidade que seu conteúdo material constitua a diretriz dos subprincípios e demais normas do ordenamento jurídico: os princípios, assim, constituem-se em ponto de partida e de chegada de todas as interpretações das normas. E sua função negativa consiste em repelir a introdução no sistema normativo de qualquer conteúdo que se contraponha ou se incompatibilize com o estabelecido²⁴⁶. A despeito dessas características, os princípios atuam como critério interpretativo e integrativo do texto constitucional.

Os princípios constitucionais apresentam uma caracterização comum, que os identifica e os enfeixa como uma realidade jurídica única, na visão singular de Cármen Lúcia Antunes ROCHA, a partir das peculiaridades de (1) generalidade; (2) primariedade e (3) dimensão axiológica²⁴⁷.

A generalidade dos princípios constitucionais significa que eles não pontuam com especificidade e minudência hipóteses concretas de regulações jurídicas. São, pois, gerais, para serem fundamento e base de outros princípios e regras constitucionais e para que por eles a sociedade estatal possa recriar-se, juridicamente, segundo uma dinâmica política e social afeita à realidade²⁴⁸.

Em razão da primariedade, atuam como ponto de partida de toda a elaboração normativa fundamental de um Estado, bem como de sua interpretação, condicionando o sentido e valoração atribuídos às demais regras constitucionais²⁴⁹.

²⁴⁴ FREITAS, J. **Estudos** ..., p. 21.

²⁴⁵ “Dotada de força normativa, ela [a Constituição] impõe a realização dos valores nela positivados, vinculando a atuação, positiva e ou negativa, do poder público.” SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 13.

²⁴⁶ ROCHA, C. L. A., op. cit., p. 23.

²⁴⁷ Ibid., p. 29.

²⁴⁸ Id.

²⁴⁹ A primariedade dos princípios constitucionais desdobra-se nas facetas histórica, jurídica, lógica e ideológica. Ibid., p. 30-32.

Por fim, sua dimensão axiológica é decorrente de seu conteúdo ético, de forma a que a Constituição adota um compromisso ideológico, encetado com a sociedade²⁵⁰.

Segundo Romeu Felipe BACELLAR FILHO, os princípios constitucionais, ainda que atuem de forma complementar e conjunta, possuem uma marca distintiva, qual seja, estão assentados em uma base antropológica comum: a dignidade da pessoa humana. Assim, na sua interação, imprescindível se faz o estabelecimento de operações de concordância prática, buscando em cada situação avaliar qual o princípio que melhor atende à necessidade real. Assim, “não se admitem sacrifícios unilaterais de um princípio em relação a outro, antes, reclama-se a harmonização.”²⁵¹

Assim, compreendida a normatividade e vinculatividade da Constituição, resta-nos concluir com Paulo Ricardo SCHIER pela importância da “reserva histórica de Justiça”, definida a partir dos interesses e valores determinados por uma sociedade concreta, inserida em específico contexto sócio-histórico-político²⁵².

Com o reconhecimento da Constituição nacional como um sistema aberto de regras e princípios, faz-se imprescindível anotar que os princípios podem estar ou não positivados, e, ainda assim, albergados pelo sistema constitucional, o que já vem sendo inquestionavelmente aceito pela doutrina e igualmente assegurada sua possibilidade de existência e aplicação, conforme a disciplina legal do § 2º, art. 5º, da Constituição Federal de 1988²⁵³.

O sistema positivo das normas constitucionais é composto por princípios e regras de diferentes graus de densificação semântica, organizados no estatuto jurídico constitucional. Assim, encontram-se os chamados princípios estruturantes, representativos das idéias diretivas básicas da ordem constitucional, ou como define CANOTILHO, “são, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político”²⁵⁴. Há, igualmente na ordem constitucional, os princípios

²⁵⁰ Ibid., p. 32-33.

²⁵¹ BACELLAR FILHO, R. F. **Processo** ..., p. 149.

²⁵² SCHIER, P. R., op. cit., p. 128.

²⁵³ “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2.º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

²⁵⁴ CANOTILHO, J. J. G., op. cit., p. 1157.

constitucionais ou fundamentais gerais, os quais “densificam os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno”²⁵⁵. E, por fim, os princípios constitucionais gerais podem concretizar-se ou densificar-se através de outros princípios, chamados de princípios constitucionais especiais ou através das regras constitucionais.

Feita essa breve análise do sistema normativo constitucional brasileiro, incumbe destacar que o direito de participação popular, dentro desse contexto, decorre e concretiza, em especial, dois dos princípios estruturantes do estatuto pátrio, a saber: os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito²⁵⁶, os quais serão analisados especificamente nos tópicos a seguir.

3.2.1 O Princípio do Estado de Direito e Correlação com o Direito de Participação

As mudanças políticas, sociais, jurídicas, econômicas e filosóficas decorrentes das manifestações e revoltas populares e políticas foram fundamentais na transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal, destacando-se a alteração da concepção de humanidade, uma vez que o homem passa a ser visto como sujeito da sua história, capaz de determinar seu futuro e dimensioná-lo através da razão²⁵⁷. Neste contexto, observa-se a necessidade imposta pelas classes dominantes de limitação do poder absoluto e soberano dos monarcas.

A burguesia foi a classe social propulsora dessas mudanças econômicas, patrocinando o ideal da construção e implementação de uma sociedade voltada ao desenvolvimento de um capitalismo livre, que exigia a preservação das garantias da

²⁵⁵ Ibid., p. 1158.

²⁵⁶ “Desde logo é possível afirmar que o direito de participação é um direito fundamental definido em normas constitucionais que decorrem diretamente do princípio do Estado de Direito e do princípio Democrático. Portanto, concretiza o Estado Democrático de Direito, princípio estruturante da República Federativa do Brasil, conforme a fórmula prevista no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.” SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 27.

²⁵⁷ Essa transição política pode ser conferida com maiores detalhes na primeira seção desse trabalho, explicitando-se seu viés político, social e econômico, bem como na obra de SCHIER, A. da C. R. Ibid., p. 36 e ss. Para se compreender o surgimento do Estado Liberal através de uma leitura sociológica, imprescindível conferir as obras de Max WEBER e pode-se citar, ainda, a leitura da obra de: ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. **O ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber**. São Paulo: Acadêmica, 1997.

segurança jurídica e o respeito à autonomia das relações privadas, culminando com a máxima da defesa do princípio da igualdade, através da racionalização.

Em verdade, a idéia final de Estado Liberal desenvolvida nesse contexto histórico foi a de um Estado mínimo e abstencionista, voltado a garantir os direitos fundamentais do homem, em especial, a liberdade, igualdade e propriedade²⁵⁸, ficando a cargo dos homens o alcance do bem comum.

Assim, “pode-se constatar, então, que para consolidar as bases do Estado liberal foi necessária a construção de uma estrutura jurídica que (i) regulamentasse as atividades do poder público, impondo limites à atuação do Estado e (ii) assegurasse os direitos fundamentais dos indivíduos”²⁵⁹.

Com efeito, como resposta a esse momento político e à demanda existente, consolida-se a figura do Estado de Direito, definido por Carlos Ari SUNDFELD como aquele “(...) criado e regulado por uma Constituição (...), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.”²⁶⁰

A concepção eminentemente formalista do Estado de Direito, decorrente do modelo liberal, aprimorou-se para um conceito substancial ou material de organização estatal, centrado na idéia da efetividade dos direitos fundamentais. Para tanto, é preciso, inicialmente, compreender que outros princípios hoje corroboram para o controle da discricionariedade administrativa, dentre os quais, destacam-se os princípios da moralidade, razoabilidade, interesse público, motivação, dentre outros. Ademais, firma-se o papel do Estado na promoção e efetivação da liberdade, identificada esta como os direitos fundamentais ou direitos humanos²⁶¹.

De outra sorte, J. J. Gomes CANOTILHO aponta o princípio do Estado de Direito como fundamental à organização do Estado e do sistema constitucional, identificando nesse modelo um Estado que respeita a liberdade ética do homem

²⁵⁸ Nesse diapasão, vide as construções teórico-filosóficas desse período, em especial, John Locke, Rousseau, Smith, Kant e Humboldt, dentre outros. Destaque-se, ainda, a ideologia do Estado Liberal, sintetizada por Jorge Reis NOVAIS e apresentada na primeira seção desse trabalho, à qual se faz breve menção: (i) a separação entre Estado e economia (Smith); (ii) a separação entre Estado e moral (Kant); (iii) a separação entre Estado e sociedade civil (Humboldt).

²⁵⁹ SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 46.

²⁶⁰ SUNDFELD, C. A. **Fundamentos** ..., p.38.

individual. Outrossim, aponta como pressupostos materiais inerentes a esse princípio os elementos da juridicidade, da constitucionalidade (revelando-se sob a perspectiva de supremacia da Constituição, ordem vinculativa de todos os poderes públicos) e da perspectiva dos direitos fundamentais, explicitado este último:

O Estado de direito é, por último, um Estado de direitos fundamentais. A Constituição garante a efectivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem, na sua complexa qualidade de pessoa, cidadão e trabalhador. Neste sentido, o Estado de direito é um 'Estado de distância', porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos. Por outro lado, o Estado de direito é um Estado 'antropologicamente amigo', ao respeitar a 'dignidade da pessoa humana' e ao empenhar-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade (art. 1º).²⁶²

Nesse aspecto, a Constituição apresenta-se como a lei máxima do ordenamento jurídico pátrio, exigindo-se a conformação legislativa e interpretativa de todas as normas infraconstitucionais ao seu conteúdo, apresentando-se como o estatuto jurídico do político, funcionando como instrumento de defesa dos direitos individuais do homem perante o Estado²⁶³.

