Da dogmática autoritária à administração pública democrática*
From authoritarian dogmatic to democratic public administration

*Luís Henrique Baeta Funghi***

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo apresentar e discutir a crise paradigmática por que passa o direito administrativo, explicitando-se os atuais questionamentos e heterodoxias a respeito da perspectiva autoritária e unilateral da atividade administrativa, representada por uma administração pública que reduz a esfera pública a si própria, anulando as possibilidades de participação da sociedade no sistema administrativo. Partindo de tal constatação, a administração pública será analisada nos paradigmas do direito, atentando-se para a necessidade de se redefinir os princípios e premissas da atividade administrativa rumo à cidadania, a uma efetiva participação democrática dos cidadãos na conformação e consecução do interesse público. Demonstrar-se-á a necessidade de se refletir sobre os instrumentos da esfera pública na atividade administrativa, garantindo-se, assim, um grau mais elevado de consensualidade e legitimação na atuação da administração pública.

* Artigo recebido em abril de 2011 e aprovado em abril de 2011.
** Bacharel em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestrando em direito pela Universidade de Brasília (UnB). Advogado do escritório Aroeira Salles Advogados.

PALAVRAS-CHAVE

Direito administrativo — participação — democracia — cidadania

ABSTRACT

The present study aims to present and discuss the paradigmatic crisis that permeates administrative law and intends to highlight the current questions and heterodoxies about the authoritarian and unilateral perspective of the administrative activity, which is represented by a public administration that reduces the public sphere to itself through the annulment of society's possibility to participate in the administrative system. From this statement, public administration will be analyzed according to the paradigms of law, taking into account the need to redefine the principles and assumptions of the administrative activity towards citizenship and a more effective and democratic participation of citizens in the conformation and achievement of public interest. The need to rethink the instruments of the public sphere in the administrative activity will be demonstrated in order to ensure a greater level of consensus and legitimacy in the performance of public administration.

KEY-WORDS

Administrative law — participation — democracy — citizenship

1. O direito administrativo em mutação

Consta como história oficial que o direito administrativo teria surgido na França, especificamente "cria" da Revolução Francesa, momento no qual se estabeleceram disposições que passaram a subjugar ao direito a conduta soberana do Estado em suas relações com os indivíduos.[1] Adota-se tal período

[1] Esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro que "[...] a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se — já na fase do Estado Moderno — o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2).

histórico como marco a partir do qual o poder estatal passa a se subordinar à lei, mediante o estabelecimento de um correlato estatuto de direitos individuais que vinculam diretamente a administração pública e sua atuação. Leva-se a cabo a submissão do poder ao direito por meio da lei, a qual, além de preconizar uma igualdade formal, estabelece toda a organização do Estado.[2]

Contudo, essa visão garantística da gênese do direito administrativo vem sofrendo duras críticas,[3] visto que a juridicização embrionária da administração pública não logrou subordiná-la ao direito, mas sim teve por escopo servir de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos demais Poderes e dos próprios administrados, não vistos como cidadãos dotados de direitos perante o Estado.

Assim, o direito administrativo, em seu nascedouro, diversamente do preconizado pela grande maioria da doutrina administrativista, não possui um propósito garantístico, especialmente quanto aos "administrados", consubstanciando-se, em verdade, em um direito a favor da administração pública, que estabelece categorias básicas em privilégio desta na regulação das relações jurídico-administrativas, formando-se um direito que respalda a atuação autoritária do poder público.[4]

Apesar da origem autoritária, verificou-se um processo de transformação do "direito da administração" em direito administrativo, no qual se operou a exclusão paulatina de privilégios especiais arrogados à administração pública para tornar o direito administrativo um direito regulador das relações jurídico-administrativas.[5]

Não obstante, ainda assim, persistem diversas categorias que reafirmam a autoridade da ação administrativa, tais como as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, considerável insindicabilidade dos aspectos discricionários dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, o regime estatutário

---

[2] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 39.

[3] Para uma crítica à origem protetiva do direito administrativo, cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 9-22.

[4] Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto expõe que a origem e a evolução da administração pública explicam a razão de o direito administrativo ter se tornado o ramo mais conservador do Estado, sempre o mais impérvio a modificações, o que mais se beneficiou com o período de hipertrofia estatal, e porque veio a ser justamente aquele em que as conquistas liberais foram mais demorada e penosamente absorvidas (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 11).

[5] SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 37.

dos servidores públicos, a noção do poder de polícia, entre outros, o que possibilita que ainda sejam diagnosticadas necessidades de mudanças no direito administrativo, especialmente para adequá-lo às premissas do estado democrático de direito.

