INSTRUMENTOS DE DEFESA DO ADMINISTRADO

SÉRGIO FERRAZ *

1. Direito administrativo. 2. Instrumentos ortodoxos. 3. Instrumentos inortodoxos. 4. Fechamento conceitual.

Tomo, como ponto de partida das considerações que vou fazer sobre essa temática, a definição proposta por Gordillo para direito administrativo, que me parece de pura poesia e técnica do direito administrativo. Relembro que aquele notável mestre afirma o que todos afirmam, ou seja, que o *direito administrativo é um conjunto de princípios e normas que contemplam a estruturação do aparato administrativo, o seu funcionamento, a integração dos seus segmentos componentes, tudo tendo em vista o desempenho da função administrativa.* Mas logo depois adita Gordillo: "e os instrumentos de defesa do administrado contra a administração pública." Isto é absolutamente invulgar, incomum, inédito. Integra ele, portanto, ao contexto do que seja direito administrativo, o conjunto de instrumentos, judiciais ou não, postos à disposição do administrado em face da atividade administrativa.

Um tipo de colocação dessa ordem, de pronto, despertaria uma configuração que, a qualquer de nós, seguramente acudiria. Agostín Gordillo vive num país de tradição política nem sempre extremamente aproximada aos ideais democráticos (como nós também) e então, em razão desse tipo de preocupação marcadamente ideológica (seríamos nós tentados a assim entender o pensamento do mestre), natural que se preocupasse em transpor para o próprio bojo do conceito de direito administrativo, como parte intrínseca, toda uma arquitetura e fisiologia dos instrumentos de defesa do administrado perante a administração pública.

* Advogado no Rio de Janeiro.

Mas o que lhes pretendo mostrar, fazendo rápida passagem sobre quais sejam esses instrumentos, é, no fecho das minhas considerações breves, que, na verdade, essa postura não é ideológica. É técnica e, como em toda postura técnica, há, necessariamente, inspiração ideológica, mas ela se afirma tecnicamente, traduz-se tecnicamente, implementa-se tecnicamente e tem objetivos que podem ser tecnicamente compreendidos e abordados. Até porque, cientificamente ao menos, administração e administrado não são adversários.

Diria que os instrumentos de defesa do administrado perante a administração pública merecem duas grandes categorizações.

De um lado, temos aquilo que chamarei os *instrumentos ortodoxos* de defesa do administrado perante a administração pública. A esses instrumentos ortodoxos ainda vou agregar duas qualificações. Existem instrumentos ortodoxos de natureza administrativa e alguns outros tantos de natureza jurisdicional. Aqueles, a que denominarei de natureza administrativa, têm todo o seu desenrolar proposto, decidido e definido perante este conjunto de órgãos que compõem a idéia de administração pública; ao passo que os de natureza jurisdicional são invocados perante o poder estatal próprio e decididos no desempenho de uma função estatal, também da maior importância, que é a função jurisdicional.

Quanto aos instrumentos administrativos, diviso a existência no país de alguns de há longo tempo consignados, mas funcionando muito mais como rótulos ou, até mesmo, como princípios, ou ainda, como ideais, do que efetivas realidades: o direito de petição e o processo administrativo. Este último, deixo para uma segunda visão, na medida em que o processo administrativo não aparece indicado expressa e textualmente no texto constitucional e, por outro lado, também porque o processo administrativo, além de ser instrumento em si, funciona também como instrumento de outros arcabouços de tutela, como, por exemplo, do próprio direito de petição (ou seja, o exercício do direito de petição se desenrola através de um conjunto de atos, de uma série de atos encadeados visando a determinado resultado, a determinado fim: isso se chama processo administrativo). Mas o processo administrativo em si, pelas razões que tentarei apontar em seguida, também deveria ser um excelso instrumento de defesa do administrado contra a administração pública e contra os administradores em geral.