Com efeito, a doutrina aponta como notas características da estrutura deste Estado os princípios da tripartição dos poderes e da legalidade ou do império da lei²⁶⁴, voltados tais elementos para a proteção de um núcleo essencial de direitos fundamentais.

Neste diapasão, a doutrina clássica do princípio da tripartição de poderes evidencia a necessidade de separação das funções entre os poderes públicos, de forma a impedir o abuso do poder público. Clèmerson Merlin CLÈVE aduz que:

A proposta dos pensadores oitocentistas não era de, mais uma vez, atomizar o poder político, mediante a eventual destruição do aparato estatal. O Estado consiste, para esses pensadores, num mal. Mas num mal necessário. A proposta do Estado Constitucional era a de limitar o poder político, mantendo-o concentrado. E isto ocorreria da seguinte forma: primeiro, tratava-se de organizar o espaço político de tal maneira que o poder se encarregasse de controlar o próprio poder. Aqui reside o núcleo da teorização conducente à separação dos poderes; depois, deslocando a soberania das mãos do monarca para as mãos do povo ou da nação. Ocorre, neste passo, a transferência da titularidade do poder soberano. (...) A separação de poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais, de

²⁶¹ PEREZ, M. A. **A administração** ..., p. 59.

²⁶² CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V., op. cit., p. 83.

²⁶³ SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 48.

²⁶⁴ Nesse sentido, a leitura da obra de NOVAIS, Jorge Reis., op. cit.

atividades entre distintos órgãos, e aí sim, autônomos órgãos assim denominados de poderes.²⁶⁵

No tocante ao princípio da legalidade, colaciona-se a doutrina de Adriana da Costa Ricardo SCHIER, ao concebê-lo como fundamental à discussão de todos os modelos de Estado, bem como ao estudo da estrutura administrativa do Estado. Ademais,

(...) é possível desde logo referir que o princípio da legalidade determina que o soberano somente pode atuar *secundo legis*, a partir de uma autorização legal. Ora, como os governantes atuam em estrito cumprimento às leis e estas são feitas por representantes do povo, tendo por conteúdo a vontade geral, em última análise é possível dizer que, ao menos do ponto de vista teórico, no Estado Liberal toda a atividade do poder público é definida pelos cidadãos.²⁶⁶

De outra sorte, do princípio da legalidade decorre a possibilidade de controle dos atos administrativos, uma vez que se preconiza uma administração pública estruturada de forma racional, previsível, vinculada ao ordenamento jurídico, atendendo e assegurando o princípio da legalidade e o interesse de todos: “É do princípio da legalidade que decorre, ainda, desde o contexto histórico ora analisado, a possibilidade de controle dos atos administrativos. (...) É justamente nesta medida que o princípio do Estado de Direito, através do princípio da legalidade, poderá ser concretizado através do direito de participação do cidadão na esfera administrativa”²⁶⁷.

No Estado Social, por sua vez, criam-se novas modalidades de controle dos atos administrativos, legitimando-se o cidadão como agente controlador, de forma a ser vislumbrado por Clèmerson Merlin CLÈVE como um “cidadão-censor”²⁶⁸.

²⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 29-30.

²⁶⁶ SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 50. No mesmo sentido: “(...) o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de consequente, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.” MELLO, C. A. B. de., op. cit., p. 71.

²⁶⁷ SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 54-55. No mesmo sentido: “O controle popular da Administração Pública constitui veículo de direta proteção dos princípios fundamentais de legalidade (...)” TÁCITO, C., op. cit., p. 6.

²⁶⁸ “O direito de petição possui uma dimensão democrática, na medida em que assegura a todos, por meio de petição ou representação, o acesso ao aparelho do Estado para o fim de reclamar

Nesse sentido, faz-se imprescindível a defesa de um novo Direito Público, em especial na medida em que se busca a democratização da esfera administrativa, por meio da defesa dos institutos de participação cidadã nas funções estatais, pois esta “além de entrosar-se perfeitamente com os elementos do Estado de Direito substancial ou material, (...) completa-os”²⁶⁹.

Isso porque as formas de participação aproximam a sociedade do Estado, fazendo-o dar razão e ouvidos aos seus reclamos sociais e à efetividade dos direitos fundamentais. Igualmente, através da defesa da participação, atribui-se maior legitimidade ao Estado e ao Direito: “o Direito desce do pedestal e passa, de fato, a ser comentado e interpretado em meio aos conflitos, divergências e disputas sociais”²⁷⁰.

Ademais, através dos institutos de participação popular, permite-se à coletividade fiscalizar ativamente os abusos e desvios eventualmente cometidos pela Administração Pública.

Impende ressaltar que a participação popular no Estado de Direito contemporâneo não se dá somente no âmbito da Administração Pública. Pelo contrário, seus institutos são estendidos a todas as esferas de atuação estatal, quer seja a legislativa, quer seja a judiciária, quer seja a administrativa, todavia, em razão da limitação material desse trabalho, ater-se-á à atuação cidadã no contexto do desempenho da função administrativa.

Assim, vislumbra-se que o direito de participação popular volta-se à concretização do princípio do Estado de Direito, uma vez que permite o controle dos atos administrativos, titularizado este nas mãos dos cidadãos, a partir da observância do princípio da legalidade, bem como volta-se à efetividade dos direitos fundamentais.

qualquer providência, inclusive a responsabilização de funcionários pela prática de abuso de poder. Neste passo, o cidadão aparece como reclamante, requerente e, mesmo, censor, já que ele provoca a atuação dos mecanismos de censura sobre os atos ilegais da Administração Pública.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional** (e de Teoria do Direito). São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 22.

²⁶⁹ PEREZ, M. A. **A administração** ..., p. 62.

²⁷⁰ Id.

3.2.2 O Princípio do Estado Democrático e Correlação com o Direito de Participação

O direito de participação, em linhas gerais, deve ser compreendido como a possibilidade de intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão administrativa, de caráter consultivo, deliberativo ou fiscalizatório, na perspectiva de um direito fundamental do cidadão em participar ativamente da construção política de seu Estado²⁷¹. Inegável a importância de seu reconhecimento nas democracias atuais, especialmente porque concretiza os princípios basilares e inafastáveis do Estado de Direito e do Estado Democrático ou princípio democrático.

O princípio do Estado Democrático desponta com a construção e consolidação do Estado Social, organização típica das economias ocidentais, cuja retrospectiva histórica foi abordada no capítulo anterior, surgido como oposição à estrutura do Estado Liberal, eis que o almejado bem comum não fora atingido através da mera somatória dos bens individuais. Em verdade, grande parcela da sociedade não foi beneficiada com o reconhecimento dos direitos fundamentais, pois a eles não foram estendidos²⁷². Por ora, ressaltarem-se os pontos principais e necessários para o presente estudo.

Com razão, este período de transição foi bastante crítico, especialmente pelo sentimento de descontentamento e insatisfação da população. O ideal democrático foi totalmente desacreditado, o que em muito contribuiu para as manifestações populares, notadamente das classes proletárias, reivindicando a realização do princípio da dignidade da pessoa humana e o fortalecimento das questões sociais. Tais reivindicações foram fundamentais na conquista de vários direitos sociais e no fortalecimento de um novo modelo de organização do Estado:

Contudo, a racionalidade do sistema exigia uma instituição que dispusesse dos recursos para, sem qualquer possibilidade de auferir lucro, fornecer, àquela ampla gama de necessitados, as condições mínimas de sobrevivência, como saúde e educação. Surge

²⁷¹ SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 57-58.

²⁷² "Não por outro motivo, tão logo a burguesia se consolidou no poder, aquele Estado de Direito material que pretendia, em última análise, garantir os direitos fundamentais a todos os indivíduos, passa a ser visto como um Estado de Direito formal, no qual somente importam os elementos estruturais do Estado de Direito. Nesta perspectiva, Estado de Direito é todo aquele que tenha uma estrutura de poder submetida à lei, qualquer que seja o conteúdo dela. Desvincula-se a idéia de Estado de Direito do seu fim de proteção dos direitos fundamentais, assim como desvincula-se a lei de qualquer preocupação com a idéia de justiça (...)." Ibid., p. 61-62.

assim o Estado de viés intervencionista para assumir tais encargos, preocupando-se com a construção de uma sociedade menos desigual.²⁷³

Além da atuação do Estado como provedor das prestações públicas aos cidadãos, observa-se a faceta e atuação do poder público enquanto agente e regulador econômico, bem como agente responsável pelo estabelecimento de regras reguladoras da própria economia, visando ao pleno desenvolvimento econômico. Sob esta perspectiva, o Estado Social almeja equilibrar as forças no campo econômico, protegendo o consumidor e regulamentando a atividade empresarial.

É imperioso destacar que o Estado Social volta-se para o resgate da dimensão material do Estado de Direito, com a renovação das relações mantidas com a sociedade e do ideal dos direitos fundamentais e sua extensão a todos, indistintamente, através da promoção de políticas e prestações públicas positivas. De forma a se caracterizar uma dupla intervenção: Estado-sociedade e sociedade-Estado, em uma constante interação e nota particular do princípio da socialidade, traduzido pela intervenção da sociedade civil na esfera do poder público. Tem-se a socialização do Estado e a estadualização da sociedade, conforme assevera Jorge Reis NOVAIS²⁷⁴.