Novas tentativas de fundamentação do direito administrativo são colhidas na doutrina administrativista contemporânea, a qual, dependendo do referencial teórico, busca transpor a mera vinculação positiva à legalidade estrita pela dignidade da pessoa humana, princípios jurídicos, direitos e garantias fundamentais,[6] democracia procedimental,[7] consensualidade,[8] 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.[9] O direito administrativo vem saindo de seu "enclausuramento",[10] 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".[11]

Como bem destacado por Marie-Hélène Renaut, "a democracia exige não somente que os cidadãos sejam protegidos contra o poder, mas que participem do exercício do poder que os regem".[12] Não é mais possível se conceber,

---

[6] Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., 2006.

[7] Dias, *Direito administrativo pós-moderno*, op. cit.; CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

[8] ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Conflitos coletivos e negociação coletiva na função pública*. 1998. Tese (doutorado em direito administrativo) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998.

[9] Comunga-se da posição de Maria Tereza Fonseca Dias, segundo a qual se verifica atualmente na doutrina administrativista pátria o questionamento acerca das novas relações entre o Estado, a sociedade e o papel dos cidadãos na implementação da atividade administrativa, de forma a se impor, por consectário do princípio da soberania popular, a necessidade de se operar a efetiva participação da sociedade na coisa pública, participação esta que não se exaure, tão somente, com a simples formação das instituições representativas (DIAS, Maria Tereza Foseca. Rumo ao direito administrativo da cidadania e da inclusão social. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Cidadania e inclusão social*: estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 466, 470-473).

[10] Apesar de serem empreendidos questionamentos quanto aos princípios, institutos e objetos da dogmática administrativa, com propriedade afirma Miracy Barbosa de Sousa Gustin que o Direito Administrativo é uma área jurídica que ainda resiste a especulações de cunho zetético (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Prefácio. In: Dias, *Direito administrativo pós-moderno*, op. cit., p. 13).

[11] Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, op. cit., p. 11.

[12] Apud Dias, Rumo ao direito administrativo da cidadania e da inclusão social, op. cit., p. 473.

nem mesmo colher qualquer resultado frutífero, que o bem comum se realiza pelo Estado e que os particulares estão livres para busca de seus intentos egoísticos,[13] de modo que deve a esfera pública ser concebida como algo mais amplo que não se esgota na administração pública, como esclarecido por Menelick de Carvalho Netto:

> A ótica do administrado, do cidadão, requer que enfoquemos a esfera pública como algo bem mais amplo do que o mero Estado que se encontra, sem dúvida, em seu centro, mas que inequivocamente não a esgota e que é passível, a todo o momento, de ser privatizado pela própria Administração. A periferia da esfera pública, a cidadania e a sua parcela organizada e às vezes denominada terceiro setor, constitucionalmente dotada de instrumentos processuais de controle dessa esfera, tem necessariamente que ser levada em conta, para que a doutrina do Direito Administrativo revele, em toda a sua força, sua natureza efetivamente pública.[14]

Em face de tais constatações, o presente estudo representa um exercício de reflexão, que visa contribuir para a formação de uma crítica construtiva ao direito administrativo, no sentido de se atentar para a necessidade de se redefinir os princípios e premissas da atividade administrativa rumo à cidadania, a uma efetiva participação dos cidadãos na conformação e consecução do interesse público. Em decorrência, exige-se que se reflita sobre os instrumentos de efetiva participação cidadã na atividade administrativa, garantindo-se, assim, um grau mais elevado de consensualidade e legitimação na atuação do poder público.[15]

Esclareça-se de antemão que este ensaio não visa propor soluções definitivas quanto à fundamentação do direito administrativo em substituição a

---

[13] JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 22.

[14] CARVALHO NETTO, Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*: um pequeno exercício de teoria da constituição. Disponível em: <www.fd.unb.br > Acesso em: 27 fev. 2011.

[15] Nesse ponto, cumpre esclarecer que, na esteia das conclusões de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a participação, mesmo que adequadamente instituída, não venha a ser panaceia; é inegável sua importância quando devidamente aplicada para maior legitimidade e, especialmente, eficiência da ação estatal, considerando a não remota possibilidade de as decisões públicas compartilhadas com seus destinatários serem cumpridas com mais empenho e menor resistência (Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, op. cit., p. 15).

qualquer proposta vigente, representando, em verdade, uma constatação da radical transformação por que passa a teoria administrativista ao denunciar e, a um só tempo, abandonar a reduzida perspectiva, exclusivamente estatal, reservada com exclusividade ao administrador em nome de um suposto "interesse público", que impõe a necessidade de se adequar o direito administrativo ao atual paradigma do estado democrático de direito.

2. A administração pública nos paradigmas do direito

O conceito de paradigma, largamente utilizado para descrever os modelos de Estado e de direito, foi introduzido na discussão epistemológica contemporânea pela obra de Thomas Kunh como consenso científico enraizado quanto a teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo. Paradigmas seriam assim realizações científicas e universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.

