

O NOVO DIREITO ADMINISTRATIVO: UMA VISÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA

THE NEW ADMINISTRATIVE LAW: A CONSTITUTIONAL AND DEMOCRATIC VIEW

Bethânia Pires Amaro¹

RESUMO: Este artigo busca contribuir para a discussão acerca da necessidade de reconstrução dos paradigmas administrativos face à demanda de democratização de toda a atuação público-estatal. Embora tradicionalmente a Administração Pública tenha sido responsável pela gestão da coisa pública, com base numa lógica legalista estrita, a crise legislativa e o Estado Social levaram à ampliação de sua esfera de atribuições, promovendo a proliferação das autoridades administrativas e de suas atividades, especialmente no âmbito regulatório e normativo. Questiona-se, assim, a legitimidade dos processos decisórios administrativos, os quais, na medida em que consubstanciam escolhas políticas que afetam diretamente o interesse social, necessitam incorporar mecanismos de participação popular que busquem o consenso democrático. A constitucionalização do direito administrativo, nesse sentido, torna o administrador responsável pela garantia dos direitos fundamentais da coletividade, devendo possibilitar, aos indivíduos, o pleno exercício de sua cidadania, de modo que deixem de ser meros destinatários e passem a influir diretamente na formação da vontade e nos interesses administrativos.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; Legitimação democrática; Participação popular.

¹ Pós-Graduada em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia. Pesquisadora em Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana vinculada ao Núcleo de Direito Público da Universidade Federal da Bahia.

ABSTRACT: This paper seeks to contribute to the discussion about the need for reconstruction of administrative paradigms in order to face the demand for democratization of all public-state performances. Although traditionally Public Administration has been responsible for the management of public affairs, based on a strict legalistic logic, the legislative crisis and the Welfare State led to the expansion of its sphere of competence, promoting the proliferation of administrative authorities and their activities, especially within a regulatory and normative perspective. This transformations made questionable, therefore, the legitimacy of the administrative decision-making processes, which, to the extent that embody policy choices that directly affect social interest, need to incorporate mechanisms for popular participation that seek democratic consensus. The constitutionalization of administrative law, in this sense, becomes the administrator responsible for guaranteeing fundamental rights of the community, and should allow individuals the full exercise of their citizenship, so they are no longer mere recipients and start to directly influence the formation of the administrative will and concerns.

KEY-WORDS: Public Administration; Democratic legitimacy; Popular participation.

1. INTRODUÇÃO: O DIREITO ADMINISTRATIVO EM MUTAÇÃO

O direito administrativo encontra-se em evidente processo de transformação. De origem marcadamente autoritária, ligada à Revolução Francesa, e caracterizado pela subordinação à legalidade estrita, o modelo administrativista tradicional tem se mostrado inadequado face à crescente demanda, tanto por parte da doutrina especializada quanto pela própria sociedade, de democratização da Administração Pública, aproximando seus processos decisórios de seus verdadeiros destinatários: os cidadãos.

Efetivamente, o direito administrativo foi construído de forma a estabelecer privilégios às relações jurídicas administrativas, com a criação de institutos que reafirmassem a superioridade do Poder Público face aos administrados, em nome da indisponibilidade e prevalência do dito “interesse público”, categoria classicamente correspondente aos interesses do próprio Estado, que detinha unilateralmente a atribuição de defini-lo. O sistema administrativo, tendo nascido dentro de uma concepção jurídica liberal, voltava-se a regular a intervenção do Estado na esfera de

liberdade e na propriedade dos cidadãos, firmando um direito de exceção, alicerçado na noção de subordinação formal à lei e da intangibilidade do mérito administrativo.

A esfera pública e a privada eram então concebidas de forma absolutamente distinta: de um lado, a sociedade civil, destinatária das normas e atividades administrativas, apta a atuar com toda a liberdade que não encontrasse vedação direta e expressa na lei; de outro, a Administração Pública, envolta das mais variadas prerrogativas e responsável por “dizer o direito”, dentro das possibilidades, mais amplas ou mais restritas, que a lei lhe outorgasse.

Com o advento do Estado Social e da chamada crise da modernidade, caracterizada pela insuficiência legislativa em atender aos reclamos sociais e econômicos de um mundo globalizado, houve notável fortalecimento do Poder Executivo, que assumiu o monopólio de diversas atividades na tentativa de prover os serviços essenciais à coletividade. A esfera pública, que se confundia com a própria noção de Estado, expandiu-se, passando a Administração Pública a deter e fiscalizar inúmeros aspectos da vida social, especialmente através de um crescente poder normativo e regulador. Forma-se, destarte, um evidente paradoxo, pois ao mesmo tempo em que o Poder Público passa a influenciar de forma mais direta setores políticos, econômicos e sociais, em nome da garantia de igualdade, distancia-se progressivamente dos cidadãos, por meio da ampliação de suas prerrogativas jurídicas, sem qualquer contrapartida em termos de participação social. Os cidadãos são então considerados simples destinatários dos programas sociais e não personagens participativas na esfera pública.