Assim,

De Constituição preocupada e nucleada na figura única do indivíduo, passou a sistema centrado no personagem político: não mais apenas o viver do homem, mas o viver com o outro, conviver, o viver social como partícipe e membro imprescindível dessa aventura transindividual, que é o conagração político do Estado.²⁷⁵

A partir da compreensão desse modelo de Estado, é possível se aprofundar o estudo da questão democrática²⁷⁶. Nesse sentido, a democracia apresenta-se com um conteúdo histórico marcado pela necessidade de participação do povo, frente ao

²⁷³ Ibid., p. 65.

²⁷⁴ NOVAIS, J. R., op. cit., p. 201.

²⁷⁵ ROCHA, C. L. A., op. cit., p. 8.

²⁷⁶ “(...) com a extensão exigida pela actual compreensão da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais só obtêm cabal realização e protecção em regime democrático. Desde logo porque sem o reconhecimento geral dos direitos políticos – só concebível numa situação democrática – a esfera de autonomia individual seria decisivamente amputada; mas também – e sem que isso signifique qualquer ideia de funcionalização ou despersonalização dos direitos – porque são radicalmente distintos o alcance e as margens de actuação dos restantes direitos fundamentais num quadro democrático ou num contexto autoritário tendencialmente desvalorizador da personalidade individual.” NOVAIS, J. R., op. cit., p. 221.

seu passado de reivindicações e conquistas, como forma eficaz de equilibrar e contribuir para o desenvolvimento do Estado.

Em verdade, o princípio democrático funciona como um mecanismo que confere legitimidade às atividades do Estado, conforme aduz Jorge Reis NOVAIS:

De pressuposto do poder legislativo, a legitimidade democrática converte-se em fundamento de todo o edifício estadual e traduz-se não apenas na necessidade de eleição democrática dos órgãos representativos, mas também no aperfeiçoamento, racionalização ou introdução de garantias que impeçam que as crescentes intervenções do Estado – e a consequente *des subalternização* da Administração, não mais considerada como ‘parente pobre dos três poderes’, mas como função imbuída da mesma intenção de ‘realização da ideia material de direito’ que caracteriza as funções legislativa e judicial – se transformem em decisões unilaterais de poder e extravasem os limites do Estado de Direito.²⁷⁷

Assim, afirma-se que o princípio democrático concretiza-se através do direito de participação, eis que técnica de aprimoramento da democracia representativa, precursor e idealizador da discussão acerca da democracia participativa.

Neste contexto, fundamental a participação dos cidadãos na formação das decisões políticas, defendendo-se a idéia de vontade política construída em uma estrutura conjunta entre Estado e sociedade. Outrossim, o princípio democrático atua harmonicamente com os princípios da soberania e da representação popular.

Em verdade, “O princípio democrático, portanto, pode ser visto como um princípio de organização da titularidade e do exercício do poder. Com efeito, através dele o poder público passa a ser constituído, legitimado e controlado pelos cidadãos, que também interferem na definição quanto à forma de Estado e de governo”²⁷⁸.

Dessa forma, defende-se o direito de participação na esfera administrativa como forma de democratização das decisões do poder público, de aproximação das mesmas com a realidade social e de se propiciar aos homens um envolvimento positivo com a política e com a definição e controle das políticas públicas²⁷⁹.

Assim, o direito de participação concretiza o princípio democrático, revelando-se por meio de regras que asseguram aos cidadãos a possibilidade de

²⁷⁷ Ibid., p. 222.

²⁷⁸ SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 74.

²⁷⁹ “Destarte, na medida em que a Administração Pública está organizada para atender aos interesses da coletividade e do cidadão, uma sociedade democrática exige que esteja aberta a possibilidade, a todos, de influenciar na formação das decisões, o que ocorre através do direito de participação.” Ibid., p. 74-75.

participarem da formação das decisões públicas, vinculando tais decisões à perspectiva de se atingir o bem comum.

3.2.3 Princípio do Estado de Direito, Princípio Democrático e Direito de Participação Popular

A partir da ótica adotada no presente trabalho, pode-se inferir que o direito de participação do cidadão na esfera administrativa concretiza o princípio do Estado de Direito, através da perspectiva de controle dos atos administrativos pelo princípio da legalidade, e, igualmente, consagra o princípio democrático, uma vez que por meio de seu exercício, influencia-se na tomada de decisões do Poder Público.

Ademais, nos Estados contemporâneos, os institutos participativos visam implantar o pleno exercício da democracia, através da realização dos direitos políticos e da cidadania, bem como tornar a Administração mais controlada e permanentemente associada ao ideal de efetivação das garantias e direitos fundamentais.

No Estado Brasileiro, a Constituição Federal de 1988 erigiu o país à dimensão de um Estado Social e Democrático de Direito, que tem por fundamento e fim último o respeito à dignidade da pessoa humana, consagrado na Carta Constitucional pátria²⁸⁰:

Nesta medida, o Estado Brasileiro existe para promover o desenvolvimento da pessoa humana, mediante a garantia a todos os indivíduos de um núcleo de direitos fundamentais, a partir de uma perspectiva material e, portanto, por vezes, através da ação interventiva do poder público, limitada pelo Direito. É, pois, em torno dos direitos fundamentais e, notadamente, da dignidade humana, que gira a Administração Pública.²⁸¹

Neste diapasão, é relevante sustentar a modificação do pensamento do Direito Administrativo, disciplina que, por ora, volta-se à preocupação com o ser humano, com o cidadão e consagra uma estrutura notadamente participativa, em

²⁸⁰ Art. 1º, da CF/88: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de direito e tem como fundamentos: I – soberania; II – cidadania; III – dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.”

²⁸¹ SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 77.

harmonia com os princípios constitucionais que consagram o regime jurídico administrativo constitucional.

J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA muito bem sintetizam a proximidade e relação entre os princípios em comento:

(...) o princípio democrático não é a mesma coisa que o princípio do Estado de direito (...). Todavia, estes princípios actuam conjugadamente, completando-se, condicionando-se e modificando-se em termos recíprocos. Desde logo, assentam numa base antropológica comum – o homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador –, o que aponta não apenas para o reconhecimento da dignidade humana e da autonomia individual perante o Estado (dimensão de Estado de direito), mas também para a inserção do homem livre num processo democraticamente comunicativo (princípio democrático) e para a garantia existencial do indivíduo nos planos económico, social e cultural (princípio do Estado social). Acresce que os princípios fundamentais se articulam em termos de complementaridade. Assim, o poder político – com domínio do homem sobre o homem – carece de uma legitimação, que só pode vir do povo, mas a forma democrática de legitimação exige procedimentos, formas e garantias materiais, de modo a evitar-se quer uma democracia sem Estado de direito ou um Estado de direito sem democracia. (...) Os princípios estruturantes condicionam-se reciprocamente. Assim, a forma de organização do poder político segundo o padrão da separação de poderes é justificada, em termos de Estado de direito, como uma forma de limite ao domínio estadual. Todavia, esta ‘separação de poderes’ tem de assentar em bases democráticas, não podendo nenhum dos órgãos do poder político ser concebido à margem da vontade popular e deixar de ser responsável perante ela. (...) As relações de complementaridade, de condicionamento e conjugação entre os princípios fundamentais explicam a necessidade de estabelecer operações de ‘concordância prática’ entre eles. A especificidade, conteúdo, extensão e alcance próprios de cada princípio não exigem nem admitem o sacrifício unilateral de um princípio em relação aos outros, antes reclamam a harmonização dos mesmos, de modo a obter-se a máxima efectividade de todos eles. (...)

O Estado de direito só o é verdadeiramente enquanto democraticamente legitimado (pela sua formação e pelo seu conteúdo). O Estado democrático só o é genuinamente enquanto a sua organização e funcionamento assentam no direito e não na prepotência.²⁸²

Nesta medida, evidenciada a importância constitucional do princípio do Estado Social e de Direito e do princípio democrático, ambos concretizados, notadamente no âmbito da Administração Pública, através do respeito e garantia do direito de participação popular, especialmente com a adoção de meios efetivos de se possibilitar a influência do cidadão na gestão administrativa²⁸³.

²⁸² CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V., op. cit., p. 73-75, 85.

²⁸³ “Daí concluirmos, desde logo, que tanto o princípio democrático, quanto o do Estado de Direito se expressam no ordenamento jurídico brasileiro como ‘princípios de organização’, ou seja, impõem, para além de uma acepção meramente axiológica, uma forma de organização das funções do Estado que seja voltada à plena realização da democracia participativa e dos objetivos do Estado de Direito material (...).” PEREZ, M. A. **A administração** ..., p. 74.

3.3 A NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

Conforme referido anteriormente, o direito de participação caracteriza-se pelo ideal de concretização dos princípios constitucionais, considerando-se a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios.

De outra sorte, o direito de participação popular consigna uma obrigatoriedade de se estabelecer um diálogo entre a sociedade e o Estado, para que juntos possam equacionar o atendimento das necessidades da coletividade²⁸⁴.