No entendimento de Menelick de Carvalho Netto, paradigma seria pré-compreensões que integram o pano de fundo da linguagem, um "pano de fundo compartilhado de silêncio" decorrente de uma "gramática de práticas sociais que realizamos todos os dias sem nos apercebemos dela e que molda o nosso próprio modo de olhar",[16] ou seja, que molda a forma como vemos a realidade.[17]

Transpondo o conceito de paradigma para o campo das ciências sociais e para as reflexões a respeito do direito, Jürgen Habermas considera o paradigma do direito como um modelo da sociedade contemporânea para explicar como direitos e princípios constitucionais devem ser concebidos e implementados para que cumpram em dado contexto as funções normativas atribuídas a eles.[18] Como esclarecido por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, as compreensões paradigmáticas de determinado momento, refletidas por ordens

[16] Carvalho Netto, *A contribuição do direito administrativo*, op. cit.
[17] Para Kuhn, o conhecimento científico não se processa de forma linear, mas sim nas rupturas é que se processa o desenvolvimento do pensamento científico. Logo, o conhecimento não progride de forma evolutiva, como o seria numa concepção positivista, mas sim nas rupturas e alterações paradigmáticas (KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 93-94).
[18] HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso. Madrid: Trotta, 2008. p. 263-264. Todas as traduções neste trabalho são de inteira responsabilidade do autor.

jurídicas concretas, referem-se a imagens implícitas que se tem da própria sociedade, representando um conhecimento de fundo que confere às práticas de elaboração e aplicação do direito uma perspectiva, orientando o projeto de realização de uma comunidade jurídica.[19]

Para compreendermos a conformação do direito administrativo ao longo de sua formação e consolidação é necessária a discussão acerca dos paradigmas do direito, de forma a se compreender as concepções e mudanças processadas nesse ramo jurídico, possibilitando a formulação de diagnósticos e proposições de alterações quanto à ação administrativa para configurá-la ao paradigma do estado democrático de direito, já que, como esclarecido por Habermas, os paradigmas jurídicos "intervêm na consciência de todos os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração".[20] Para tanto, partiremos da análise dos paradigmas liberal, social e democrático de direito (procedimental) proposta por Habermas.

2.1 A administração pública e o estado liberal

O paradigma do direito liberal, ao representar a superação do paradigma antigo-medieval, se caracterizará, fundamentalmente, como observa Maria Tereza Dias, pela supremacia da lei, divisão das funções estatais e reconhecimento de garantias e direitos individuais.[21]

O advento do paradigma liberal possibilita que se reconheça a igualdade, ao menos formal, dos indivíduos, os quais não mais são distinguidos pelos privilégios e diferenças de berço, sendo considerados iguais perante a lei. Afirma-se que todos os indivíduos são membros de uma sociedade e proprietários, no mínimo de si próprios, pois ninguém mais pode ser propriedade de outrem e, assim, todos são sujeitos de direito.[22]

Dessa forma, por intermédio de uma compreensão liberal, esclarece Marcelo Cattoni que o direito representaria um sistema de regras que tem por escopo estabilizar expectativas de comportamento temporal, social e materialmente generalizadas, determinando os limites e ao mesmo tempo garantindo

---

[19] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 54.
[20] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. V. II, p. 131.
[21] Dias, *Direito administrativo pós-moderno*, op. cit., p. 136-137.
[22] Carvalho Netto, *A contribuição do direito administrativo*, op. cit.

a esfera privada de cada indivíduo.[23] Contudo, tais ingerências legais deveriam ser pontuais, nos limites necessários para se resguardar a autonomia privada dos indivíduos.

Nítida é a divisão entre sociedade civil (privado) e sociedade política (público), sendo que, como nos lembra Menelick de Carvalho Netto, no paradigma liberal, público e privado são vistos como ordens distintas, incumbindo ao público garantir o livre curso do privado.[24] Em outras palavras, há uma cisão entre a dimensão do público e do privado, sendo o público vinculado ao Estado, o qual deve promover condições de desenvolvimento da esfera privada, que se associa à lógica do próprio mercado.[25]

Consoante o exposto, o sistema administrativo é concebido e consolidado sob a égide do paradigma liberal, mediante a instituição de normas jurídicas reguladoras das atividades executadas pela administração pública por intermédio de poderes autoritários. Estabeleceu-se um conjunto de regras específicas derrogatórias do direito comum que deveriam guiar a atividade administrativa, a qual se reduziria a uma aplicação mecanicista do caso concreto às hipóteses normativas, mediante processos lógico-dedutivos.

Em sua origem, o direito administrativo, a partir das vertentes de pensamento de Rousseau e Montesquieu, pressupõe a necessidade de afirmação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o qual é realizado segundo e nos termos da ordem normativa externa à ação administrativa criada, mediante um processo de heteronormação, pelo Poder Legislativo. Tal feição acaba por resultar na exigência de legalidade, traço organizacional específico do direito administrativo, a qual, ao estabelecer toda a organização política e limitar o poder, irá afirmar a supremacia da lei como única fonte de direitos e obrigações, que estabelece, de forma externa e prévia, a atuação da administração pública.

