DIREITO ADMINISTRATIVO PARTICIPATIVO

O Direito Administrativo, como disciplina jurídica autônoma, nasce com o Estado Liberal. A atividade administrativa é inerente a qualquer grupo social organizado, por mais primitivo que seja. Contudo, somente quando a norma estatal afirma o direito dos administrados e, como conseqüência, limita a amplitude do poder político, é que a Administração do Estado ingressa no plano formal da legalidade.

Contudo, pelo próprio caráter da atividade administrativa, sensível às mutações da demanda da comunidade, a lei não vincula, estritamente, todas as suas manifestações, ainda que, sempre sujeitas ao princípio superior do interesse público.

Se a competência da autoridade é expressa na lei, a prática dos atos administrativos guarda uma razoável margem de escolha do procedimento adequado a cumprir sua finalidade.

A par da necessária vinculação à lei, goza, em suma, a Administração Pública do poder discricionário, variável em extensão segundo a modalidade do serviço prestado.

O liberalismo firmou o princípio da garantia de direitos individuais oponíveis a terceiros e ao próprio Estado. Não são, todavia, direitos ilimitados, de tal modo possa o absolutismo do indivíduo suceder ao absolutismo do Estado.

Cumpre, assim, ao poder público gerir o equilíbrio entre direitos eventualmente conflitantes, mediante o exercício do poder de polícia, que é, por sua própria natureza, modalidade de competência discricionária.

Para que, no entanto, a prática do poder de polícia não se converta em denegação de direitos individuais, o sistema de direito público subordina os atos discricionários a um controle jurisdicional de legalidade, visando a obstar o abuso de poder do administrador.

O direito administrativo francês, na elaboração pretoriana do Conselho de Estado, criou, com esse objetivo, ainda no curso do século XIX, a figura do desvio de poder (*détournement de pouvoir*) como forma específica de ilegalidade administrativa.

O instituto bem identifica a violação da ordem jurídica a se evidenciar quando o administrador se desvia da finalidade da lei, para servir a um interesse de outra natureza.

No plano do Estado Liberal, o direito administrativo se caracterizou, dominantemente, como uma prestação unilateral do Estado, ainda que submetido ao pressuposto de legalidade. Salvo casos específicos em que a relação administrativa prevê a adesão da vontade do administrado (como na progressiva formação do regime dos contratos administrativos) a Administração Pública goza, como regra, de uma margem autoritária no sentido de sobrepor seus atos ao consentimento do administrado.

A evolução do direito público, especialmente a partir das duas guerras de âmbito mundial que marcam o século atual, veio a acrescer aos clássicos direitos individuais novas garantias e liberdades como categorias inovadoras de direitos humanos.

Aos chamados direitos públicos de primeira geração — a saber os direitos e liberdades individuais, consagrados nos modelos francês e norte-americano do término do século XVIII — as Constituições modernas aditaram novos direitos de destinação coletiva.

Quando a evidência de desigualdades entre pessoas fez realçar a inoperância no exercício de garantias individuais de direitos, uma segunda geração de direitos humanos consolidou o sistema de direitos econômicos e sociais, notadamente no âmbito das relações de trabalho, visando à proteção dos mais fracos.

E, a seguir, em nova etapa evolutiva do direito público, o reconhecimento da existência de relações comunitárias, carentes de especial proteção constitucional, institucionalizou uma terceira geração de direitos humanos, protegendo interesses difusos ou coletivos, atribuídos, indeterminadamente, a categorias sociais ou econômicas, desprotegidas de amparo individualizado.

Cuida-se não mais de amparar apenas o indivíduo, na garantia de sua clássica liberdade, ou ao cidadão, no acesso aos direitos políticos, mas de colocar sob o palio da lei e ao alcance de instrumentos processuais específicos, o consumidor, o usuário ou diretamente a comunidade agredida sem condições adequadas de fruição de bens e serviços.

E, já agora, na iminência de um novo século, as inovações tecnológicas e a abertura de novos canais de comunicação, colocam em pauta a expectativa de uma nova geração de direitos humanos que permita a garantia de segurança na vida comunitária e prestigie os princípios da solidariedade e da paz sob a ótica de uma ordem jurídica evoluída em busca de um novo ponto de equilíbrio.

A transição para o Estado pluriclasse — em que, como observa MASSIMO SEVERO GIANINI, os parlamentos passam a atrair a presença de todas as classes sociais interessadas — é um desafio para os fundamentos do Direito Administrativo, como forma de relacionamento entre a Administração Pública e os administrados.

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.

A participação política do cidadão se expressa na valorização do voto, no aperfeiçoamento dos partidos políticos e na iniciativa popular de projetos de lei.

A presença da empresa na ordem econômica e das instituições privadas na assistência e seguridade públicas marca espécies atuais de participação social.

Tendências semelhantes instituem, no plano administrativo, a participação do administrado, segundo parâmetros de Constituições recentes e de novos estatutos legais.