O extremo crescimento da atividade administrativa levou, como consequência, à sua ineficiência, burocratização e corrupção, intensificando os clamores sociais por mecanismos de real participação social nos processos administrativos. O fortalecimento da concepção de Estado Democrático de Direito, após a II Guerra Mundial, tornou evidente a necessidade de reafirmação da soberania popular, a qual não deveria se restringir ao exercício do sufrágio, mas garantir a participação do povo também na gestão da coisa pública – na formação não apenas da vontade legislativa, pelos tradicionais instrumentos representativos, como também da vontade administrativa.

Nesse sentido, a esfera pública torna-se distinta da esfera estatal, devendo contar com a interpenetração de setores privados, que representem a gama de interesses que permeiam a sociedade civil, aptos a contribuir para a formação da vontade político-executiva. Conforme já afirmado por Maria Tereza Fonseca Dias (2003, p. 151), “esta

nova conformação da esfera pública é dada no intuito de substituir a autonomia privada do indivíduo pela autonomia social dos participantes nos procedimentos”. O Estado Democrático de Direito, portanto, demanda a participação popular na construção dos atos de governo, com o estabelecimento de espaços institucionalizados de debates com a sociedade civil.

Muda, outrossim, a fonte de legitimação do direito administrativo, que, da lei, passa a concentrar-se no processo decisório democratizado, na deliberação coletiva, em que os destinatários da norma tornam-se parte de sua elaboração. A construção de procedimentos de comunicação habilita o exercício da autonomia política individual, permitindo à Administração Pública absorver, por vias pacíficas e institucionalizadas, as aspirações da pluralidade de grupos de interesses que compõem a esfera pública. Busca-se, pois, um sistema administrativo que abandone o modelo estritamente verticalizado e se horizontalize através do discurso e da formação do consenso, no grau mais elevado possível.

Este novo formato do direito administrativo tem, ainda, o condão de compatibilizá-lo com o neoconstitucionalismo, que procura modelar as instituições jurídicas conforme ampla gama de direitos fundamentais, sob orientação da Carta Maior. Com a Constituição de 1988, de base jusfilosófica pós-positivista, consolidou-se a força normativa dos preceitos constitucionais, em especial aqueles veiculadores de direito e garantias individuais, bem como a ideia de participação popular na formação das decisões estatais, seja no âmbito legislativo, judiciário ou administrativo. A democracia deixa de ser encarada em seu aspecto meramente formal, de modo que apenas se legitima com a efetiva contribuição dos cidadãos na conformação e consecução do interesse público.

É nesse sentido que se busca uma renovação dos paradigmas administrativistas, reestruturando seus conceitos, institutos e formas de atuação na esfera pública. Fala-se então na constitucionalização do direito administrativo, cada vez mais encarado sob uma perspectiva democrático-deliberativa.

2. A CRISE DOS PARADIGMAS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A evolução por que passou o Estado de Direito, culminando na formação de um esboço doutrinário-jurisprudencial tendente à sua crescente democratização, tem

levado a questionamentos de velhos paradigmas em todos os ramos da ciência jurídica. Com efeito, a doutrina neoconstitucionalista vem constantemente afirmando a força normativa da Constituição, enquanto “carro-chefe” do fenômeno jurídico nacional, bem como a irradiação de direitos fundamentais, para abarcar relações que, tradicionalmente, fugiam a qualquer tipo de análise principiológica.

O Direito Administrativo, outrossim, não escapou a esta releitura crítica de seus institutos e categorias básicas, de modo a compatibilizá-los com as garantias constitucionais. A clássica fonte suprema do Direito Administrativo – a lei – passa a ceder espaço, em muitas ocasiões, aos princípios constitucionais, cuja vinculatividade, após juízo de ponderação e avaliação de proporcionalidade, tem sido vigorosamente afirmada pela doutrina neoconstitucionalista. Tais princípios oferecem balizamentos e limitações ao mérito administrativo, revertendo a lógica autoritária dos institutos administrativos em prol de uma lógica garantística, consentânea com a dignidade da pessoa humana.

O Estado, destarte, seja em seu papel político, econômico ou executivo, passa a ser encarado como instrumento voltado à realização de direitos fundamentais – apenas assim legitimar-se-á o exercício de tais funções e atividades. Esta legitimação deixa, pois, de operar-se segundo modelos políticos usuais, estruturados em padrões de representação eleitoral, os quais apresentam acentuado declínio nas últimas décadas. A lei, que nos anos que se seguiram à Revolução Francesa era encarada como expressão máxima da racionalidade humana e da vontade do povo, tendo o Parlamento como seu sólido e legítimo representante, hodiernamente deixou de ser encarada como um produto sagrado, final e imutável. A gigantesca multiplicidade de diplomas legislativos na atualidade, muitas vezes contraditórios, confusos ou versando sobre temas de limitada importância, bem como a compreensão, após as Grandes Guerras, de que a lei é capaz de veicular injustiças e interesses privados de seus elaboradores, promoveu, na consciência coletiva, um sentimento de fracasso legislativo, abrindo espaço para uma nova forma de legitimação do fenômeno jurídico – o constitucionalismo, especialmente aquele que se denominou *dirigente*, voltado à reconstrução de inúmeros aspectos da vida em sociedade.