O direito de petição vai buscar suas origens mais remotas, como sabemos, no século XIII, na Inglaterra, e se enriquece, no curso do tempo, nos países de tradição anglo-saxônica, nos quais, realmente, consegue ostentar importância vital. Esse direito de petição se traduz, como etimologicamente se indica, na possibilidade de o administrado pleitear, da administração pública, determinada prestação, ato ou abstenção, que tenha de ver com o embasamento

jurídico que existia para a sua pretensão. Esse direito também se exerce através de outro mecanismo, no direito constitucional brasileiro apontado como instrumento autônomo — o direito de representação — que mais não é senão, na verdade, uma via para a petição do administrado ou para a atividade *ex-officio* do próprio administrador.

O direito de petição, tal como posto no Brasil, em linha generosa, clara, ampla e tradicionalmente acolhida no texto constitucional, constitui entretanto dolorosa frustração, na prática. Em grande parte, isso decorre da ausência de tradição de um efetivo, real e honesto processo administrativo no direito brasileiro. Não é que falte regência ao processo administrativo. A apresentação de qualquer formulação perante a administração pública encontra, sempre e sempre, todo um conjunto ou de normas ou de costumes, que levam à realização da atividade administrativa, a partir daí deflagrada, mediante documentação, que se faz em autos, os quais se estruturam através de caminhos e vias muito assemelhados àqueles que existem no campo do Poder Judiciário. Em contrapartida a esses, contudo, aqui o que se vai encontrar é, realmente, a quase generalizada convicção de que, ao processo administrativo, não se aplicam as garantias constitucionais, que são reconhecidas, inequivocamente, relativamente ao processo judicial. Esta barbaridade, que não encontra amparo ou apoio em qualquer prescrição constitucional e em qualquer autor sério, merece detida e efetiva atenção por parte de todos nós, porém, muito mais do que isso, merece denúncia, e sobretudo, um esforço de construção, doutrinária e legislativa, a que estamos todos nós desafiados.

O direito de ampla defesa é *textualmente posto*, relativamente à defesa criminal, no documento constitucional. O *direito do contraditório* decorre de todo um arcabouço de princípios, que comparece initidamente no artigo 153 do texto básico, mas sempre se admite que isso se faz com uma incidência específica para o processo judicial. Para o processo administrativo existe convicção — que tenho certeza todos já encontraram algum dia na sua vida, no contato com o burocrata — de que se trata de simples e pura propriedade da administração pública. Somente em anos que se pode dizer recentes se concedeu vista, ao advogado, de autos administrativos. Se foi necessária lei que expressamente assim o dispusesse é porque existia forte certeza de que tais autos não eram acessíveis ao público, ao administrado. Existiam para documentação interna da própria administração, que neles lançava e deles tirava o que queria, que dava traços de confidencialidade ao que bem entendesse, que revelava aquilo que julgasse oportuno e conveniente e que, também, por isso mesmo, poderia ser objeto, pura e simplesmente, de qualquer ato de subtração ou de sepultamento *ad perpetuam rei memoriam*. Isso porque se negava — e continua-se em grande parte a se negar ainda — ao processo

administrativo a incidência necessária de todas as garantias constitucionais, que poderiam ser simplesmente resolvidas em três fundamentais formulações: *o direito à ampla defesa, o direito ao contraditório e à publicidade do processo.*

Aí estão, a meu ver, o que me parecem ser os três dados marcantes, aos quais poderíamos aditar vários outros, que comparecem, também, na teoria do processo, e aqui merecem albergue: a celeridade, a necessidade de decisão oportuna, a possibilidade de carrear elementos de convicção, a própria fiscalização do administrado (que é parte interessada no desempenho da atividade administrativa que se desenrola no processo). Mas *o direito de defesa, o direito do contraditório e a ampla publicidade* são, realmente, as pedras fundamentais sobre as quais se assenta um processo administrativo autêntico, verdadeiro, real e efetivamente garantidor das liberdades e direitos individuais.