Considerando a distinção entre esfera privada e pública decorrente da diferenciação entre o poder soberano e sua esfera e o poder dos indivíduos em suas relações,[26] no paradigma liberal os administrados não exerciam qualquer influência na atividade administrativa. O direito administrativo formou-se e

---

[23] Oliveira, *Direito Constitucional*, op. cit., p. 57.
[24] Carvalho Netto, *A contribuição do direito administrativo*, op. cit.
[25] BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo legislativo como discurso de justificação do direito*: uma investigação sobre a circulação social do poder político na teoria discursiva do direito e da democracia. 2005. Tese (mestrado em direito, Estado e constituição) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2005. p. 72.
[26] Dias, Rumo ao direito administrativo da cidadania e da inclusão social, op. cit., p. 472.

consolidou-se ao influxo do paradigma liberal, no qual os "administrados" não exerciam qualquer papel diante das prerrogativas da administração, estando alijados da atividade administrativa e, principalmente, da própria definição e consecução do interesse público. Consolidaram-se categorias básicas que refletiam a autoridade da ação administrativa, as quais se perpetuam no sistema jurídico atual, como as prerrogativas/privilégios da administração pública em face dos particulares para o resguardo de um "interesse público".

2.2 A administração pública e o estado social

O estado social representou uma reação às consequências do paradigma liberal e à atuação meramente negativa do Estado. A garantia de uma igualdade formal, de uma liberdade contra as ingerências estatais e de uma organização estatal voltada para a garantia do livre curso das relações privadas regidas pelo princípio do mercado não evitou os nefastos efeitos dos conflitos sociais resultantes da divisão da sociedade em vários grupos, classes e partidos, que culminaram em uma exploração humana sem precedentes históricos.

No paradigma do estado social, os direitos fundamentais de liberdade e igualdade são redefinidos, sendo superada a concepção negativa do paradigma liberal com a materialização desses direitos fundamentais, por intermédio de uma atuação positiva e prestativa do Estado para defesa do cidadão. Assim, o Estado não se distancia dos conflitos sociais, muito menos se mantém em uma posição de neutralidade, mas assume um papel de conformador da realidade social, que busca, inclusive, estabelecer e impor formas de vida concretas, mediante políticas públicas.[27]

Sobre esse câmbio de paradigma, esclarece Habermas que o direito de cada indivíduo poder fazer ou omitir o que queira (liberdade jurídica) somente poderia ser exercido em condições não discriminatórias, atendendo às expectativas de realização de justiça social.[28] Assim, as diferenças entre os indivíduos são reconhecidas e se promove uma verdadeira "materialização do direito", protegendo os mais fracos e carentes, mediante uma ação intervencionista estatal preocupada com a realização de direitos fundamentais na tentativa de se criar uma situação de bem-estar que possibilitasse o desenvolvimento da pessoa humana.

---

[27] Oliveira, *Direito constitucional*, op. cit., p. 59.
[28] Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 484.

Apesar de o paradigma social perpetuar a distinção entre público (Estado) e privado (sociedade/indivíduo), a valoração de tais esferas sofre alterações em face do paradigma liberal, já que passa a se concentrar no Estado as possibilidades de promoção da igualdade e liberdade, em decorrência de sua capacidade de desenvolver políticas compensatórias e produzir igualdade material.[29]

Considerando tal finalidade, ampliam-se as funções da administração pública, a qual passa a controlar as expectativas sociais por meio de uma atuação dirigente de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do interesse coletivo e público. Verifica-se uma verdadeira hipertrofia do público, o qual se esgota no Estado, tido como um aparato administrativo-técnico dotado de inúmeras atribuições e com extensas ramificações em vários setores da sociedade.[30]

O direito administrativo no paradigma do estado social, como afirma Fernando Garrido Fala, significa "um intento de tornar compatível a prerrogativa da Administração com um sistema de garantias para os direitos do particular",[31] considerando que cabe à administração não só implementar direitos fundamentais, provendo necessidades públicas, como saúde e educação, mas igualmente garantir a ordem e segurança, planejar, intervir e dirigir a ordem econômico-financeira, entre outras funções, de que:

> É o Estado que assumirá agora o papel do Leviatã capaz de produzir um programa de ações que possibilite a cidadania para essa massa de desvalidos, que os incorpore de fato ao Direito Constitucional. Se antes a cidadania envolvia apenas o direito de voto, enquanto cidadania formal, agora requer-se a sua materialização. Paradoxalmente, embora a nova concepção de liberdade e de igualdade ou, em termos práticos, de cidadania constitucional, passe assim a exigir o direito de acesso à saúde, à educação, à cultura, ao trabalho, à previdência ou mesmo à securidade social, aos direitos sociais e coletivos enfim, aporta, como consequência perversa, a suposição subjacente de que, precisamente em razão da absoluta carência da população em geral de todos esses

[29] Barbosa, *Processo legislativo como discurso de justificação do direito*, op. cit, p. 74.
[30] ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: OLIVEIRA, Cláudia Fernanda Pereira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro*: o Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
[31] Apud Dias, *Direito Administrativo pós-moderno*, op. cit., p. 147.