A lei, portanto, deixa de ser o centro paradigmático do Direito Administrativo, cedendo espaço à superioridade formal e material da Constituição, a qual, com seu plexo de direitos essenciais, torna-se fonte legitimadora de toda atividade administrativa. O Direito Administrativo tem suas competências, seus princípios

orientadores e suas finalidades constitucionalmente predeterminadas e valoriza-se na exata medida em que obedece a tais comandos. De mero operador da lei formal, o administrador público assume o papel de ente concretizador da Constituição.

Esta nova realidade torna, pois, imprescindível a remodelagem de diversas noções que constituem o próprio núcleo do regime jurídico administrativo tradicional: a supremacia do interesse público sobre o privado; a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; a intangibilidade do mérito administrativo; e a ideia de um Poder Executivo unitário. Tais conceitos, formulados com base numa doutrina de estrita legalidade, precisam adaptar-se à releitura principiológica que o neoconstitucionalismo tem imposto a todos os ramos da ciência jurídica, em prol da defesa de direitos fundamentais.

É nesse sentido que Gustavo Binbenojm, desenvolvendo amplamente o tema, afirma a necessidade de superação da definição clássica de interesse público, enquanto conjunto de interesses individuais dos membros da sociedade, o qual, por estabelecer, aprioristicamente, a supremacia de determinado tipo de interesse sobre outro, mostra-se incompatível com o atual sistema constitucional de proteção a direitos fundamentais, alicerçado, em essência, na ponderação entre princípios.

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais ou dos interesses públicos sobre interesses privados. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade), impõe à Administração Pública o dever jurídico de *ponderar* os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização (BINENBOJM, 2008, p. 31) – grifos do original.

Deste modo, deverá a Administração Pública utilizar a ponderação para avaliar qual interesse deverá prevalecer no caso concreto, sempre visando à proteção das garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas aos indivíduos, formando modelos de decisão que possam ser utilizados em situações futuras semelhantes, tal qual ocorre com a construção de precedentes judiciais. Operar-se-ia, assim, uma “constitucionalização do conceito de interesse público” (BINENBOJM, 2008, p. 33).

O autor propõe, ainda, com base na doutrina de Maurice Hauriou e Adolf Merkl, a noção de juridicidade administrativa, em substituição à mera legalidade administrativa. Efetivamente, a atividade administrativa não se reduz à mecânica

aplicação dos ditames legais, especialmente diante da crise do processo legislativo, marcado pela extrema lentidão e baixa qualidade técnica das leis. Tal enfraquecimento da lei formal, considerado em conjunto com o sistema de princípios e vetores constitucionais impostos à Administração Pública pela Carta de 1988, autoriza a conclusão de que a Constituição vincula diretamente a função administrativa, seja oferecendo critérios de competência, seja fornecendo base de fundamentação e legitimação das decisões administrativas (BINENBOJM, 2008, p. 37).

A ideia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição) (BINENBOJM, 2008, p. 38) – grifos do original.

Esta concepção de juridicidade administrativa acompanha as próprias mudanças na ciência jurídica das últimas décadas, que cada vez mais se tem utilizado de conceitos indeterminados e princípios na formulação dos textos legais, construindo um sistema normativo aberto, que rechaça lógicas absolutas e preponderâncias predefinidas em prol de juízos de valoração a serem feitos pelo intérprete, com uso da razoabilidade, frente a situações concretas e conforme as diretrizes constitucionais.

Ainda, a expansão da atividade executiva, em resposta ao declínio das instâncias legislativas de poder, bem como a descentralização que marca os Estados contemporâneos, em busca da desburocratização e de maior eficiência, faz que a Administração Pública atue de forma cada vez mais ampla, inclusive regulando setores de acentuada especialidade técnica e setores econômicos, os quais demandam soluções céleres e eficazes, incompatíveis com a morosidade dos processos legislativos. O exercício desta função regulatória implica em necessária atribuição de uma função normativa às entidades administrativas. Cresce, em consequência, o número e a importância de seus regulamentos específicos, que também condicionarão a atividade administrativa, não mais circunscrita ao domínio exclusivo da lei. A ideia de juridicidade administrativa, deste modo, traduz-se na vinculação da Administração

Pública a novos modelos normativos não legais, em especial às regras e princípios constitucionais e regulamentos autônomos e executivos.