Não só não vejo, no texto constitucional, regra alguma ou inspiração principiológica alguma, que diga que tais garantias não se aplicam ao processo administrativo, como, mais do que isso, diviso no próprio texto constitucional a certeza de que essas garantias se aplicam ao processo administrativo. Não esquecer que, no último parágrafo do art. 153 mencionado, se afirma que a enunciação dos princípios e das garantias, ali contidos, não tem caráter exaustivo, não impede, nem inibe, a incidência de outros princípios. Vários deles são tão comuns que nenhum de nós se nega admitir a sua existência no direito brasileiro, conquanto não diretamente expressos no precitado art. 153. Vou lembrar só um, que é a garantia do devido processo legal.

O *due process of law*, quando aparece na teoria e na prática anglo-saxônicas, não surge só em razão das formulações perante o juiz; concretiza-se igualmente para os pleitos perante o administrador. Somente na sua elaboração mais tardia é que aparece transmudado como pedra de toque para o Poder Judiciário, mas a idéia do devido processo legal, exatamente como um compósito de formulações de princípios, que estão necessariamente influenciados por três linhas principiológicas que assinalei antes, nasceu tendo em vista particularmente a pretensão e a petição do administrado perante a própria administração pública. Ora, se admitimos o *due process of law* (como admitimos) como garantia constitucional implícita, não temos razão alguma de natureza histórica, filosófica, principiológica, sistemática ou do que quer que seja, que justifique sua não-aplicação também ao processo administrativo.

Estou mais a proclamar que, se assim não fizermos, continuaremos a ter administradores relapsos, administrados não-conscientes dos seus direitos e um contexto conflitivo permanente entre a administração pública e o administrado, o que favorecerá, extremamente, a perpetuação dos arcabouços e arquétipos das estruturas autoritárias, que têm a ver com a própria história deste país, desde a sua colonização.

É, na verdade, através da criação de canais de confronto (mas de confronto regrado), de contestação (mas de contestação dualizada), de apresentação de litígios e de regras do jogo postas para dirimir esses litígios — isso se faz perante a administração pública exatamente através do processo administrativo — que poderemos construir uma nova ordem e um novo dia para o desempenho da administração pública brasileira, daqui para a frente.

Por tudo isso, é imperioso que elaboremos, generosamente, a teoria do processo administrativo no Brasil, como pressuposto da existência de uma atividade administrativa transparente, onde seja possível, na verdade, detectar, com nitidez, as linhas de atuação do administrador, os seus desvios e a incidência dos possíveis remédios corretivos a esses desvios.

Os instrumentos administrativos clássicos — processo administrativo, direito de petição, direito de representação — de longe não esgotam a panóplia de instrumentos de que o administrado se deve servir.

Ao lado deles, sobretudo à vista de nossa cultura política e jurídica, é imprescindível a existência de instrumentos judiciais.

Não vou abordar toda a série imensa de meios e modos de provocar a atuação jurisdicional, postos à disposição do administrado. Mas não teria sentido também que se omitisse a existência de quatro instrumentos específicos e se fizesse sobre eles ainda que breve meditação.

Em primeiro lugar — e isso vai por precedência histórica — eu me refiro ao *habeas-corpus,* o direito supremo de garantia judicial à liberdade de locomoção, também com origens remontando ao mesmo país, à mesma época, que viu nascer o direito de petição. O *habeas-corpus* constitui — tão excelso ele é — em momentos da história brasileira remédio fundamental não só para a proteção de liberdade de locomoção, mas, até mesmo, para a proteção de direitos outros, que, através de extraordinariamente bem elaboradas construções de diversos autores, acabaram por incidir na sua esfera de tutela: a teoria brasileira do *habeas-corpus,* elaborada por Rui Barbosa, em razão da qual direitos de natureza nitidamente pessoal obtiveram tutela através deste instrumento processual, se revelou, inclusive, historicamente antecipadora do mandado de segurança, porque foi através desse uso inortodoxo que se chegou à consciência, à certeza da necessidade desse outro segundo instrumento. E a criatividade de Rui é tanto mais excelsa, porquanto já existia, na época, ação específica, que tinha por fito exatamente o desfazimento dos atos administrativos arbitrários e a responsabilização dos administradores.