Constituições que (como a nossa) sucederam a regimes autoritários — a Constituição portuguesa de 1976, reformada em 1982 e 1989 e a Constituição espanhola de 1978 — refletem esta acolhida democrática da participação popular.

A Constituição portuguesa acentua, no art. 2º, entre seus objetivos, o aprimoramento da democracia participativa e situa entre as tarefas fundamentais do Estado "assegurar a participação democrática dos cidadãos na solução dos problemas nacionais" (art. 9º, alínea *c*).

Os direitos de participação política são assegurados em capítulo próprio (arts. 48 e seguintes), inclusive pela via do direito de petição e a ação popular (art. 51) e às comissões de trabalhadores e associações sindicais faculta-se participar na elaboração de leis do trabalho e planos econômico-sociais (art. 54, nº 5, alínea *d*; art. 56, nº 2).

Às associações de consumidores e às cooperativas de consumo é reconhecido o direito a serem ouvidas sobre questões que digam respeito à defesa dos consumidores (art. 60).

O Estado deve buscar o apoio popular aos programas de saúde, família, cultura, educação, habitação e meio ambiente e a participação de professores e alunos na gestão democrática das escolas é objeto de norma específica (art. 77).

Entre as incumbências prioritárias do Estado está a de assegurar a participação das organizações representativas de trabalhadores e das atividades econômicas no planejamento e execução da política econômica e social (art. 81, alínea *i*).

As experiências viáveis de autogestão devem ser estimuladas pelo Estado (art. 86, nº 3), e a participação efetiva dos trabalhadores na gestão de unidades de produção do setor público é assegurada no art. 90.

Representantes dos trabalhadores e das atividades econômicas devem integrar o Conselho Econômico e Social, que é órgão de consulta e planejamento estatal (art. 95).

A definição da política agrícola deverá ter a participação dos trabalhadores rurais e dos agricultores, por meio de suas organizações representativas (art. 101).

A participação direta e ativa dos cidadãos na vida política visa à consolidação do sistema democrático (art. 112), a ser exercida tanto pelo voto universal e direto como pelo mecanismo do referendo (art. 118).

O regime da Administração Pública é objeto de Título especial (Título IX). Sua estrutura enfatiza "a participação dos interessados na sua gestão efetiva, por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de re-presentação democrática" (art. 267, nº 1).

Aos cidadãos é garantido o direito de informação e de acesso a arquivos e registros administrativos e o direito de defesa (art. 268).

Em igual diretiva, a Constituição espanhola insere entre os deveres do Estado o de "facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural

e social" (art. 9º, nº 2) e assegura-lhes "o direito a participar dos assuntos públicos" (art. 23, nº 1).

A lei deverá regular a audiência dos cidadãos, diretamente ou por intermédio de associações reconhecidas (art. 105, alínea *a*), bem como a participação dos interessados na Seguridade Social e na atividade de órgãos públicos cuja função afete diretamente a qualidade de vida ou o bem-estar geral (art. 129) ou atendam à programação geral da educação (art. 27, nº 5). A participação livre e eficaz da juventude no desenvolvimento nacional deve ser promovida pelo poder público (art. 48).

A Constituição brasileira de 1988, dedicada a regular o Estado Democrático de Direito, caminha em semelhante diapasão.

Destaca, em seu Preâmbulo, os valores de uma sociedade pluralista, atribuindo ao povo o exercício do poder, diretamente ou pela representação política (art. 1º, parágrafo único).

Entre os direitos fundamentais arrola o acesso de todos à informação, especialmente à informação administrativa (art. 5º, nºs XIV e XXXIII), o direito de petição e de certidão em repartições públicas (nº XXXIV) e a garantia do devido processo legal na esfera administrativa (LV).

A participação popular está presente em normas explícitas, que marcam sua ênfase no sistema administrativo.

A formulação de política e de controle de ações na área de assistência social terá a participação popular (art. 204, nº II), à semelhança do setor de seguridade social (art. 194, nº VII).

De igual modo, a política agrícola deverá ser planejada e executada com participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como os setores de comercialização (art. 187).

Igual presença da comunidade está fixada entre as diretrizes do sistema de Saúde (art. 198, nº III), da Educação (art. 305) e da Cultura (art. 216, § 1º).

A defesa e preservação do meio ambiente é dever conjunto do Poder Público e da coletividade (art. 225).

Admite-se a participação de entidades não governamentais em programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente (art. 227, § 1º).

Em terras indígenas, o aproveitamento de recursos naturais deve ser regulado com audiência das comunidades afetadas, às quais cabe participação nos resultados da lavra de riquezas minerais (art. 231, § 3º).

No processo legislativo, a Constituição consagra o princípio da iniciativa de leis mediante projeto subscrito, no mínimo, por um por cento do eleitorado nacional (art. 61, § 2º), e, nas Comissões do Congresso e de suas Casas, prevê audiências públicas com entidades da sociedade civil (art. 58, § 2º, nº II).