> direitos materializantes da cidadania, a própria cidadania só pode ser tratada como massa, como conjunto dos destinatários, dos objetos, dos programas sociais, jamais como os seus sujeitos, ou seja, são programas cuja autoria seria garantida como exclusivamente estatal. O público continua a ser, portanto, reduzido ao estatal, e o privado, ao egoísmo, e apenas o voto, somente que agora universalizado, continuaria a unir essas duas dimensões vistas como antitéticas.[32]

Dessa forma, com a sobreposição do Estado sobre a sociedade, subsumindo-se esta naquele, assim como no estado liberal, no paradigma social promove-se um alijamento do cidadão da atividade administrativa, já que incumbia à própria administração a definição e consecução dos interesses públicos e coletivos. Os cidadãos são tidos como "clientes" da administração pública, meros destinatários de seus programas sociais, e não como personagens ativos da esfera pública.

3. A reconstrução da esfera pública para uma administração pública democrática

Não obstante a pretendida materialização do direito pelo paradigma social, não se verificou a almejada inclusão social, muito menos cidadania, resultando na emergência de novas demandas e atores sociais, o que ocasionou a redefinição das dimensões do público e do privado. Nesse sentido, a crise do estado social representa uma crise de déficit de cidadania e democracia, decorrente da privação de efetiva participação política da sociedade nos processos políticos, decorrente da concentração e identificação da esfera pública na figura do Estado.

Ademais, a crise do paradigma social decorreu, igualmente, do crescimento do endividamento do setor público relativo ao enorme volume de gastos incorridos pela burocracia estatal para o desempenho das múltiplas funções que incumbiam ao poder público, decorrentes da concentração da dimensão pública na figura exclusiva do Estado, monopolizando a função de definição e execução das atividades e finalidades públicas.[33]

---

[32] Carvalho Netto, *A contribuição do direito administrativo*, op. cit.

[33] Quanto a esse ponto, é necessário esclarecer que não se propõe no presente estudo qualquer leitura neoliberal acerca da crise do paradigma social capaz de ensejar defesa das premissas do

Nesse sentido, o paradigma do estado democrático de direito representa uma resposta aos efeitos colaterais do estado de bem-estar social, uma tentativa de construção de justiça social, contudo, partindo da necessidade indispensável de os membros, grupos e associações da sociedade participarem democraticamente do processo de construção desse ideal de justiça social, o qual passa a ser tido somente como possível mediante o "fortalecimento da esfera pública política, de uma opinião pública livre e de uma sociedade civil organizada e atuante".[34] Esse novo paradigma centra-se, por conseguinte, nas ideias de cidadania e democracia, calcado na participação ativa dos cidadãos nos processos políticos, de modo que a dimensão do público não se confunde, nem se centra na figura do Estado, o qual não mais é tido como o único capaz de encarnar e implementar o interesse público. Dessa forma, a prática política depende, necessariamente, da participação da esfera privada, recusando-se qualquer perspectiva totalizante da experiência do estado social de exclusão da esfera privada do processo político.

No paradigma do estado democrático de direito, o direito é marcado pela facticidade da imposição coercitiva de suas leis e a validade inerente à pretensão de legitimidade das mesmas, de modo que o direito, ao passo que exige obediência (lei de coerção), igualmente deve deixar espaço para que o cidadão o obedeça por respeito (lei de liberdade). Como destaca Habermas:

> Se as normas sustentadas por meio de ameaças de sanções estatais remontam a decisões modificáveis de um legislador político, essa circunstância enreda-se à exigência de legitimação de que esse tipo de direito escrito seja capaz de assegurar equitativamente a autonomia de todas as pessoas do direito; e para que se atenda essa exigência, o procedimento democrático legislativo deve ser suficiente.[35]

Logo, a facticidade da imposição do direito por via estatal enlaça-se com a força legitimadora de um procedimento instituidor desse mesmo direito, de modo que a validade de uma norma jurídica justifica o fato de o Estado garantir ao mesmo tempo a efetiva imposição jurídica, inclusive mediante sanções,

---

estado liberal, muito menos se acena para a necessidade de se retomar os preceitos do paradigma liberal.

[34] Oliveira, *Direito Constitucional*, op. cit., p. 63.