Sobre o mandado de segurança, detenho-me um pouco, com ponderação de alerta: o mandado de segurança é remédio que se marca de maneira nítida e óbvia, por um traço de generosidade. Existe generosamente. Busca exatamente garantir generosamente certos direitos essenciais, sem os quais a sobrevivência com dignidade é impossível. Se esta é a linha fundamental, há, en-

tretanto, uma série de construções doutrinárias e jurisprudenciais que restringem essa generosidade e que, por isso mesmo, não merecem apoio.

A concepção do que seja o ato coator há de ser necessariamente alargada. Mais ainda! A idéia de autoridade coatora está a exigir uma ruptura completa das molduras. O conceito de direito líquido e certo precisa ter liquidez e certeza no contorno, exatamente para abranger uma série ilíquida e indeterminada de hipóteses, ter incidência cada vez mais ampla e mais genérica em face de toda uma série de atividades autoritárias deflagradas pela administração pública. Sobretudo, é imprescindível que tenhamos em mente ser o mandado de segurança remédio específico voltado para uma tutela concreta, qual seja, a do desfazimento da atividade abusiva ou a coerção a agir, quando se omite a administração pública. Ou seja, através do mandado de segurança, não busca a parte sucedâneo, reparação subsidiária, mas a atividade da administração pública ou sua abstenção, e só assim se justifica a existência do mandado de segurança.

Por isso mesmo, dentro desse contexto de idéias, toda uma série de arcabouços autoritários, que acabaram sendo inseridos no mandado de segurança, merece um repensar imediato e profundo: a possibilidade de cassação discricionária de liminar; a suspensão da liminar pelo presidente do Tribunal, que vai conhecer a final do recurso; a existência de prazo para a vigência da liminar. Todas essas idéias significam, na verdade, frustrações ou inibições à garantia individual, consagradas pelo mandado de segurança, sem limites e sem barreiras.

Também como instrumento judicial, merece referência a ação popular. Faço aqui a mesma invocação relativa ao mandado de segurança: é imprescindível que os conceitos condicionantes e pressupostos do exercício da ação popular sejam entendidos com a maior largueza e com a maior generosidade. A idéia de lesividade, de legitimidade, precisa ser explodida, para que se possa atingir o ato lesivo, e eventualmente legítimo, ou o ato ilegítimo não-lesivo, através da ação popular. Isso tudo sem prejuízo da própria idéia de patrimônio público a ser tutelado.

O quarto remédio judicial a citar é o da ação especial de responsabilização, para reparação dos danos ecológicos, ao patrimônio artístico, histórico, estético e aos interesses dos consumidores. Essa lei, de n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, tem, dentre várias outras novidades interessantes, três às quais devo dar especial destaque. A primeira delas é a consagração de antiga luta, de todos os juristas comprometidos com os ideais de liberdade, quando estudavam os instrumentos precedentes, a que me referi; é uma lei que consagra o mecanismo das *legitimações extraordinárias,* da *substituição processual,* criando, inclusive, substituição processual em dois graus: ao mesmo tempo em que admite a deflagração da ação por parte de associações, que tenham dentre

as suas finalidades estatutárias a tutela dos interesses difusos (portanto, *legitimação extraordinária, substituição processual*), cabe ao Ministério Público levar a ação até o fim, se a associação autora desistir.

Então, trata-se de legitimação, que surge subsidiariamente, extraordinariamente, numa linha de encadeamento de substituições, que é de extrema importância para a tutela do indivíduo perante as atividades da administração pública.