Nesse sentido, destaca-se a atual feição policêntrica da Administração Pública, com a criação, sob influência do direito norte-americano, das agências reguladoras, marcadas pela independência política de seus dirigentes, em razão da estabilidade de seus mandatos. Diferentemente, portanto, da Administração Pública dos anos 1970 e 1980, a Administração atual não mais converge à figura politicamente responsável do Presidente da República: caracterizadas por estendida autonomia, tais agências, em virtude de seu poder regulamentar e do alto grau de especificidade das matérias com as quais trabalham, têm verdadeiramente inovado o mundo jurídico, deixando, portanto, de ser “simples instâncias de execução de normas heterônomas” para tornar-se, em maior ou menor medida, “fonte de normas autônomas” (BINENBOJM, 2008, p. 35), o que leva, indubitavelmente, a uma crise de legitimidade da atividade administrativa, apenas passível de superação quando estabelecida uma ligação direta não com a lei, mas com o plexo principiológico constitucional.

Torna-se, ademais, obsoleta a antiga contraposição entre atos administrativos vinculados e discricionários, compreendidos estes últimos como aqueles em que o administrador possui plena liberdade de escolha quanto a seu conteúdo e forma de realização, valendo-se de critérios de conveniência e oportunidade. A discricionariedade, assim, não se exerce fora dos parâmetros constitucionais e legais, nem escapa a controle jurisdicional quanto à observância dos princípios fundamentais correlatos, tanto maior quanto mais restrito for o grau de vinculatividade e mais ampla for a restrição às garantias do administrado.

Destarte, abandonam-se predeterminações estáticas acerca do controle judicial dos atos administrativos, estabelecendo-se uma “dinâmica distributiva funcionalmente adequada”, em que a intensidade da fiscalização dependerá da análise não apenas da compatibilidade do ato com a Constituição e a legislação de regência, como também de sua legitimidade democrática, dos meios e processos de sua atuação e de seu nível de especificação técnica, sempre com uso do postulado da proporcionalidade. Desta forma, atos de alta complexidade técnica devem permanecer submetidos à expertise dos órgãos administrativos especializados, sujeito a controle mínimo, enquanto atos que restrinjam direitos fundamentais, que se revelem desarrazoados, submeter-se-ão a controle máximo (BINENBOJM, 2008, p. 40-41).

A limitação à discricionariedade está, ainda, relacionada ao chamado Direito Fundamental à Boa Administração Pública, conceito formulado por Juarez Freitas face à previsão constante do art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais de Nice. Tal direito pressupõe a extensa fundamentação dos elementos discricionários do ato administrativo, devendo-se frisar que “toda discricionariedade, exercida legitimamente, encontra-se, sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais” (FREITAS, 2009, p. 8). A tese é corroborada pela já sólida doutrina no sentido da vinculatividade dos elementos competência, forma e finalidade dos atos administrativos, mesmo aqueles ditos discricionários, de modo que a liberdade do administrador jamais será plena, e apenas se fundamentará quando tendente à realização dos respectivos objetivos legais e, especialmente, constitucionais.

Nessa senda, o direito a uma administração de boa qualidade implica, para o administrador, o dever de escolher bem – demanda, do agente público, “uma reestruturação das estratégias de governança, fazendo-as mais criativas, transparentes e simplificadas” (FREITAS, 2009, p. 13). Isso significa que quaisquer escolhas administrativas devem não apenas ser comportáveis pela norma, mas também compatíveis com os fins constitucionais, tendendo à mais ampla realização de direitos fundamentais. Uma escolha administrativa legítima é, pois, devidamente motivada, constitucionalmente embasada e necessariamente proporcional.

Na mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 5-10) oferece diversos balizamentos para a discricionariedade administrativa, que, para o autor, será sempre relativa, por não se tratar verdadeiramente de atributo do ato administrativo, mas da apreciação feita pelo administrador, ao orientar sua conduta. Esta relatividade decorre, em primeiro lugar, do fato de o agente público estar necessariamente subordinado aos ditames legais, de modo que apenas poderá exercer sua discricionariedade no âmbito de liberdade autorizado por lei, ou seja, quanto aos aspectos que a lei tornará passíveis de avaliação de conveniência e oportunidade. Em segundo lugar, a discricionariedade é relativa em virtude da obrigatoriedade de se buscar a finalidade objetivada pela lei, finalidade esta que, em última análise, é constitucionalmente orientada, sob pena de configuração de abuso de poder.

Afirma ainda o autor que a discricionariedade será relativa mesmo nas hipóteses em que a lei se utilize de conceitos vagos e indeterminados, não podendo o administrador conferir-lhes qualquer sentido, desproporcional e desligado de seu contexto – ao contrário, deverá ater-se às zonas de certeza positivas e negativas de seu

significado usual, devendo eventuais dúvidas ser sanadas pelo juiz. Por fim, salienta que a discricionariedade será relativa no sentido de que poderá ceder frente a situações concretas, quando for possível apenas uma conduta ao administrador de modo a realizar o escopo normativo (MELLO, 2006, p. 8-10).

Fortalece-se, assim, o controle de legitimidade das decisões administrativas, ou seja, de sua estrutura principiológica, realizado não apenas pelo Poder Judiciário, mas também pela própria Administração. O arcabouço das decisões administrativas está na exposição, pelo agente público, da legitimidade dos fundamentos de fato e de direito aplicados numa situação concreta, bem como na utilização de um procedimento administrativo subordinado às garantias processuais do indivíduo, principalmente o contraditório e ampla defesa.