Importante destacar-se, ainda, que ao estudo do tema da participação do cidadão na administração da coisa pública faz-se imprescindível adotar-se o conceito de cidadão na sua dimensão mais ampla e dialética, como aquele identificado como sujeito, responsável pelas mudanças históricas e sociais de seu tempo. É o sujeito ativo da cena política, sujeito provocador da mutação do direito: “enfim, queremos tomar o cidadão como ser, sujeito e homem a um tempo.”²⁸⁵

Outrossim, no tocante a natureza jurídica da participação popular, é preciso compreendê-la dentre os direitos fundamentais identificados pelo seu conteúdo constitucional.

Os direitos fundamentais constituem o núcleo de direitos indisponíveis e intangíveis dos homens, representando sua proteção a nota característica do Estado Democrático de Direito.

Impende ressaltar que a terminologia²⁸⁶ e o conceito da expressão podem ser abordados sob diversas perspectivas, diante do que, a título meramente

²⁸⁴ PEREZ, Marcos Augusto. Participação popular na administração pública. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 31, p. 126-137, 2000.

²⁸⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas** ..., p. 16.

²⁸⁶ Em que pese saber-se da diversidade terminológica existente na doutrina, preferiu-se adotar a designação de direitos fundamentais, em razão da necessidade de um conceito unificador e reconhecido pela doutrina, o qual também está em sintonia com a terminologia adotada na Constituição Federal brasileira de 1988. Ressalte-se que as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são comumente relacionadas como sinônimos, todavia, a doutrina apresenta como distinção o fato de que o termo “direitos fundamentais” se aplica aos direitos dos homens reconhecidos e positivados nos textos constitucionais, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente; ao passo que à expressão “direitos humanos” corresponderiam os direitos reconhecidos ao ser humano como tal, na esfera internacional, com validade, portanto, universal, para todos os povos e todos os tempos, possuindo, pois, contornos mais amplos e imprecisos. A respeito do tema, vide exposição de SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 33-41. No mesmo sentido: “De facto, os direitos fundamentais tanto podem ser vistos enquanto direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares – perspectiva filosófica ou jusnaturalista; como podem ser considerados direitos de todos os homens (ou categorias de

elucidativo, será feita uma breve retrospectiva histórica no tocante à natureza e evolução do reconhecimento dos direitos fundamentais, reportando-nos a alguns aspectos mais relevantes.

A evolução e história dos direitos fundamentais guardam similitude com a organização e evolução dos modelos de Estado, podendo-se afirmar que os direitos fundamentais, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, constituem a pedra de toque do Estado Democrático de Direito²⁸⁷.

Preliminarmente ao reconhecimento dos direitos fundamentais como garantias dos cidadãos positivadas estas nos textos e cartas políticas constitucionais, observa-se que os direitos fundamentais começaram por existir em uma perspectiva filosófica²⁸⁸, correspondendo aos direitos naturais dos homens, todavia, não se caracterizavam como direitos subjetivos, sendo o indivíduo mero beneficiário da benevolência estatal:

Os direitos fundamentais são, nesta sua dimensão *natural*, direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares, e constituem um *núcleo restrito* que se impõe a qualquer ordem jurídica. (...) Os direitos fundamentais começaram por ser obra do pensamento humano e duram como explicitações (condicionadas em cada época) da autonomia ética do Homem, um valor em que se transcende a História e está para além do Direito (positivo). Nesta dimensão, os direitos fundamentais 'gozam de *anterioridade* relativamente ao Estado e à Sociedade: pertencem à ordem moral e cultural donde um e outra tiram a sua justificação e fundamento'.²⁸⁹

homens), em todos os lugares, num certo tempo – perspectiva universalista ou internacionalista; como ainda podem ser referidos aos direitos dos homens (cidadãos), num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto – perspectiva estadual ou constitucional.” ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 11.

²⁸⁷ “É necessário frisar que a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.” SARLET, I. W., op. cit., p. 42.

²⁸⁸ “Antes de serem um instituto no ordenamento positivo ou na prática jurídica das sociedades políticas, foram uma ideia no pensamento dos homens.” ANDRADE, J. C. V. de., op. cit., p. 11. Seria esta a chamada fase “pré-história”, de notável influência dos pensamentos greco-romano e cristão, o último em especial baseado nas teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade: “De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão” SARLET, I. W., op. cit., p. 44.

²⁸⁹ ANDRADE, J. C. V. de., op. cit., p. 14-15. Neste contexto, notória a influência das doutrinas jusnaturalistas para o aperfeiçoamento dos direitos fundamentais: “Já na Idade Média, desenvolveu-se a ideia da existência de postulados de cunho suprapositivo que, por orientarem e limitarem o poder, atuam como critérios de legitimação de seu exercício.” SARLET, I. W., op. cit., p. 44. No mesmo sentido: “A noção de direitos fundamentais floresce no campo do ordenamento jurídico quando o homem se reconhece como sujeito da história, capaz de dominar o seu futuro através de sua racionalidade.” SCHIER, A. da C. R. **A participação ...**, p. 27-28.

O processo de elaboração doutrinária e de positivação dos direitos humanos foi resultado de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais considerados antecedentes históricos dos direitos fundamentais. Nesse sentido, cumpre destacar a relevância da *Magna Charta Libertatum*, documento elaborado na Inglaterra, em 1215, pelo Rei João Sem Terra conjuntamente aos barões e bispos ingleses. Em que pese ser um documento voltado à garantia de privilégios apenas aos nobres ingleses, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, a exemplo do *habeas corpus*, da garantia do devido processo legal e do direito de propriedade²⁹⁰. Antes mesmo da *Magna Charta* inglesa, destaquem-se os forais e cartas de franquia ibéricos outorgados pelos reis portugueses e espanhóis, ainda no período do Estado Moderno Absoluto, nos séculos XII e XIII, os quais constituem os primórdios das modernas declarações de direito e as raízes da concepção moderna dos direitos fundamentais²⁹¹.

Como etapa posterior, destacam-se as declarações de direito inglesas do século XVII, tais como a *Petition os Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, subscrito por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento inglês e que entrou em vigor no reinado de Guilherme d'Orange, como resultado da Revolução Gloriosa, de 1688. Referidos documentos foram de grande importância para a evolução no âmbito de afirmação dos direitos fundamentais, todavia, ainda não podem ser considerados como marco inicial de nascimento dessas garantias no sentido contemporâneo do conceito:

²⁹⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004 (Coleção Temas Clave de la Constitución Española). p. 29-40. A respeito da *Magna Charta* inglesa, leciona Vieira de ANDRADE que: "(...) seu carácter era determinado pela concessão ou reconhecimento de liberdades-privilégios aos estamentos sociais (regalias da Nobreza, prerrogativas da Igreja, liberdades municipais, direitos corporativos), além de que verdadeiramente não se reconheciam direitos gerais, mas obrigações concretas daqueles reis que os subscreviam." ANDRADE, J. C. V. de., op. cit., p. 25.

²⁹¹ NOVAIS, J. R., op. cit., p.25. Saliente-se o posicionamento de Ingo Wolfgang SARLET, que apesar de reconhecer a importância e decisiva contribuição desses documentos históricos concessivos de liberdades à formação e desenvolvimento das garantias dos direitos fundamentais, afirma que os mesmos não tinham a especificidade de legítimos direitos fundamentais: "Desde já há que descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses 'direitos' e privilégios reconhecidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população do seu gozo. (...) Ainda assim, impende não negligenciar a importância desses pactos, de modo especial as liberdades constantes da *Magna Charta*, para o ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições (...)". SARLET, I. W., op. cit., p. 48.

Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais.²⁹²

Com o reconhecimento e consagração dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições escritas, decorrentes dos processos revolucionários políticos burgueses especialmente do século XVIII²⁹³, revela-se de importância a temática dos direitos fundamentais, especialmente, no tocante à sua garantia jurídica a ser respeitada por todos os Poderes constituídos²⁹⁴. Outrossim, de acordo com a lição do jurista espanhol Perez LUÑO, não se deve perder de vista a circunstância de que a positivação dos direitos fundamentais é o produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das idéias da liberdade e da dignidade humana²⁹⁵.

Com efeito, os direitos fundamentais apresentam-se como direitos pertencentes a todos os homens, decorrentes da sua condição de humanidade e racionalidade. Ademais, via de regra, encontram-se positivados nas cartas

²⁹² Ibid., p. 50. Esses direitos reconhecidos nos documentos ingleses são chamados por Vieira de ANDRADE como “enunciações gerais de direito costumeiro”, resultados da progressiva limitação do poder monárquico e afirmação política do Parlamento, *in* ANDRADE, J. C. V. de., op. cit., p. 26. Ainda: “Importa consignar, aqui, que as declarações inglesas do século XVII significaram a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público, implicando expressiva ampliação, tanto no que diz com o conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto no que toca à extensão da sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses”. SARLET, I. W., op. cit., p. 50.

²⁹³ “A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. (...) Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais (...)” Ibid., p. 50-51. Destaque-se, ainda, conforme assevera o mesmo autor, a importância da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França.

²⁹⁴ “(...) importa apenas acentuar que, mais cedo ou mais tarde, o carácter constitucional dos direitos acabou sempre por gerar a garantia jurídica efectiva deles perante todos os poderes públicos, incluindo o poder legislativo.” ANDRADE, J. C. V. de., op. cit., p. 28.