Mas além de essa lei criar legitimações extraordinárias, ainda consagra duas outras regras, que me parecem importantíssimas, inteiramente afinadas com o propósito, que é evidenciado nesse primeiro preceito: em primeiro lugar, cria a determinação para o Ministério Público de iniciar a instância de execução, se a associação ou o cidadão vencedor não o tiver feito, nos 60 dias seguintes ao trânsito em julgado da decisão exeqüenda.

Por último, outra terceira regra, também de extrema importância: a possibilidade que se dá ao juiz, e só ao juiz, de, em avaliando os interesses em jogo, em face da interposição de um recurso, dar, ou não, efeito suspensivo a ele. Veja bem: esse juiz só *estará agindo dentro do contexto dessa lei, se der (ou não der) esse efeito suspensivo, tendo em vista o dado de saber se seu ato vai significar (ou não) um veio de tutela aos interesses postos na ação.* Não é, de sorte alguma — permitam-me aqui tangenciar tema polêmico, explosivo, ao qual voltarei —, em face disso, *detentor de discricionariedade.* Não é ! Faz ele avaliação técnica, qual seja a de saber se o recurso interposto, com efeito suspensivo, prejudica (ou não) — e esta é uma consideração de ordem técnica em face de dados objetivos da causa — o valor que é posto em confronto naquela ação. E, em razão desse juízo de valor, que é um juízo balizado, terá de saber, na verdade, se é hipótese (ou não) de concessão de efeito suspensivo àquele recurso interposto.

Esta é uma ação de extraordinária riqueza, que, creio eu, sofrerá, em anos próximos, construção doutrinária e jurisprudencial de grande repercussão, de grande alcance e, seguramente, abrirá caminhos notáveis para que exista, realmente, um complexo de garantias para o administrado perante a administração pública.

Deixando de lado os instrumentos que existem, os instrumentos ortodoxos, os instrumentos postos, ingresso agora na segunda parte desta exposição, quando pretendo abordar os demais *instrumentos cogitáveis.* Esses têm de ver com aquilo que denominaria *desmantelamento do aparato autoritário da administração pública brasileira e do direito administrativo brasileiro.*

É preciso que digamos isto sem qualquer vergonha: a administração pública brasileira é autoritária por várias razões, e entre elas, porque o próprio direito administrativo brasileiro foi autoritário e ajudou a administração pública brasileira a ser autoritária, com uma generosa injeção de justificação doutrinária, isso tudo prestigiado também por uma copiosa elaboração jurisprudencial.

Em razão de tudo isso, a administração pública brasileira sempre se sentiu muito animada em ser autoritária, porque as cabeças pensantes e os julgadores deste país também eram autoritários, quando dissertavam sobre o direito administrativo.

Nós todos somos responsáveis por deformações conceituais. Neste país criou-se estrutura de fascinante rigor técnico, de extraordinário brilho filosófico e que jogou com dois ou três conceitos fundamentais, de maneira que pareceu ser sempre revolucionária, mas que foi profundamente reacionária. E vou citar somente três exemplos (vou ficar somente nesses três, porque já são suficientemente explosivos): criou-se aqui uma teoria da discricionariedade, que é de arrepiar. A teoria brasileira da discricionariedade serve para todos os gostos. A idéia de que existe para o administrador — e para os juízes, em determinadas hipóteses — em face de *n* possibilidades, a possibilidade de, irrestritamente, adotar qualquer delas, obteve foros de veracidade, quando, na verdade, não é veraz em hipótese alguma. A administração pública tem, dentre as suas várias linhas principiológicas e balizadoras, o *dever de bem administrar,* que não se satisfaz com uma simples boa administração: é o *dever da melhor administração.* Em face de quatro ou cinco hipóteses boas, *há uma que é melhor sempre e essa uma é a única que pode ser adotada,* seja pelo administrador, seja pelo juiz. E se essa é a única que pode ser adotada, o juiz tem mais que o poder, tem o dever de desfazer a decisão, quando a única não tiver sido a escolhida, ainda que tenha sido escolhida uma boa, ainda que ele não possa ditar, em razão das limitações da função jurisdicional que exerce, qual a melhor para que seja seguida. Mas tem o poder constitucional de desfazer aquela que não é a melhor.