[35] HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. In: _____. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002. p. 286.

e a instituição legítima do direito, a qual possibilita seu cumprimento por respeito à lei:

> Ao tratarmos da fundamentação do sistema de direito, descobrimos que a autonomia das pessoas privadas remete à legitimidade do direito e vice-versa. Sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos. Estes, por seu turno, só podem perceber, de maneira adequada, sua autonomia pública, garantida através de direitos de participação democráticos, na medida em que sua autonomia privada for assegurada.[36]

Partindo de tais premissas, depara-se com a questão relativa à necessidade de legitimação do direito, especialmente quando consideradas as atuais sociedades complexas e pluralistas, nas quais se verifica a impossibilidade da imposição de comportamentos éticos coletivamente vinculantes, bem como quando considerado o caráter formal do direito moderno. Devem, assim, ser estabelecidos padrões de conduta neutros e imparciais, estruturados de modo a possibilitar que as diversas vozes assumam uma roupagem político-jurídica, permitindo que todos os cidadãos tenham efetivo acesso aos canais de produção normativa, de forma que se sintam, concomitantemente, autores e destinatários de tais normas.[37]

O direito somente pode cumprir sua função de estabilizar expectativas de comportamento se preservar uma conexão interna com a garantia de um processo democrático, mediante o qual os cidadãos alcancem um mútuo entendimento acerca das normas de seu viver em conjunto.[38] O direito, justificado democraticamente, possibilita que se satisfaçam as condições de integração

---

[36] Habermas, *Direito e democracia*, op. cit., p. 146.

[37] Uma perspectiva pluralista requer que o Estado preserve e promova as diversas manifestações culturais nacionais, sem fixar uma determinada manifestação como parâmetro a ser imposto a todos os demais. Como explica Menelick de Carvalho Netto, nas sociedades complexas exige-se a afirmação, a um só tempo, paradoxal e estruturalmente móvel, do reconhecimento recíproco da igualdade e da liberdade de todos os seus membros, de modo a se tornar plausível a ideia de que somos uma sociedade na qual nos reconhecemos como pessoas iguais, porque ao mesmo tempo livres. Livres para sermos diferentes e exercemos nossas diferenças, ou seja, de sermos livres e de exercemos nossas liberdade e nos respeitarmos como iguais — igualdade na diferença (CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio leite (Org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 143).

[38] Oliveira, *Direito constitucional*, op. cit., p. 66.

social que se desenvolve mediante aquisições de entendimento mútuo entre sujeitos comunicativamente atuantes.

É o processo democrático que confere força legitimadora ao processo de criação do direito,[39] e o direito deve englobar os princípios aos quais os indivíduos devem estar submetidos quando pretendam orientar a vida social por intermédio do direito. Ou seja, o direito deverá englobar os princípios que tornem possível seu processo de legitimação. Tais princípios consistem nos direitos fundamentais, os quais exprimem as condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir. Logo, regulamentações normativas somente serão legítimas caso possam contar com a concordância de todos os possíveis envolvidos enquanto participantes em discursos racionais.[40]

O êxito do ideal de justiça social dependerá, assim, da institucionalização jurídico-constitucional de procedimentos e condições de comunicação correspondentes para formação democrática da vontade e da opinião políticas. Como afirma Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, no paradigma procedimental do estado democrático de direito, a "soberania popular reconstruída em termos procedimentais e um sistema político ligado às redes periféricas da esfera pública andam de mãos dadas como uma imagem de sociedade descentrada".[41] A esfera pública é reinterpretada como arena para detecção, identificação e interpretação dos problemas da sociedade, bem como para definição das possíveis soluções, de modo que:

> No paradigma procedimental do direito o espaço público-político não é somente tido como uma antessala do complexo parlamentar, mas também como uma periferia geradora de impulsos que se inclui também ao centro político (...). Através dos canais das eleições gerais e das formas especiais de participação, as opiniões públicas se transformam em um poder comunicativo que autoriza o legislador e legitima a Administração encarregada das tarefas reguladoras e de controle, enquanto que a crítica do direito, mobilizada nos correspondentes espaços de opinião pública, impõe rigorosos deveres de fundamentação e justificação a uma justiça que, dentre outras funções, deve desenvolver o direito.[42]

---

[39] Habermas, Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia, op. cit., p. 292.
[40] Idem, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 184-197.
[41] OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 111.
[42] Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 528-529.

Como esclarecido por Leonardo Avritzer, a democracia deve ser entendida como um processo de institucionalização dos procedimentos e das condições de comunicação, capaz de procedimentalizar a soberania popular ao tornar o sistema político dependente das redes periféricas de comunicação presentes na esfera pública.[43]

Diante disso, o paradigma procedimental, pressupõe, dentre outros postulados, a necessidade de institucionalização e fomento de procedimentos comunicativos para a formação de vontade e de opinião discursivas que, por sua vez, habilitam o exercício da autonomia política dos indivíduos.[44] A democracia procedimental não pode ser reduzida às dimensões institucionalizadas da política, de forma que a formação de uma opinião pública depende de redes complexas de comunicação formadas na sociedade civil, de modo a possibilitar que a esfera pública, não mais reduzida à figura exclusiva do Estado, opere e propague as carências e anseios da sociedade, permitindo a formulação e tematização de problemas.