É que o estado da discricionariedade legítima, na perspectiva adotada, consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração pública, que pode assim ser compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem (FREITAS, 2009, p. 20).

Não basta, assim, atuar na estrita conformidade da lei – é preciso construir uma gestão pública que se justifique tanto do ponto de vista político quanto constitucional, vedada, em qualquer hipótese, a arbitrariedade.

3. A DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Afirma Juarez Freitas que o “Estado da discricionariedade legítima requer (ao mesmo tempo suscita) o protagonismo da sociedade amadurecida”, vez que “a escolha das prioridades públicas deve estar vivamente associada ao cumprimento das promessas democráticas se se quiser, em afinidade com os princípios, a discricionariedade moldada para a obtenção, eficiente e eficaz, de resultados pactuados” (FREITAS, 2009, p. 45). Com efeito, a Constituição Federal instituiu um modelo de democracia participativa ao prever que “todo poder emana do povo”, que poderá inclusive exercê-lo de forma direta, através de plebiscitos, referendos e da iniciativa popular. Foram, ademais, consagrados diversos instrumentos de controle social, como a ação popular, a ação civil pública e a

organização de partidos políticos, fazendo-se necessário, entretanto, impulsionar modelos de participação popular na gestão pública, que apenas vem sendo reconhecida formal e pontualmente no plano infraconstitucional².

Pedro Thomé de Arruda Neto, analisando aspectos da reforma administrativa trazida pela Emenda Constitucional n. 19/98, aponta, como sua principal crítica, a ausência de democratização da gestão da coisa pública:

A moderna gestão pública é societal, democrática e enfatiza a participação do corpo social no processo político e tem como fundamento três dimensões que, idealmente, deveriam se equilibrar: a econômico-financeira, relacionada aos problemas financeiros e de investimentos estatais, e engloba questões de natureza fiscal, tributária e monetária; a institucional-administrativa, que se relaciona com os problemas de organização e articulação dos órgãos estatais, a exemplo das dificuldades de planejamento, direção, controle e profissionalização dos servidores públicos; a sociopolítica, que abrange a problemática da relação Estado e sociedade, ou seja, os direitos dos cidadãos como um todo e, especificamente o de participar da gestão da *res publica* (ARRUDA NETO, 2010, p. 152).

Logo, torna-se imprescindível que o cidadão, até então apresentado de forma irrelevante à construção teórica do direito administrativo, deixe de ser encarado como mero destinatário da administração pública e coloque-se como verdadeiro ator no cenário das relações jurídicas administrativas, assumindo o ônus de decidir quanto àquilo que lhe afete e à sociedade como um todo. Daí se falar, hodiernamente, na construção de uma administração pública dialógica, que procure estabelecer pontos de debate com a sociedade civil.

Nessa senda, a formação de espaços públicos de discussão, não estatais, tem o condão de promover maior interação da sociedade com a os responsáveis oficiais pela gestão pública e, pelo seu poder de crítica, influência e pressão, são denominados por Diogo de Figueiredo Moreira Neto de verdadeiros “contrapoderes sociais”. Salienta o autor que, apesar do incremento dos riscos (ambientais, econômicos, sociais e políticos) gerados por tais espaços públicos, que enfraquecem as bases da paz e do consenso, sua ausência implica em constantes manifestações de insatisfação e indignação, estas sim efetivamente aptas a abalar a ordem democrática (MOREIRA NETO, 2011, p. 56-57).

² Destaque-se, nesse sentido, a previsão constante da Lei 8.142/90, de instituições voltadas ao exercício da cidadania no direito sanitário, quais sejam, as conferências, os conselhos de saúde e os fundos de saúde. Previsão semelhante está inserida na Lei 9433/97, que estatui, em seu art. 1º, VI, que a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do poder público, dos usuários e das comunidades. O próprio Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) estabeleceu a gestão democrática da cidade por meios de órgãos colegiados de política urbana e iniciativa popular de projeto de leis e programas de desenvolvimento urbano, todos mecanismos, contudo, sem maior efetividade social.

É na complicada confluência de tantos e diversificados riscos, que se potenciam quando acumulados (...) que as matérias veiculadas frequentemente pela imprensa, bem como os amudados estudos continuamente produzidos nas áreas das ciências humanas, se debruçam sobre essas manifestações públicas, organizadas ou semiorganizadas, como as promovidas por associações privadas que se ocupam de interesses públicos, por grupos de pressão, por órgãos da imprensa escrita, falada, televisiva, por grupos estruturados na internet, ou por quaisquer modalidades de demonstrações ostensivas de opinião pública e, de modo destacado, as manifestações cada vez mais veementes dos movimentos de massa de reivindicação e protesto (MOREIRA NETO, 2011, p. 56).