²⁹⁵ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2001. p. 52-131. Ainda: “A positivação dos direitos fundamentais ocorre, então, nas Cartas das Revoluções Liberais, sendo paradigmáticas a Convenção da Filadélfia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, de 1789. Constituindo-se como verdadeiros marcos históricos, estas cartas transformam os homens em

constitucionais, constituindo o chamado núcleo essencial de tais constituições e caracterizando-se como fundamento de legitimidade das sociedades: “Nesta dimensão constitucional, os direitos fundamentais são, em última análise, definidos pelas sociedades historicamente situadas, assumindo o sentido definido pelo povo, no exercício do poder constituinte, representando os valores máximos eleitos pelo corpo social”²⁹⁶.

Em razão do seu fundamento constitucional, o regime jurídico dos direitos fundamentais submete-se ao tratamento dado pela Constituição, sensibilizando-se, notadamente, pelo reconhecimento da possibilidade de inserção de novos direitos, além daqueles dispersos pelo texto constitucional, bem como de modificação do conteúdo daqueles já consagrados no ordenamento jurídico²⁹⁷.

Feita essa breve retrospectiva histórica constitucional, cuja trajetória existencial inaugura-se com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas de matriz liberal-burguesa, passa-se à análise das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais²⁹⁸, matéria de inquestionável importância para caracterização do direito fundamental de participação popular.

Os direitos fundamentais da primeira dimensão deitam suas raízes no pensamento liberal-burguês do século XVIII, especialmente, na doutrina iluminista e jusnaturalista, bem como nas revoluções políticas reivindicatórias dos ideais burgueses do mesmo período. Tais direitos são apresentados sob a alcunha de

titulares de direitos subjetivos através dos quais opõem limites ao exercício do poder público.” SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 28.

²⁹⁶ Ibid., p. 29.

²⁹⁷ CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V., op. cit., p. 114-117. Ainda: “No Brasil, os direitos fundamentais assumem tal configuração por força do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Aliás, em face de tal prescrição, os direitos fundamentais não se restringem aos expressamente previstos no art. 5º, podendo ser identificados direitos fundamentais enunciados em outros dispositivos da Constituição, em Tratados Internacionais ou, mesmo, serem deduzidos do sistema constitucional como direitos fundamentais implícitos.” SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 30.

²⁹⁸ Oportuno mencionar-se a discussão doutrinária acerca da terminologia do vocábulo “gerações” de direitos para designar a mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais. Nesse sentido e concordando com o pensamento exposto: “Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina”. SARLET, I. W., op. cit., p. 52-54. No mesmo sentido: “(...) o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta

“direitos negativos”, pois eminentemente individualistas e voltados à proteção dos indivíduos frente ao Estado, sendo, portanto, direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado na esfera de autonomia individual²⁹⁹. Inserem-se nesse rol os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, sendo posteriormente completados por um leque de liberdades, incluindo as denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva; também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição) se enquadram nesta categoria³⁰⁰.

As desigualdades sociais trazidas pelos graves problemas de ordem econômica enfrentados pelos Estados, assim como o fortalecimento das doutrinas socialistas e o impacto da industrialização, dentre outros fatores de conotação político-social deflagraram uma situação de insatisfação da população diante da insuficiência do modelo pautado na garantia da igualdade e liberdade meramente formais. Nesse contexto, consolidaram-se amplos movimentos sociais reivindicatórios de um comportamento ativo do Estado na realização da justiça social, de forma a propiciar o bem estar dos seus cidadãos:

A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um ‘direito de participar do bem-estar social’. Não se

caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”. BONAVIDES, P. **Curso** ..., p. 571-572.

²⁹⁹ “São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, ‘direitos de resistência ou de oposição perante o Estado’.” SARLET, I. W., op. cit., p. 54. No mesmo sentido: “Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” BONAVIDES, P. **Curso** ..., p. 563-564. Ainda: “Os direitos fundamentais triunfaram nos fins do século XVIII com as revoluções liberais. Aparecem, por isso, fundamentalmente, como *liberdades*, esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder do Estado, a quem se exige que se abstenha, quanto possível, de se intrometer na vida social. São liberdades sem mais, puras autonomias sem condicionamentos de fim ou de função, responsabilidades privadas num espaço auto-determinado”. ANDRADE, J. C. V. de., op. cit., p. 43.

³⁰⁰ SARLET, I. W., op. cit., p. 55. No mesmo sentido, encontra-se a leitura de Paulo BONAVIDES: “São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.” BONAVIDES, P. **Curso** ..., p. 562-564.

cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais (...) caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas (...) ³⁰¹.

Assim, os direitos de segunda dimensão são consagrados nas Constituições escritas, de modo especial após as grandes guerras mundiais. Ressalte-se que esses direitos englobam ainda as chamadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, dentre outros, compreendidos tais como direitos sociais relativos aos indivíduos, uma vez que correspondem ao acatamento de reivindicações das classes menos favorecidas, especialmente da classe operária, de forma a caracterizarem-se como densificação do princípio da justiça social ³⁰².

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade ³⁰³, distinguem-se por apresentarem como titular não mais o indivíduo singularmente considerado, mas são, ao contrário, voltados à proteção de um grupo ou coletividade, ou seja, de titularidade coletiva ou difusa ³⁰⁴. Para Paulo BONAVIDES, os direitos de terceira dimensão têm por titular “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta” ³⁰⁵. Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão, destaquem-se os direitos à paz, à

³⁰¹ SARLET, I. W., op. cit., p. 55.

³⁰² “A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho ‘positivo’ possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais.” Ibid., p. 56. No mesmo sentido: “São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.” BONAVIDES, P. **Curso** ..., p.564-569.

³⁰³ “Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. (...) Compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.” SARLET, I. W., op. cit., p. 57.

³⁰⁴ Ibid., p. 56-57.

³⁰⁵ BONAVIDES, P. **Curso** ..., p. 569.

autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação³⁰⁶.

Igualmente dentro deste contexto, cita-se uma discussão doutrinária a respeito da inclusão da garantia contra manipulações genéticas, do direito de morrer com dignidade e do direito à mudança de sexo como direitos fundamentais de terceira dimensão, uma vez que para outros autores, contudo, tratar-se-ia de direitos de quarta dimensão. A respeito do tema, destaque-se a lição de Ingo SARLET:

Verifica-se, contudo, que boa parte destes direitos em franco processo de reivindicação e desenvolvimento corresponde, na verdade, a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se intimamente vinculados (à exceção dos direitos de titularidade notadamente coletiva e difusa) à idéia da liberdade-autonomia e da proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerências por parte do Estado e dos particulares. (...) Na sua essência e pela sua estrutura jurídica de direitos de cunho excludente e negativo, atuando como direitos de caráter preponderantemente defensivo, poderiam enquadrar-se, na verdade, na categoria dos direitos da primeira dimensão, evidenciando assim a permanente atualidade dos direitos de liberdade, ainda que com nova roupagem e adaptados às exigências do homem contemporâneo.³⁰⁷

Cumprido destacar-se a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, ainda que não seja reconhecida esta pela unanimidade doutrinária, assim o é pela sua grande maioria, diante do que adotar-se-ão as lições do teórico Paulo BONAVIDES, tido como precursor desta discussão no âmbito do direito pátrio.

A defesa dos direitos fundamentais de quarta dimensão faz-se imprescindível, uma vez que se considera que o direito de participação popular enquadra-se nesse rol de garantias³⁰⁸.

Esses direitos seriam decorrentes da globalização dos direitos fundamentais, no sentido da sua universalização no plano institucional:

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. Mas nem por isso deixa de fazer perceptível um desígnio de perpetuidade do *statu quo* de dominação. Faz parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais já esboçadas no presente. Há, contudo, outra globalização

³⁰⁶ Nesse sentido: SARLET, I. W., op. cit., p. 57 e BONAVIDES, P. **Curso ...**, p. 569.

³⁰⁷ SARLET, I. W., op. cit., p. 58.

³⁰⁸ “De qualquer modo, é possível tratar os direitos fundamentais como elementos indissociáveis do Estado Social e Democrático de Direito, pois exercem uma função limitativa do poder e, ao mesmo tempo, uma função legitimadora do Estado e da Constituição, vinculando toda a atividade pública ao respeito e à promoção da dignidade da pessoa humana.” SCHIER, A. da C. R. **A participação ...**, p. 31.

política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim auferir humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir. A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.³⁰⁹

Os direitos de quarta dimensão compreendem o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo³¹⁰. No tocante à democracia, defende o autor que esta deve ser necessariamente a experiência de exercício direto, materialmente possível graças aos avanços tecnológicos de comunicação e legitimamente sustentável em razão das aberturas pluralistas do sistema, defendendo-se, desde logo, uma democracia isenta das contaminações da mídia³¹¹. Nessa vertente, o direito à democracia corresponderia ao ápice de um entrelaçamento dos direitos das dimensões precedentes:

...os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo. Os direitos da quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentos em sua dimensão *principal, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.³¹²

Nesse diapasão, notório o reconhecimento do homem enquanto partícipe máxime da construção dessa nova realidade de exigência democrática. Pois somente através de uma interpretação conjunta das dimensões dos direitos fundamentais é que será possível não só a concretização dos mesmos, como, e principalmente, o reconhecimento de sua força emancipatória e dos seus valores de libertação. Fala-se em democracia globalizada, na qual o indivíduo corresponda à presença moral da cidadania, de forma a enaltecer os valores sociais ao participar

³⁰⁹ BONAVIDES, P. **Curso** ..., p. 571.