O direito administrativo, nos termos do paradigma do estado democrático de direito, passa por um processo de reestruturação de seus conceitos e institutos, de descoberta de novas formas de atuação da administração e da própria esfera pública. Busca-se cada vez mais se legitimar a atuação da administração pública em termos democráticos, de modo a possibilitar e fomentar a participação dos cidadãos mediante instrumentos de deliberativos de participação administrativa. Como afirma Jacques Chevallier:

> O Direito Administrativo tende, assim, a se procedimentalizar, através do desenvolvimento crescente de um procedimento administrativo não

---

[43] AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia*: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996. p. 123. Destacando a importância da sociedade civil, Paulo Sérgio Pinheiro esclarece que suas ações determinam a modificação de comportamentos e de regras por parte do sistema político, de forma que o papel da sociedade civil, atualmente, é crucial, considerando que o Estado, por si só, não tem condições de impor soluções. Assim, somente uma ação concertada, em que a sociedade civil tenha um peso e influência significativa na formulação das decisões pode ter algum êxito (PINHEIRO, Paulo Sérgio. Apresentação — Sociedade civil: a mágica e a sedução do conceito. In: AVRITZER, Leonardo (Coord.). *Sociedade civil e democratização*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 8).

[44] Nesse ponto, importa esclarecer que a opinião pública transformada em poder comunicativo, mediante procedimentos democráticos, não "domina", mas apenas direciona o uso do poder administrativo para determinados canais. A soberania popular, nesse sentido, deve ser entendida como poder gerado por via comunicativa, que provém das interações entre a formação da vontade institucionalizada de maneira jurídico-estatal e as opiniões públicas culturalmente mobilizadas (HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In: _____. *A inclusão do outro*, op. cit., p. 282-283).

> contencioso que dá ao administrado a possibilidade de dar sua opinião (*se faire entendre*) e de adquirir um direito de deliberar (*regard*) sobre o conteúdo das decisões.[45]

A atividade administrativa não mais se limita à mera execução mecanicista de um quadro normativo estabelecido na lei, cabendo à administração pública implementar atividades e condutas descritas em programas normativos abertos, devendo desenvolver, para tanto, formas de comunicação e procedimentos que satisfaçam às condições de legitimação do estado de direito, ou seja, que possibilitem que os indivíduos atingidos pela atuação administrativa possam tematizar seus interesses nos processos de decisão do Estado.[46] Sob a égide do paradigma do estado democrático de direito, a sociedade civil exerce influência direta sobre a esfera pública e, consequentemente, sobre o sistema administrativo, o que implica a necessidade de o estado de direito prover e resguardar os canais jurídicos de comunicação, nos termos propostos por Habermas:

> A ideia do Estado de direito pode ser interpretada, então, como a exigência de ligar o poder administrativo regido pelo código do poder ao poder comunicativo criador do direito, mantendo-o livre das interferências do poder social, ou seja, da capacidade de se impor que possuem os interesses privilegiados (...). Em última instância, é essa transferência que o Estado de direito deve regular, deixando intacto o código que o poder representa, não intervindo na lógica de autorregulação do poder administrativo.[47]

Verifica-se cada vez mais uma tendência democratizante no exercício da atividade administrativa marcada não só pela abertura, mas também pelo fomento à participação dos cidadãos, seja em defesa de interesses individuais, como em nome de interesses gerais da coletividade. O direito administrativo passa a descobrir na sociedade e no processo deliberativo democrático seu substrato de legitimidade, denotando a importância da participação social nos processos decisórios administrativos e, principalmente, na efetiva definição e consecução dos interesses públicos.[48] Nesse sentido:

---

[45] Apud Fonseca, *Direito administrativo pós-moderno*, op. cit., p. 150.
[46] Cardoso, *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*, op. cit., p. 257.
[47] Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 218.
[48] Como o substrato social necessário para a realização do sistema dos direitos é formado pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera

> 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 responsivas 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. Tamanha é a sua importância na atualidade que já tem sido considerada uma forma de democratizar as democracias representativas.[49]

A participação social na atividade administrativa deixa de ser uma expressão meramente retórica e passa a representar a medida de legitimação da atuação administrativa,[50] implicando a necessidade de se institucionalizar e ampliar os canais de comunicação existentes entre a esfera pública e a administração pública. A imperatividade e coerção, atributos clássicos da atuação administrativa, cedem lugar à consensualidade e à participação social na administração dos interesses públicos,[51] com o emprego de formas consensuais de coordenação de ações.

---

pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos, para que os mecanismos de participação social na administração não sejam meramente procedimentos formais, Habermas nos atenta para a necessidade de "quando a diferenciação social é grande e há a ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçados, impõem-se medidas que podem capacitar os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de decisão do Estado" (HABERMAS, *Direito e democracia*, op. cit., p. 185-186). A preocupação com a possibilidade de "assenhoramento da esfera pública" também é objeto de análise de Juarez Freitas, o qual afirma que "(...) acentuar o controle social (e o princípio da democracia direta) contribui para a construção de uma esfera pública que não sucumba às artimanhas do senhorio prepotente, dos privilégios nefastos e dos recorrentes anseios patrimonialistas. Devo assinalar que o controle social não se identifica com uma atuação fiscalizadora de facções (por definição, parciais), nem com a vontade de uma multidão de tiranos" (FREITAS, Juarez. A democracia como princípio jurídico. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. *Direito público moderno*: homenagem especial ao professor Paulo Neves de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 176).