Tais manifestações assumem nova dimensão com o uso da internet e das redes sociais, que têm acelerado o processo de circulação de informações e disseminado ferramentas de crítica, promovendo, conseqüentemente, uma real politização em massa, atraindo novos públicos a discussões que antes ficavam concentradas em espaços políticos restritos. Aponta Moreira Neto (2011, p. 63), por isso, a necessidade de a ordem jurídica desenvolver instrumentos juspolíticos capazes de canalizar tal fenômeno, para que, ao invés de eclodir de forma violenta e desordenada, sejam institucionalmente absorvidos, desempenhando papel relevante e construtivo para a manutenção da paz social e exercício de liberdades democráticas, prestigiando formas de legítima e pacífica expressão da cidadania.

Sendo a Administração Pública responsável pela execução das políticas públicas, e dada a considerável polêmica que muitas vezes envolve esta atividade, considerando-se os conflitos principiológicos e escassez de recursos envolvidos, faz-se essencial elaborar modalidades de participação direta da população que configurem vias de expressão dos legítimos interesses dos cidadãos, em acréscimo aos tradicionais canais político-partidários. Operações desta natureza incrementariam o ônus argumentativo e a legitimidade de decisões administrativas de caráter coletivo, mormente diante da atual crise de representatividade legislativa.

Com efeito, as instâncias legislativas já não são capazes de desempenhar suas tradições funções de controle, seja pela morosidade do processo legislativo, incompatível com a celeridade que se demanda da fiscalização de certas decisões políticas do Executivo, seja pela manifesta atecnia de seus membros, eleitos por motivos ligados a qualidades estritamente pessoais e carisma, que geralmente dão predominância a interesses próprios em vez da satisfação das necessidades coletivas. Cresce, assim, a demanda por formas de controle social, exercidas por particulares e

grupos juridicamente construídos para representar segmentos específicos do corpo social.

Para Vanderlei Siraque (2009, p. 99-100), quando a Constituição de 1988 concede ao povo a titularidade do poder político, lhe confere tanto o direito de participar das decisões referentes à formação dos atos normativos do Estado (participação popular), quanto o direito de controlar a execução das decisões políticas, sejam aquelas constituídas diretamente pelo povo, sejam as constituídas por meio de representantes eleitos (controle social). Tal controle social permite à população aferir se a execução das decisões políticas tem observado os ditames constitucionais e legais, podendo operar tanto com relação ao mérito quanto à legalidade. Apenas assim se terá um verdadeiro Estado Democrático de Direito, pois neste os detentores do poder estão submetidos a controle dos destinatários do poder.

Pode-se, assim, afirmar que o controle social consubstancia direito fundamental na modernidade, enquanto expressão da cidadania que permite, por sua vez, a proteção de direitos individuais e coletivos – e, nesta qualidade, pode ser oposto à Administração Pública por meio dos remédios constitucionais. Trata-se, em suma, do direito público subjetivo de submeter o poder estatal à fiscalização.

A necessidade de controle social da Administração Pública torna-se mais evidente diante da paulatina transformação do direito da administração, de origem nitidamente autoritária, nos moldes já delineados supra, em direito administrativo, responsável pela regulação das relações jurídicas administrativas, com tendência cada vez maior à horizontalização, justamente em virtude da demanda de democratização nesta seara. A esfera pública, também no âmbito administrativo, precisa institucionalizar procedimentos e condições de comunicação capazes de conferir sentido material à soberania popular, inserindo mecanismos de participação direta em temas que mais afetam os interesses sociais.

Sobre o tema, leciona Luís Henrique Baeta Funghi:

Novas tentativas de fundamentação do direito administrativo são colhidas na doutrina administrativista contemporânea, a qual, dependendo do referencial teórico, buscar transpor a mera vinculação positiva à legalidade estrita pela dignidade da pessoa humana, princípios jurídicos, direitos e garantias fundamentais, democracia procedimental, consensualidade, entre outros. Nesse sentido, pode-se afirmar que, hodiernamente, o direito administrativo tem se voltado para a construção, consolidação e implementação de procedimentos democráticos que possibilitam aos cidadãos, não mais concebidos como administrados, sua participação na administração pública. O direito administrativo vem saindo de seu ‘enclausuramento’, especialmente

em decorrência da afirmação do constitucionalismo e de seu influxo direto na atividade administrativa, apresentando aberturas e mudanças que ‘reabilitam a pessoa enquanto administrado, em sintonia e pé de igualdade com o *status* já conquistado enquanto eleitor e jurisdicionado’ (FUNGHI, 2011, p. 216).

Desta forma, além da reconstrução de seus paradigmas, o Direito Administrativo busca legitimar-se em termos democráticos, inclusive como forma de suprir o déficit representativo das instituições legislativas, que apenas oferecem um modelo formal de democracia, insuficiente diante das complexidades e novas demandas sociais. A Administração Pública tem, por conseguinte, ampliado sua esfera de atuação, deixando de ser mera executora de decisões legislativas para tornar-se cada vez mais autônoma, responsável por concretizar, em consonância com os princípios constitucionais, programas normativos descritos de forma extremamente aberta – e é então que passa a necessitar de largo substrato de legitimação social, antes preocupação restrita aos órgãos representativos.