Há hipóteses em que a própria língua coloca limitações extraordinárias, para que o administrador ou juiz saiba qual a melhor. Mas isto não serve para nos inibir de proclamar verdade conceitual fundamental, qual seja a de que o que se chama de *discricionariedade mais não é, senão, insuficiência intelectual, incapacidade de dirimir semântica ou estruturalmente qual o dever que cada um de nós tem,* em determinada conjuntura. A discricionariedade é uma grande falácia, uma grande mentira e é preciso que se entenda isso com absoluta abertura, para que se possa chegar ao desmonte dessas deformações conceituais, que se foram acumulando pelos tempos afora.

De braços dados com ela vai também o problema da motivação da atividade administrativa. Temos aí, de novo, outro problema sério. Afirma-se, também de maneira mais ou menos irrestrita, que a administração pública, a não ser quando expressamente a tanto comandada, não é obrigada a motivar as suas decisões. Não deve motivar nos atos chamados vinculativos ou vinculados, porque o padrão legal está estabelecido; não é obrigada também nos atos discricionários, porque é livre para escolher o que quiser. Então, só é obrigada

realmente a motivar, quando determinada e expressa norma legal comande tal motivação.

Ora, sobretudo num sistema jurídico como o nosso, que admite e proclama a existência e a correção do abuso do direito e do desvio de direito, do abuso de poder e do desvio de poder, como chegar-se-á a surpreender abuso e desvio, não admitindo a preexistência do dever de motivar o ato administrativo? Não vou, de sorte alguma, ao extremo de dizer que a administração pública nada decidirá sem motivar, mas vou sim ao extremo de dizer que se no motivar, e a tanto for reptada, ou solicitada pelo administrado, está obrigada a fazê-lo, não podendo se escusar pela consideração de que se trata de atividade discricionária.

Há dever de motivar e esse dever de motivar, freqüentemente negado pela doutrina brasileira, a não ser nas hipóteses em que é expressamente cominado, constitui também um poderoso reforço de natureza ideológica a um arcabouço jurídico, que ajudou produzir essa deformação conceitual, essa terrível estruturação autoritária e arbitrária, que hoje temos de ajudar a desmantelar.

A terceira e última linha que lembrarei, ainda como sendo daquelas de deformações conceituais, que têm de ser desfeitas, tem a ver com o problema do mérito do ato administrativo. Vejam como estou a falar de assuntos, que transitam dentro do mesmo cadinho. O problema do mérito do ato administrativo, tangenciando o problema da discricionariedade, está necessariamente tocando o da motivação e tem como resultante final formulação fundamental, de que o mérito da atividade administrativa não é controlável, o Poder Judiciário não pode adentrar o mérito do ato administrativo. Cinge-se a exame formal, nos dados que são os balizadores do exercício da função administrativa, e o problema de mérito passa a ser problema subjetivo de avaliação, em relação ao qual o administrador, vinculativamente em certas hipóteses, discricionariamente em outras, é soberano para agir como bem entender.

Por aí não saímos. Por aí ficaremos, sempre e sempre, num esquema jurídico que nunca levar à existência de instrumentos de participação e defesa do administrado perante o administrador. Por que o mérito do ato administrativo não é controlado? Ele deve ser controlado exatamente em razão do dever de bem administrar. O dever de bem administrar impõe ao administrador uma série de condutas, que podem ser muito simplesmente detectadas, nas hipóteses das determinações vinculativas; e muito complicadamente, às vezes, nas hipóteses das chamadas atividades discricionárias. Ora, a avaliação do mérito também é imprescindível para que cheguemos a detectar se há desvio de poder ou não, se há abuso de poder ou não. Um sistema jurídico que configura, tipifica e categoriza as idéias de desvio e de abuso de poder e lhes dá o corretivo adequado não se vai negar a admitir a avaliação do mérito da atividade administrativa. Há incongruência evidente entre essas duas formu-

lações, tal como postas, habitualmente, na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