Integram o Conselho da República, órgão superior de consulta do Presidente da República, como representantes da comunidade, seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos (art. 89, nº VII). A Ordem dos Advogados do Brasil participa da escolha de juízes de carreira, pela via do concurso público (art. 93, nº I).

As normas constitucionais, que regem a participação popular, não são necessariamente auto-executáveis.

As várias normas programáticas dependem da lei para abrigar modelos especiais e objetivos de real participação popular.

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, alterada pela Lei nº 8.242/91) dispõe sobre a articulação de ações de órgãos governamentais e não-governamentais que compõem o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANAA) e os Conselhos Tutelares Municipais.

As associações constituídas por particulares são legitimadas para a defesa dos interesses dos consumidores e integram o Sistema Nacional previsto no Código do Consumidor, provendo, em convenção coletiva, sobre relações de consumo (Código do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078, de 1990 e suas alterações).

A tutela ambiental, regulada em legislação própria, aproxima a exploração da propriedade privada das diretrizes fundamentais de proteção ao meio ambiente, em harmonia com o comando superior da Constituição.

Como adverte JOSÉ AFONSO DA SILVA (Direito Ambiental Constitucional — 2ª edição — 1995 — p. 206), a participação popular no procedimento de estudo ambiental é uma exigência da própria natureza dos bens de uso comum do povo, que formam o patrimônio ambiental. Daí o acesso do público aos registros de impacto ambiental, submetidos a audiência pública na elaboração dos respectivos projetos.

A lei subordina a prévia audiência pública à instauração de processo licitatório quando superam os limites nela estipulados (Lei nº 8.666/93, art. 39).

GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA, em ensaio que mereceu o Prêmio Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, outorgado pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, documentou o papel das audiências públicas no processo administrativo brasileiro, destacando suas virtualidades no Estado Democrático de Direito, como instrumento de legitimidade do poder.

O recente projeto de lei sobre processo administrativo, elaborado por comissão que nos coube presidir, atualmente em curso no Congresso Nacional, prevê a audiência pública como instrumento prévio à tomada de decisões administrativas relevantes (art. 32).

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em aprofundados estudos do tema da participação popular em decisões estatais (Direito da Participação Política-Legislativa-Administrativa-Judicial — Editora Renovar — 1992, e Transformações Juspolíticas do fim do século — Remodelagem do direito público — *in* Revista de Direito Administrativo Aplicado — edição Genesis — Curitiba — nº 10 — p. 665/s.) relaciona treze institutos de participação administrativa, desde a simples influência do administrado em resoluções do poder público até a vinculação de ato decisório (ob. cit. p. 125).

Também MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO se esmerou em caracterizar a atuação do particular no funcionamento da Administração Pública, sob variados títulos como as delegações de serviço público, ou a colaboração na gestão administrativa, aproximando o Estado e a sociedade (Participação popular na Administração Pública — *in* Revista de Direito Administrativo — vol. 191, p. 32).

O controle popular da Administração Pública constitui veículo de direta proteção dos princípios fundamentais de legalidade e se exprime, de modo concreto, mediante legitimidade processual atribuída a qualquer cidadão para propor ação popular desti-

nada a anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural (Constituição, art. 5º, LXXIII).

Igualmente, prevê a Carta Magna a legitimação de entidade de classe ou associação privada, em defesa de seus membros ou associados, para propor mandado de segurança coletivo em oposição a ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXIX).

Outra perspectiva começa a se projetar, na solução de conflitos de interesse entre o Estado e o particular na possibilidade de admissão da arbitragem como solução consensual de composição patrimonial em contratos administrativos.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO acaba de dedicar ao tema amplo estudo a ser publicado em número próximo da Revista de Direito Administrativo.

A moderna tendência do direito público marca, pela modalidade acima exposta de novos institutos jurídicos, a transição do Direito Administrativo que, absorvendo a ação participativa dos administrados, valoriza o princípio da cidadania e coloca o indivíduo e a empresa em presença da Administração Pública, como colaboradores privilegiados para a consecução do interesse público.

As aberturas do direito constitucional ainda não alcançam a plenitude da regulação legal, e menos ainda a acolhida na burocracia tradicional, voltada para si mesma e mais atenta ao comando imediato da hierarquia do que aos avanços da Constituição. Contudo, são meios dinâmicos de alcançar a plenitude democrática.

De outra parte, ao lado da participação popular acolhida na lei, assistimos, em tempos presentes, às formas espontâneas ou dirigidas, de participação popular à margem da lei, em explosões de carência coletiva dos sem-terra e dos sem-teto.

É o desafio das ruas a reclamar a atenção dos gabinetes na agitada consagração de demandas sociais em busca de um novo patamar da sociedade distributiva, que, afirmando o império da lei, não desconheça o senso de justiça.

O amanhã certamente será mais justo e equânime conciliando, em termos estáveis, os dois valores inscritos na legenda da nossa bandeira: Ordem com Progresso.