A construção de uma noção substancial de democracia, vinculada aos mandamentos constitucionais, tem orientado a nova Administração Pública à busca de instrumentos que permitam a participação e controle social de suas atividades, pois somente assim poderá legitimar a ocupação de novos espaços na tradicional divisão entre Poderes. “A imperatividade e a coerção, atributos clássicos da atuação administrativa, cedem lugar à consensualidade e à participação social na administração dos interesses públicos, com o emprego de formas consensuais de coordenação de ações” (FUNGHI, 2011, p. 229).

A escolha dos interesses a serem preservados na atuação administrativa, assim, deve ser alvo de debates com os destinatários de tais decisões, de tal forma que não apenas o produto final seja alvo de controle, mas que todo o procedimento de elaboração da decisão conte com a possibilidade de manifestação social, operando-se, assim, não apenas uma democratização substancial, mas também procedimental da Administração Pública. Para Gustavo Binbenbom (2008, p. 77), a legitimação da atividade administrativa deriva de duas vertentes: a constitucionalização e a democratização de seu exercício, tanto em defesa de interesses individuais como coletivos, destacando-se, nessa última, a processualização da atividade administrativa, assim resumida pelo autor:

Busca-se, assim, (i) respeitar os direitos dos interessados ao contraditório e ampla defesa; (ii) incrementar o nível de informação da Administração acerca das repercussões fáticas e jurídicas e uma medida que se alvitra implementar,

sob a ótica dos administrados, antes da sua implementação; (iii) alcançar um grau mais elevado de *consensualidade e legitimação* das decisões da Administração Pública. Não à toa, há uma reconhecidamente majoritária tendência, nos direitos administrativos espanhol e português, à atribuição de um *status* constitucional ao princípio da participação administrativa, inclusive, a carrear para a decisão, tomada sem a devida oportunidade para manifestação dos interessados, a pecha da inconstitucionalidade. (...)

As crises da democracia representativa e da lei formal, a alocação cada vez maior de encargos decisórios na Administração Pública, por força de normas legais abertas, bem como a proliferação de autoridades administrativas independentes, não diretamente responsáveis à vontade política de agentes eleitos, impulsionam hoje a tendência quase universal, embora não imune a críticas, ao fomento à participação social nos processos de formulação das decisões administrativas. Tão grande é a sua importância na atualidade que já tem sido considerada uma forma de democratizar as democracias representativas. (BINENBOJM, 2008, p. 78 – grifos do original)

Ainda versando sobre o controle social da Administração Pública, afirma Vanderlei Siraque:

O controle social da função administrativa do Estado tem, assim, a finalidade de submeter os agentes que exercem função administrativa junto aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário ao controle da sociedade. Enquanto no controle institucional os agentes públicos têm o poder e o dever legal de fiscalizar, controlar os atos das atividades estatais, sob pena de responsabilidade política e criminal, no controle social o cidadão não possui nenhuma obrigação legal de fiscalizar e controlar, mas tem a faculdade garantida pela Constituição de adentrar na intimidade da Administração Pública para fiscalizá-la, com *animus sindicandi*, e submetê-la à soberania popular. O cidadão apresenta o dever cívico e de consciência política e cidadã de fazer o controle, como membro da *polis*, mas não tem obrigação jurídica de fazer o controle social (SIRAQUE, 2009, p. 104).

É bem verdade que o controle social, ao mesmo tempo em que permite a fiscalização da atividade administrativa, a proteção do patrimônio público e a submissão dos agentes administrativos à Constituição, jamais será amplo o suficiente para representar, de maneira equânime, os diversos grupos sociais – haverá sempre uma prevalência de grupos e cidadãos mais politizados, que participem ativamente de tal atividade de controle, operando-se uma conseqüente predominância de seus interesses sobre o de grupos mais marginalizados dos palcos de debate público. Destarte, é importante ampliar o espectro de participação na máxima medida possível, de forma a minimizar tais distorções, especialmente através da educação política.

Apesar destas dificuldades, inerentes à construção de processos de controle social numa sociedade tão díspar quanto a brasileira, a busca da consensualidade é essencial às democracias contemporâneas, vez que contribuem para aprimorar a governabilidade, propiciam mais freios contra abusos de poder, garantem o atendimento

a ampla gama de interesses, proporcionam decisões mais sábias e prudentes, desenvolvem a noção de cidadania e responsabilidade cívica e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (MOREIRA NETO, 2007, p. 41).