Ao lado do desmantelamento conceitual, também desejo referir aqui a imprescindibilidade da idéia de participação do administrado na gestão da coisa pública. E quando estou a falar em gestão, não me estou atendo, única e exclusivamente, à chamada função administrativa, não estou tendo em vista tão apenas a atividade administrativa. O que propugno é a participação do administrado em todas as facetas da atividade pública, ou seja, a participação na administração, participação no Legislativo, participação no Judiciário. Participação na administração a mais ampla possível, participação real, participação efetiva, desde a formulação da vontade administrativa à sua concretização, ao seu desenrolar, ao seu acabamento e à fiscalização da sua execução. Então, uma atividade concertada entre administrado e administrador. Isto, que soa ainda um tanto ou quanto novo no direito brasileiro, já constitui objeto de regulação exaustiva no direito positivo de vários outros países. A participação em si, consagrada, não é remédio que resolva tudo, até porque, como fenômeno também e sobretudo cultural que é, só existe efetivamente quando existe consciência efetiva do cidadão de que aquilo é bom para si mesmo e para a coletividade. Somente a partir daí a participação se justifica, não se transforma em simples cooptação, que acaba sendo legitimadora do exercício autoritário de poder; pois bem, a participação administrativa, com essas características de uma tomada de consciência do cidadão, é efetivamente um dos instrumentos mais excelsos de defesa do administrado. E vejam aí a importância do regramento e da inspiração principiológica do processo administrativo, tal como coloquei no início, reaparecendo agora. Essa participação só se corporifica e se cristaliza em atos que se documentam no processo administrativo. Como admitir um processo administrativo participativo, sem aquelas garantias constitucionais, que se reconhecem ao processo judicial, sem publicidade, sem contraditório, sem direito de defesa, sem amplos debates das posições postas?

Mas, também, creio ser imprescindível que o cidadão, ou suas entidades representativas, colabore na função legislativa, através dos vários instrumentos conhecidos: a iniciativa popular ou seja, possibilitar a certo número de cidadãos que firmem determinada petição, dando início ao processo legislativo, o referendo popular para certas categorias de leis etc. Isso é tanto mais necessário quanto se sabe que se repele, entre nós, a idéia do mandato imperativo (que, entretanto, mereceria ser considerada).

Pois bem, é imprescindível que, na futura Constituição brasileira, tais instrumentos viabilizadores do anseio da população, em participar na elaboração do seu arcabouço legislativo, encontrem sua plena realização.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

Como último dado nesse capítulo da participação, quero afirmar que, ainda sem um acabamento pleno de minha meditação, sou partidário de uma participação popular no Poder Judiciário, através do estabelecimento de ao menos alguns segmentos eletivos, na magistratura brasileira.

A magistratura condicionada ao exercício eficiente, ao exercício com probidade, ao exercício com assiduidade e com afinco — e isso controlado através de mandatos temporários — é alguma coisa que acho que merece ser estudada.

Aviso como ideal a ser alcançado o de que o magistrado seja estimado pelos jurisdicionados e legitime sua atuação com o conteúdo da representatividade. Nenhuma das objeções, a tanto levantadas, me comove. Assim:

a) o risco de escolhas tecnicamente ineptas — de fácil remoção, com a criação, em lei, de requisitos adequados de elegibilidade;

b) o risco de escolhas partidariamente influenciadas — de fácil remoção, bastando que se diga que a eleição será não-partidária;

c) o risco de escolhas economicamente influenciadas — tal risco também comparece para todas as demais eleições. Invocá-las tão apenas relativamente aos juízes evidencia o caráter sacralizante e elitista com que ainda se encara a magistratura. Por que só aqui se prefere afastar as eleições, em vez de enfrentar os riscos? De toda sorte, sistemas eleitorais adequados (como, por exemplo, o do voto distrital) podem ao menos atenuar a ameaça;

d) o da ausência de bagagem cultural, entre nós.