³¹⁰ “Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.” Id.

³¹¹ Id.

³¹² Ibid., p. 572.

ativamente da construção das decisões políticas de seu país, bem como ao controlar os atos do governo e da Administração Pública³¹³. Certamente, a proteção dos direitos de quarta dimensão ganham notoriedade frente à defesa de uma sociedade democrática e participativa: “Enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política.”³¹⁴

A estrutura constitucional da democracia participativa compõe-se de quatro princípios fundamentais, a saber: o princípio da dignidade da pessoa humana³¹⁵, o princípio da soberania popular³¹⁶, o princípio da soberania nacional³¹⁷ e o princípio da unidade da Constituição³¹⁸, todos de inquestionável importância para a nova hermenêutica constitucional³¹⁹. Em que pese este modelo de democracia não ser ainda adotado em plenitude no sistema constitucional interno, é crescente o reconhecimento de sua importância pela doutrina como a melhor saída para amenizar a problemática contemporânea.

No sistema da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais traduzem-se não só em seu núcleo essencial³²⁰, bem como em limitação ao poder

³¹³ “Já, na democracia globalizada, o Homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro de gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade daqueles direitos enunciados – direitos, conforme vimos, de quatro dimensões distintas – será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema, à propositura da ação de controle, sempre em moldes compatíveis com a índole e o exercício da democracia direta.” Id.

³¹⁴ Id.

³¹⁵ “Com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamenta ele a totalidade dos direitos humanos positivados como direitos fundamentais no ordenamento jurídico-constitucional. (...) É, enfim, o valor dos valores na sociedade democrática e participativa.” BONAVIDES, P. **Teoria** ..., p. 10.

³¹⁶ “Já o princípio da soberania popular compendia as regras básicas de governo e de organização estrutural do ordenamento jurídico, sendo, ao mesmo passo, fonte de todo o poder que legitima a autoridade e se exerce nos limites consensuais do contrato social. Encarna o princípio do governo democrático e soberano, cujo sujeito e destinatário na concretude do sistema é o cidadão. (...) Em suma, o princípio da soberania popular é a carta de navegação da cidadania rumo às conquistas democráticas, tanto para esta como para as futuras gerações.” Ibid., p. 10-11.

³¹⁷ “(...) o princípio da soberania nacional, com que se afirma de maneira imperativa e categórica a independência do Estado perante as demais organizações estatais referidas à esfera jurídica internacional.” Ibid., p. 11.

³¹⁸ “Finalmente, o princípio da unidade da Constituição se destaca por elemento hermenêutico de elucidação de cláusulas constitucionais. Compreende tanto a unidade lógica – hierarquia de normas oriunda da rigidez constitucional – como a unidade axiológica – ponderação de valores, proveniente da necessidade de concretizar princípios insculpidos na Constituição.” Id.

³¹⁹ Ibid., p. 10.

³²⁰ “Consagram-se, assim, os direitos fundamentais como cláusulas pétreas do ordenamento brasileiro, uma verdadeira reserva de constituição, com o objetivo de preservação do Estado Social e Democrático de Direito, definindo o seu conteúdo de cunho social, político, de liberdades e garantias.” SCHIER, A. da C. R. **A participação** ..., p. 32. No mesmo sentido: “A função

de reforma constitucional³²¹, assegurando-se a intangibilidade dos princípios constitucionais.

Isto posto, conclui-se que o direito de participação popular na administração pública configura-se em direito fundamental implícito, como um direito de 4ª geração, concretizador dos princípios do Estado de Direito e do Democrático, representando a feição que a sociedade quis imprimir e realizar através da Constituição Federal de 1988.

3.4 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA

Conforme analisado, o modelo pensado para estruturação do Direito Administrativo e da própria Administração Pública fundado na legitimidade através da observância do princípio da legalidade, tipicamente pensado pela ideologia liberal, não se mostrava mais suficiente para atender às exigências sociais. Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito exigia uma revisitada dos conceitos clássicos e a constituição de um novo fundamento para a legitimidade administrativa. Em verdade, “a insuficiência do modelo de democracia representativa, típico do Estado de Direito, faz com que a participação dos administrados na gestão administrativa seja considerada uma das mais importantes formas de legitimação do Direito Administrativo moderno.”³²²

Nesse sentido, ressalte-se a importância de se optar pela realização do ideal democrático, através do instituto da participação popular, enriquecendo-se o espaço público para o fortalecimento da cidadania na concepção social-democrata. Conclui-

precípua das assim denominadas ‘cláusulas pétreas’ é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, neste sentido, a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte. Isto se manifesta com particular agudeza no caso dos direitos fundamentais, já que sua supressão, ainda que tendencial, fatalmente implicaria agressão (em maior ou menor grau) ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF) (...) as ‘cláusulas pétreas’ de uma Constituição não objetivam a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios neles plasmados, não podendo estes ser esvaziados por uma reforma constitucional.” SARLET, I. W., op. cit., p. 389.

³²¹ Estabelece o art. 60, § 4º, IV da CF/88: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4.º Não será objeto de liberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.”

³²² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Democratização da administração pública e o princípio da participação administrativa. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 8, p. 909-919, ago./2006.

se com Marcelo MINGHELLI quanto ao levantamento das diferenças dos conceitos de cidadania:

Assim, é possível identificar nitidamente as diferenças entre a concepção liberal e a social-democrata: a primeira diferença está na base individualista do liberalismo em contraposição à democracia social, que se baseia na participação igualitária de grupos e indivíduos; a segunda é o enfoque de direitos civis contratualmente relacionados do liberalismo e o equilíbrio de direitos e obrigações através de trocas restritas e generalizadas da social-democracia, o que leva à conclusão; a terceira diferenciação básica tem ligação com o fato de, no liberalismo, o rol de direitos ser maior que as obrigações e na social-democracia existir uma igualdade de direitos e obrigações com especial ênfase na garantia dos direitos sociais.³²³

Neste particular, adota-se a clássica concepção de cidadania defendida por T. H. MARSHALL, citado por Listz VIEIRA, como sendo composta por direitos civis e políticos (direitos fundamentais de 1ª geração), direitos sociais (direitos fundamentais de 2ª geração), bem como pelos direitos relativos aos interesses difusos, pertencentes à coletividade (direitos fundamentais de 3ª geração), e equacionada a partir da constante tensão com o Estado para sua manutenção e garantia³²⁴.

O ideal democrático elaborado para consolidação da cidadania, todavia, acabou não sendo alcançado na experiência social-democrata. Em verdade, a sociedade encontra-se à mercê do mercado e do Estado, estando destituída de efetivos meios para participação e controle nessas esferas, em razão da notável limitação do espaço público de discussão e participação política. Conclui MINGHELLI que a sociedade está diante de “um Estado limitador, excludente, incapaz de contemplar uma concepção de cidadania plena, restringindo-a a uma dimensão estritamente liberal, e de buscar uma legitimidade substancializada de consensos políticos.”³²⁵

Assim, notadamente no âmbito administrativo, faz-se fundamental a complementação de forma conciliatória, quiçá a substituição, do modelo representativo vigente, defendendo-se o delineamento de um novo desenho institucional, o qual possibilite a efetiva participação dos cidadãos na construção de

³²³ MINGHELLI, M., op. cit., p. 33.

³²⁴ VIEIRA, Listz. **Cidadania e globalização**. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 22-23.

³²⁵ MINGHELLI, M., op. cit., p. 40-41.

um espaço público democrático e cidadão³²⁶. Nesse sentido, a cidadania deve ser visualizada:

(...) como uma construção histórica, sendo composta por vários momentos histórico-filosóficos, num processo de construção humana e sociopolítica que determina e é determinado pelas estruturas e mudanças da sociedade, caracterizando-se pelas lutas sociais por novos direitos contra velhos poderes; é uma *práxis* desenvolvida no espaço público, não podendo ser reduzida a um *status* legal concedido pelo poder central. Essa significação de cidadania contempla e é contemplada por uma nova esfera pública ou uma nova espacialidade pública, que não restrinja a atuação política do cidadão às matrizes anteriormente expostas, ou seja, a um espaço público baseado numa estrutura racional-legal, de democracia representativa, em que os agentes políticos são orientados por uma racionalidade instrumental.³²⁷

A perspectiva da cidadania encontra respaldo no âmbito administrativo, diante do que se pode inferir que o Direito Administrativo passa por uma verdadeira releitura constitucional, uma vez que, hodiernamente, nas sociedades plurais contemporâneas ganha destaque o ideal democrático da atuação da Administração Pública voltada ao respeito e promoção dos valores constitucionais humanos por meio de procedimentos abertos à participação dos cidadãos³²⁸.

A participação direta do cidadão corresponde à possibilidade do mesmo em inserir-se no contexto do universo decisional do Estado, sem estar representado por mandatários eleitos ou entidades intermediárias. Em verdade, significa a busca pela inserção do cidadão na construção e decisão das decisões político-administrativas, em especial, quanto à possibilidade de participação direta do cidadão no universo decisional da Administração Pública.

Nesse sentido, Vasco Manuel Pascoal Dias PEREIRA, citado por Rafael Carvalho Rezende OLIVEIRA, defende de forma veemente a participação popular no procedimento administrativo como forma de democratização da Administração:

³²⁶ A conclusão apontada por Gustavo de OLIVEIRA apresenta a participação popular como meio indispensável para tornar efetiva a democracia administrativa. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, n. 135, p. 271-281, jul./set. 1997.