O controle social pode assumir diversas roupagens: audiências e consultas públicas, requerimento de certidões e informações junto aos órgãos públicos, denúncias, reclamações verbais à Administração, ao Tribunal de Contas e ao Judiciário, bem como as já mencionadas ações judiciais. Destacam-se, ademais, os orçamentos participativos, organizações não governamentais, conselhos de políticas públicas e ouvidorias. Embora a previsão de tais instrumentos já caminhe na direção de uma Administração Pública mais consensual e, por conseguinte, constitucionalizada, é preciso lhes conferir maior efetividade social, fomentando politicamente tais formas de participação democrática. Somente assim será possível substituir o modelo imperativo, unilateral e autoritário, que tradicionalmente orienta a atividade administrativa, por um modelo verdadeira e legitimamente democrático.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem pretensões de promover o esgotamento da matéria, buscou-se expor a tendência à ampliação de mecanismos de participação popular no âmbito administrativo, constitucionalizando-o e legitimando-o segundo processos deliberativos com a sociedade civil.

Com efeito, torna-se essencial superar os paradigmas tradicionais do Direito Administrativo, que separam tão profundamente as esferas pública e privada, como se a primeira constituísse o próprio Estado, que devesse proteger seus interesses por meio de uma série de prerrogativas, enquanto à segunda seria relegada a defesa de interesses individuais. A noção de esfera pública como não meramente estatal faz surgir um novo *locus* no cenário jurídico administrativo, verdadeiro espaço de legitimação para o exercício das ações de interesse público, através da ampliação de procedimentos comunicativos com entidades da sociedade civil.

Para tanto, devem ser repensados alguns dos clássicos institutos de direito administrativo, em especial a supremacia do interesse público sobre o privado, como visto, de impossível definição *apriorística*; a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, diante da expansão da força normativa constitucional em todos os ramos do Direito, impondo a garantia dos direitos fundamentais veiculados através de

princípios; e a intangibilidade do mérito administrativo, que deverá ser construído com auxílio de seus destinatários, os cidadãos.

O interesse público, efetivamente, não pode ser definido de forma prévia e absoluta, nem se confunde imediatamente com os interesses do Estado: deve ser construído de modo relativo, consensual, mediante espaços de debate político que alcancem, por vias institucionalizadas e pacíficas, o sistema administrativo. Devem, assim, ser abandonadas perspectivas autoritárias e unilaterais acerca da temática, promovendo-se uma real participação cidadã e democrática nas atividades administrativas.

A formação de uma administração pública dialógica, deliberativa, é essencial à sua legitimação no cenário juspolítico atual, marcado pela noção de autovinculação, negociação de interesses e controle social. O Estado Democrático de Direito, assim, demanda o fomento à participação dos cidadãos em todos os processos de produção do Direito, especialmente diante do déficit de legitimação democrático-representativa. Este déficit agrava-se diante do fracasso legislativo e crise político-eleitoral que marcam o país, concentrando no Executivo poderes normativos cada vez maiores, além de suas clássicas atribuições de gestão.

Por sua vez, ampliando-se a ramificação administrativa, esta se distancia do Presidente da República e de seu suporte de legitimidade democrática, fazendo-se necessário desenvolver mecanismos de interação direta com os administrados, não enquanto meros destinatários, mas como verdadeiros partícipes da gênese administrativa. A proliferação de autoridades administrativas independentes, com responsabilidades normativas e regulatórias, transfere à Administração Pública grande carga de escolhas políticas, tornando essencial o oferecimento de um lastro de legitimidade a tais atividades, principalmente diante do grande impacto que acarretam na sociedade.

Novos modelos teóricos, pois, surgem para fazer frente às novas necessidades jurídico-administrativas. A incorporação de audiências públicas, inclusive em processos licitatórios de elevado valor, bem como a realização de consultas públicas tornam-se requisitos de validade de determinados atos, permitindo discussões de temas relativos a processos administrativos em curso e projetos de lei, facilitando a coleta de opiniões dos mais diversificados grupos de interesses, bem como o controle social sobre as opções administrativas, fortalecendo sua base democrática. Destacam-se, ainda, os orçamentos

participativos e conselhos consultivos, instrumentos institucionalizados de participação e fiscalização sociais.

Porquanto o cenário brasileiro ainda seja marcado por baixo grau de organização e mobilidade políticas, a expansão de tais modelos participativos terá o condão de promover a educação política de grupos sociais antes marginalizados, ampliando o espectro de interesses presentes nos debates públicos. Apenas então se poderá falar numa construção efetivamente democrática da esfera pública, e na verdadeira constitucionalização do Direito Administrativo, apto a defender, com maior eficiência, os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª Ed, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva: 2012.

BINENBJOM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FUNGHI, Luís Henrique Baeta. *Da dogmática autoritária à administração pública democrática*. Revista de Direito Administrativo, v. 257, p. 213-239, maio-agosto/2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Democracia e contrapoderes*. Revista de Direito Administrativo, n. 258, p. 47-80, setembro-dezembro/2011.

NETO, Pedro Thomé de Arruda. *Reforma do Estado e evolução dos modelos de gestão pública no Brasil: a democracia deliberativa como fundamento de uma nova administração pública constitucional*. Revista de Direito Administrativo, v. 253, p. 133-172, janeiro-abril/2010.

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle social da função administrativa do Estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.