Ainda aqui há equívoco enorme. De um lado porque tivemos, no Império e no início da República, a exitosa experiência dos juizados de paz eletivos. Por outro lado, porque a admissão, pura e simples, dessa objeção engendra um círculo vicioso auto-alimentador, que a nada conduz.

Cabe não olvidar: administrar, legislar e judicar são diferentes visões de um mesmo fenômeno — governar. Por que, então, atribuir visão altamente excludente a apenas uma das facetas de tal questão?

Aproximando-me do final desta comunicação, quero agora referir a técnica das legitimações extraordinárias. Essa técnica é a maneira de dissolver a possibilidade de o administrador inibir ou frustrar o exercício do instrumento de participação popular. Através da legitimação extraordinária concedida a associações, entidades, sindicatos, à Ordem dos Advogados, aos Institutos dos Advogados, etc. — nenhum desses caminhos é excludente dos outros — fortalece-se a participação popular. Propugno, aliás, pela existência concomitante de todos eles. Digo-lhes com franqueza: sou absolutamente contrário a que o Ministério Público seja o único tutor dos interesses da sociedade. Em

primeiro lugar, porque não creio que exista um órgão capaz de sozinho fazer isso, numa sociedade tão complexa como a brasileira e tão diferenciada, espacialmente. Em segundo lugar, não creio porque o Ministério Público tem certas injunções de atuação, das quais se precisa libertar, das quais ainda talvez se venha a libertar em futuro breve, quem sabe, mas das quais ainda não se libertou e que, conseqüentemente, o manietam de alguma forma. Em terceiro lugar, porque não é bom que se tenha sempre um tutor, um pai todo-poderoso a cuidar dos nossos interesses. A partir de um certo momento na vida, a criança tem de crescer e cuidar de si própria. É imprescindível que o cidadão, seja ele por si mesmo, seja ele através da entidade de iguais dele, tenha legitimação, possa realmente levar a administração pública ao confronto jurisdicional.

Tendo assim feito um rápido passeio sobre os instrumentos de defesa do administrado perante a administração, ao cabo e como fechamento retomo o conceito que relembrei de Gordillo, para direito administrativo. E agora lhes digo: aquele não é um conceito ideológico. Aquele é um conceito absolutamente técnico. A atividade administrativa não é um fenômeno que se exerça pelo administrador, para os interesses da administração pública. A administração pública, a função administrativa, toda ela só se justifica e só existe voltada para a realização das potencialidades e para as felicidades gerais da coletividade; e, se o administrado também é sujeito da relação de administração pública, é indiscutível que os instrumentos de sua defesa, quando se verifica violado, atingido ou alcançado nessa relação, integrem semanticamente o próprio conceito de direito administrativo. Não há direito administrativo sem instrumentos de defesa do administrado perante a administração pública e, por isso, é inaceitável qualquer conceito de direito administrativo que não consagre, na sua dicção expressa, também a existência das normas e princípios de tutela do administrado perante a atividade da administração pública.

Como encerramento, portanto, o que lhes pretendo propor, dentro dessa linha de reconstrução não-autoritária, de desmantelamento das vertentes ideológicas autoritárias da administração pública e do direito administrativo brasileiro, é a colocação de um tijolo, e esse primeiro tijolo deve traduzir o entendimento de que os instrumentos de defesa, amplos e efetivos, constituem parte conceitual do direito administrativo e, como parte conceitual do direito administrativo, são absolutamente, generosamente, postos à nossa disposição, não podendo ser manietados por interpretações cerebrinas da administração pública, dos juízes ou de nós, que fazemos a doutrina do direito administrativo.