³²⁷ Ibid., p. 45. No mesmo sentido: "A participação é idéia-mestra da contemporânea noção de cidadania: o povo torna-se parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social, instaurando nos níveis de distribuição dos bens (materiais e imateriais) indispensáveis (existência socialmente digna, proteção dos interesses transindividuais, controle do poder político, administração da coisa pública e proteção dos interesses transnacionais)." MARTINS JÚNIOR, W. P., op. cit., p. 298.

³²⁸ OLIVEIRA, R. C. R., op. cit., p. 913.

Isto porque a participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua solução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante factor de legitimação e de democraticidade de actuação da Administração Pública.³²⁹

Outrossim, conforme assevera Clémerson Merlin CLÈVE, a participação da cidadania na tomada de decisões de carácter administrativo exige, além dos pressupostos de ordem constitucional, outras condições, tais como: (a) que se esteja assegurado o direito à informação³³⁰ e o direito de petição, sendo estes assegurados pelo direito constitucional brasileiro no art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, b, CF/88, respectivamente³³¹; (b) é fundamental que ocorra uma mudança na concepção de administração pública, que deixa de ser autoritária, e passa a ser atuante e participativa; e (c) uma terceira condição imprescindível apontada pelo autor é que se altere a própria psicologia coletiva dos administrados, de forma a que implique na tomada de consciência do papel que pode e deve o particular desempenhar no campo da prática administrativa³³².

A participação democrática direta do cidadão na decisão administrativa pode ser aquela de fato ou a regulada.

A participação de fato vislumbrada como necessária e importante é aquela voltada a atender às exigências da historicidade. Destacam-se os movimentos populares, os movimentos sociais reivindicantes, as manifestações de rua, etc., que acabam por influenciar na decisão administrativa, e muito já contribuíram e vêm contribuindo para o crescimento e fortalecimento da democracia brasileira³³³.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil comemorou um grande momento de ascensão e concretização dos ideais democráticos. O texto

³²⁹ Id.

³³⁰ “Sem informação correta, sem um aparato institucional transparente, qualquer tipo de participação pode se transformar em mera cooptação legitimadora.” CLÈVE, C. M. **Temas** ..., p. 29.

³³¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: (...) b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal;”

³³² CLÈVE, C. M. **Temas** ..., p. 29-30.

³³³ Ibid., p. 31.

constitucional apresenta-se erigido sob valores e princípios de ordem ética, de forma a contemplar as mais diversas demandas e interesses sociais.

Essa releitura encetou uma análise crítica acerca da legitimidade do Direito Administrativo. Nesse sentido, “a legitimidade do Direito Administrativo, além de exigir o respeito aos direitos fundamentais, relaciona-se com a democratização da atuação administrativa.”³³⁴

No tocante à chamada participação direta regulada do cidadão no âmbito administrativo, vários são os exemplos dispersos no texto constitucional e no ordenamento infraconstitucional, que, apesar da importância, não serão avaliados nesse trabalho, eis que se optou pelo enfoque principiológico da matéria sob comento.

De outra sorte, por apego ao preciosismo, apontar-se-á o dispositivo constitucional que consagra e, mais ainda, fundamenta o direito de participação popular no âmbito administrativo:

Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:

(...)

§ 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;

(...).

Destaque-se, ainda, a redação dos seguintes dispositivos constitucionais que de forma específica dão relevo à tônica participativa: (a) o art. 10, combinado com art. 194, VIII, o qual determinou ser assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; (b) art. 29, X, o qual prevê a cooperação das associações representativas no planejamento municipal; (c) art. 187, o qual estabelece que a atividade administrativa de planejamento da política agrícola será executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, de comercialização, de

armazenamento e de transportes; (d) art. 198, III, o qual determina que as políticas, ações e serviços públicos de saúde devem ser organizados tendo como diretriz a participação da comunidade; (e) art. 204, II, o qual estabelece que os serviços públicos de assistência social devem ser organizados e executados mediante participação da população, por meio de organizações representativas; (f) art. 205, o qual estatui que a educação é atividade que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, complementarmente dispõe o art. 206, VI, que o serviço público de ensino contará com gestão democrática, na forma da lei; (g) art. 216, § 1º, o qual determina que a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiros devem ser organizadas mediante a colaboração do poder público com a comunidade; (h) art. 225, o qual impõe a conjugação de esforços do poder público e da coletividade na defesa do meio ambiente; e (i) art. 227, § 1º, o qual estabelece que o Estado admitirá a participação de entidades não governamentais na execução de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente³³⁵.

É possível, ainda, identificar-se uma série de outros institutos de participação popular enumerados no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, na legislação infraconstitucional, no âmbito de todas as esferas de governo, em razão da própria competência individualizada. Em verdade, torna-se tarefa bastante árdua o reconhecimento de todos os institutos jurídicos, diante do que se destacam alguns, os quais em razão de sua peculiaridade e experiência, têm surtido resultados satisfatórios. Assim, destacam-se os conselhos, comissões e comitês participativos; a audiência pública; a consulta pública, o orçamento participativo, dentre outros³³⁶.

Em suma, o ordenamento jurídico nacional consagra uma série de instrumentos que preconizam a participação do segmentos sociais no processo

³³⁴ OLIVEIRA, R. C. R., op. cit., p. 913.

³³⁵ PEREZ, M. A. **A administração** ..., p. 75-76.

³³⁶ A respeito do tema, indica-se o levantamento feito por Marcos Augusto PEREZ, na obra *supra* enumerada, p. 98-109, a qual muito bem indica quais os institutos são mais freqüentes no direito brasileiro, fazendo remissão ao dispositivo legal, notadamente dos institutos de âmbito federal. O mesmo autor (p. 109-115) destaca, ainda, o modelo dos institutos participativos no direito comparado, fazendo aporte às legislações francesa, italiana, alemã, inglesa, belga, espanhola, grega, suíça, sueca, holandesa, portuguesa, norte-americana, mexicana, boliviana, nicaragüense, uruguaia, peruana, chilena e argentina.

decisório e no controle administrativo, de forma a servir de fundamento de legitimidade do exercício do poder³³⁷.

De outra sorte, é preciso restringir o âmbito de conceituação dos instrumentos participativos na Administração Pública, identificando-os dentre aqueles que permitem ao particular tomar parte das decisões, na execução e no controle das atividades administrativas, no interesse da sociedade, *uti socius, uti cives*. Importante ressaltar que o sistema jurídico nacional comporta o convívio de formas representativas e diretas de participação. Outrossim, os institutos democráticos devem compreender e possibilitar a participação de todas as classes sociais e seguimentos sociais igualmente interessados na vida política e na atuação da Administração Pública, num dado caso concreto. Tecidas essas considerações, apresenta-se a definição apresentada por PEREZ dos institutos jurídicos de participação popular na Administração como:

(...) instrumentos legalmente previstos que possibilitem aos administrados, diretamente, ou através de representantes escolhidos especificamente para este fim, tomar parte na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com o objetivo de tornar mais eficiente a atuação administrativa e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca da adesão, do consentimento e do consenso dos administrados e, afinal, da abertura e transparência dos processos decisórios.³³⁸

A título ilustrativo, adotar-se-á a classificação dos institutos de participação apresentada por PEREZ, em razão do grande dissenso entre os autores nacionais e estrangeiros quanto à definição de uma classificação perfeita e acabada.

Assim, (1) pelo critério da força vinculante, ou do grau de poderes atribuídos diretamente aos administrados: (a) institutos de participação vinculante, ou de gestão participativa, ou de vinculação decisional (v.g. conselhos deliberativos); (b) institutos de participação não vinculante, ou institutos de técnica consultiva, ou de simples influência (v.g. consulta pública); (c) institutos de participação autônoma e vinculante (v.g. organizações sociais); (2) pela distinção da condição pessoal ou do status do administrado que participa do processo decisório: (a) institutos de participação interna (excepcionais, com participação exclusiva de servidores); (b)

³³⁷ FERRAZ, Luciano. Novas formas de participação social na administração pública: Conselhos gestores de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, a. 2, n. 7, p. 59-67, out. /dez. 2004. p.62.

³³⁸ Ibid., p. 96.

institutos de participação externa; (3) em razão da posição do administrado em face da Administração, na relação jurídica de participação: (a) institutos de participação orgânica (v.g. conselhos, comitês, comissões); (b) institutos de participação funcional (v.g. consultas e audiências públicas, referendo); (c) institutos de participação cooperativa (v.g. organizações sociais); (4) pelo critério da natureza jus-política da decisão: (a) institutos de participação em decisões concretas ou individualizáveis; (b) institutos de participação em decisões normativas ou não individualizáveis; (5) em razão da natureza da participação: (a) institutos de participação direta, ou de democracia direta; (b) institutos de participação indireta, ou de democracia representativa; (6) pelo critério distintivo do tipo de procedimento adotado: (a) institutos de mera ampliação do direito de informação do administrado (v.g. audiências públicas); (b) institutos de consulta direta à sociedade (referendo); (c) institutos de concerto ou negociação (v.g. conselhos deliberativos, organizações sociais)³³⁹.

Por certo, o tema da participação popular é uma matéria candente do direito constitucional-administrativo, que deve ser plenamente desenvolvido, com vistas não só a democratizar a administração pública, como também a incentivar e despertar o espírito crítico e cívico dos cidadãos para a concretização dos ideais de cidadania e democracia.

³³⁹ Ibid., p. 132-133.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro contemporâneo, moldado sob a denominação de Estado Social e Democrático de Direito, fundamenta-se na máxima democrática, consagrando os valores de reconhecimento dos direitos fundamentais dos homens e de proteção à dignidade da pessoa humana, que se encontram plasmados na Constituição Federal de 1988.

Ressalte-se que a promulgação do texto constitucional pátrio pode ser considerada uma vitória, pois inserida num quadro de redemocratização do país, que recém saía de um conturbado período de ditadura militar, época esta na qual se restringiram sobremaneira a livre manifestação de vontade e a participação política.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 valoriza os ideais democráticos e caracteriza-se pelo seu preciosismo principiológico. Possibilitou, inclusive, a ampla e irrestrita participação política através do modelo representativo, bem como, desde logo, sinalizou a possibilidade do desenvolvimento do modelo participativo, este em complementação àquele primeiro.

Com efeito, em diversos países, o modelo democrático-representativo mostrou-se insuficiente para atender aos anseios sociais e permitir a real manifestação de vontade de todos os cidadãos, culminando em uma crise de representatividade e deflagrando um sentimento de apatia política e de insatisfação social com os governantes e decisões públicas. Neste sentido, destacam-se as palavras de Boaventura de Souza SANTOS:

Quanto mais se insiste na fórmula clássica da democracia de baixa intensidade, menos se consegue explicar o paradoxo de a extensão da democracia ter trazido consigo uma enorme degradação das práticas democráticas. Aliás, a expansão global da democracia liberal coincidiu com uma grave crise desta nos países centrais onde mais se tinha consolidado, uma crise que ficou conhecida com a da dupla patologia: a patologia da participação, sobretudo em vista do aumento dramático do abstencionismo; e a patologia da representação, o fato de os cidadãos se considerarem cada vez menos representados por aqueles que elegeram.³⁴⁰

³⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Democratizar a democracia: Os caminhos da democracia participativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005 (Coleção: Reinventar a emancipação social: para novos manifestos). p. 42.

Diante desse quadro, ganha destaque a defesa por um modelo democrático-participativo, privilegiando-se a participação popular do cidadão no espaço público como imprescindível à efetiva democratização do Estado e concretização da cidadania.

A própria Carta Constitucional dispõe acerca de institutos de participação popular, próprios ao exercício de cada uma das funções estatais, quer seja, no âmbito dos Poderes Legislativo, Judiciário ou Executivo-Administrativo, embasando todas as manifestações e atividades políticas.

Por ora, a presente monografia não objetiva exaurir o tema, tendo em vista sua tamanha complexidade e abrangência. Dessa forma, restringiu-se o objeto da presente pesquisa à participação do cidadão no âmbito da função administrativa do Estado.

Nessa perspectiva, evidenciou-se sensivelmente a necessidade de mudança das concepções tradicionais do Direito Administrativo, identificando-se a exigência de implementação de uma Administração Pública Democrática, realizadora dos ideais de eficiência e transparência.

Para tanto se faz necessário voltar a atenção ao texto constitucional que confere especial tratativa à participação popular sob roupagem e natureza jurídica de um direito fundamental do cidadão, devendo, pois, estar submetido ao regime constitucional específico desta espécie de direito.

É preciso, ainda, assegurar-lhe a máxima efetividade, compreendendo-se, para tanto, a Constituição como decorrente de um processo de redemocratização do Estado, bem como dotada de normatividade e também de capacidade de aprendizagem e revigoramento a partir do diálogo constante com a sociedade e a realidade.

É fundamental, ainda, entendê-la como um sistema aberto de regras e princípios, concluindo-se que o direito de participação concretiza os princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, em razão da interdisciplinaridade dos conceitos e porque tonifica o princípio da legalidade no âmbito administrativo e permite a participação direta dos cidadãos na tomada de decisões públicas.

Assim, a Administração Pública volta-se à garantia dos direitos fundamentais, notadamente, restando superada a defesa do aparato administrativo centrado na figura do Estado ou do governante, mas, sim, voltado ao cidadão.

Identifica-se, assim, a “personalização do Direito Administrativo”³⁴¹. Outrossim, diminui-se a distância entre o Estado e a sociedade, proporcionando o atendimento das imediato, efetivo e adequado das necessidades sociais.

Nesse sentido, a participação popular permite a construção de um novo modelo de relações entre Administração-cidadão que passa então a se fundamentar na mútua colaboração, informação, transparência e garantia de direitos dos administrados, na simplificação de acesso aos serviços públicos e na qualidade destes³⁴².

Esse modelo, todavia, somente será alcançado com a efetivação do texto constitucional e a conseqüente promoção da democracia participativa no âmbito administrativo, de forma a se permitir que os cidadãos efetivamente participem da construção e implementação da atividade administrativa e da decisão do melhor interesse público.

Destarte, a configuração do direito de participação depende do tipo de gestão administrativa adotado. Ganha espaço a defesa de mudança do modelo burocrático para o gerencial e, neste aspecto, a participação torna-se instrumento essencial, uma vez que permite a legitimação das atividades administrativas, que passa a ser conferida em razão do resultado ótimo e eficiente da sua atuação.

Dessa forma, é preciso se fortalecer os mecanismos administrativos de participação popular, conciliando-os com os mecanismos burocráticos e representativos de controle, de forma a se construir uma nova consciência de cidadania.

Assim, faz-se necessária a concretização dos objetivos constitucionais insertos na Carta política de 1988, especialmente se voltando à efetivação dos institutos participativos como forma de consolidação de um Estado preocupado em erradicar as mazelas e desigualdades sociais e a conseqüente formação de um espaço público efetivamente aberto à participação de todos os indivíduos na construção da vontade coletiva.

³⁴¹ SCHIER, A. da C. R., **A participação** ..., p. 250.

³⁴² PEREZ, M. A. **A administração** ..., p. 20.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 1. ed. 3. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002 (Coleção El Derecho y la Justicia).

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

APPIO, Eduardo. **Teoria geral do estado e da constituição**. Curitiba: Juruá, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção Curso & Concurso).

_____. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENTO, Leonardo Valles. Sobre a separação do Estado – sociedade civil como categoria do pensamento burguês. **Revista Sequência** (Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC), Florianópolis, n. 40, p. 62-86, jul. 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 14. tir. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev. e atual. 11. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa:** Por um direito constitucional de luta e resistência; Por uma nova hermenêutica; Por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até Emenda Constitucional n. 48, de 10 de agosto de 2005. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Tradução de: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Atividade legislativa do poder executivo.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Temas de direito constitucional** (e de Teoria do Direito). São Paulo: Acadêmica, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1991.

_____. Participação popular na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, p. 26-39, jan./mar. 1993.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio (Taking rights seriously)**. 5. reimp. Tradução de: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2002.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

FALA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo**. vol. I (parte general). 9. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: Normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Luciano. Novas formas de participação social na administração pública: Conselhos gestores de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, a. 2, n. 7, p. 59-67, out. /dez. 2004.

FONSECA, Gilberto Nardi. A participação popular na administração pública: Audiências públicas na elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos dos municípios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 40, n. 160, p. 291-305, out./dez. 2003.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: A busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUIMARÃES, Ulysses. Sessão solene de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 25, n. 100, p. 5-12, out./dez. 1988.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001 (Coleção Clássicos do Direito).

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado. Cidadania e poder político na modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Tradução de: Alfredo Gallego Ánabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2001.

_____. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004 (Coleção Temas Clave de la Constitucion Española).

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: Publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

MINGHELLI, Marcelo. **Orçamento participativo**: Uma leitura jurídico-política. Canoas: ULBRA, 2005.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo**: Da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. rev. e ampl. Tradução de: Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: 1987.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, n. 135, p. 271-281, jul./set. 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Democratização da administração pública e o princípio da participação administrativa. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 8, p. 909-919, ago./2006.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática**: Institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. Participação popular na administração pública. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 31, p. , 126-137, 2000.

RODRÍGUEZ, José Antonio León. La participación de la ciudadanía como mecanismo de control de la administración pública. In: ORDÓÑEZ, Jorge Danós; BARRERA, Eloy Espinosa-Saldaña. **Derecho administrativo**. Lima: Jurista Editores, 2004. p. 599-617.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Democratizar a democracia**: Os caminhos da democracia participativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005 (Coleção Reinventar a emancipação social: para novos manifestos). p. 39-82.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

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: Fórum, 2004. p. 21-56.

_____. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 1-6, jul./set. 1997.

VIEIRA, Listz. **Cidadania e globalização**. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

OBRAS CONSULTADAS

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. Os 500 anos da participação popular no Brasil **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 146, p. 203-208, abr./jun. 2000.

ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. **O ícaro da modernidade**: Direito e política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 4. ed. Tradução de: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). **Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3. ed. rev. Tradução de: Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Coleção Obras de Maquiavel).

MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. vol. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MIRANDA, Jorge. **Funções, órgãos e actos do Estado**. Lisboa: Almedina, 1990.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. Tradução de: Bárbara Freitag. Rio de Janeiro Tempo Universitário, 1984.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito administrativo de participação: Cidadania, direito, estado e município**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. **O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais: A administração pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. 4. ed. Tradução de: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 2000.

_____. **Ensaio de sociologia**. 5. ed. Tradução de: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982.