[49] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 78.

[50] Interessante é a observação de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, que, analisando a questão à luz da atividade de regulação por órgãos reguladores autônomos, afirma que "só por meio da radicalização dos mecanismos participativos é que será possível (i) evitar que o poder político seja colonizado por interesses especiais ou apropriado por interesses particularísticos; (ii) ampliar a gama de interesses difusos tuteláveis pelos respectivos órgãos; e (iii) estabelecer amplamente os canais de comunicação com a sociedade, sem os quais pereceria a atividade regulatória (...)" (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 208-209).

[51] Esclareça-se que não se está a pregar a eliminação total e absoluta da imperatividade e coercibilidade das determinações da administração pública, mas sim que tais atributos representem características eventuais e excepcionais na atuação do poder público, manejáveis somente quando necessárias à consecução das finalidades públicas.

É notório que não há como previamente se determinar os valores e interesses que devem prevalecer e serem resguardados pela administração pública. Nesse sentido, preciosas são as lições de Michel Rosenfeld, segundo o qual o texto constitucional, e, por conseguinte, o próprio direito administrativo, é inexoravelmente incompleto, não somente porque não recobre todas as matérias que deveria idealmente contemplar, mas igualmente porque o texto constitucional não é capaz de abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levantadas a partir das matérias que ele acolhe.[52] Assim, não se pode afirmar que o direito administrativo é dotado de uma univocidade de sentido, devendo permanecer aberto às múltiplas interpretações plausíveis, por mais conflitantes e igualmente defensáveis que possam parecer, na maioria das vezes, às críticas e contribuições da sociedade, de forma a possibilitar que os cidadãos ocupem seus postos de participantes ativos dos discursos políticos e jurídicos, não mais reduzíveis exclusivamente ao Estado. Semelhantemente, adverte Marcos Juruena Villela Souto que:

> A noção de interesse público aproxima-se assim de um somatório de interesses privados, que a Administração deve harmonizar, em vez de ser vista como um critério unilateral da Administração. A *rule of law* deve resultar da obrigatoriedade do peso dos interesses privados, devidamente registrados e organizados na decisão administrativa final, reduzindo ao mínimo sua autonomia. Poderá dizer-se que a participação do público, tendo claras implicações processuais, tem-nas também substanciais, pois que o resultado material respectivo (o *record*), ao ser obrigatoriamente levado em conta, limita a margem de liberdade administrativa.[53]

Não se pode olvidar ainda que a democratização da atividade administrativa muito deve à sua processualização, decorrente da "preocupação crescente com a disciplina e democratização dos procedimentos formativos da vontade administrativa".[54] Conclui-se, cada vez mais, que não basta disciplinar tão somente o ato final, a manifestação de vontade da administração,

---

[52] ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 18.
[53] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 55-56.
[54] Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 77.

mas igualmente o processo, a sequência de atividades que resultam nesse ato, estabelecendo-se os correlatos princípios e garantias, apropriados às relações intersubjetivas que se estabelecem no processo.[55]

Como destacado por Odete Medauar,[56] os momentos de formação da decisão administrativa devem ser expressados em termos de paridade e imparcialidade em um processo pré-constituído, representando uma forma de legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído. Este também é o posicionamento de Niklas Luhmann, segundo o qual é mediante o processo que o poder gerará a decisão e a tornará legítima.[57]

Apesar de todas as críticas opostas à tendência de participação social nas atividades administrativas, tais como riscos de prevalência dos interesses de determinados indivíduos e entidades, que dominam os processos de participação (teoria da captura),[58] e conflitos entre legitimidade e eficiência administrativa, é inegável a importância de tal mecanismo para a legitimação democrática do exercício das competências públicas. Nesse sentido, destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto a importância da participação e consensualidade nas democracias modernas, à medida que contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência), propiciam mais freios contra abusos (legalidade), garantem a atenção a todos os interesses (justiça), proporcionam decisões mais sábias e prudentes (legitimidade), desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo) e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).[59]

A democratização da administração pública, mais que uma necessidade, é uma exigência, e, enquanto a atividade administrativa estiver dominada pela burocracia estatal, ou mesmo pelos interesses particulares das corporações econômicas, e se mantiver alheia aos anseios, ponderações e problemas da esfera pública, os resultados da administração pública não alcançarão os resultados esperados.

---

[55] Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, op. cit., p. 252-253.
[56] MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 70.
[57] LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980. p. 27.
[58] Para uma análise do fenômeno da captura no sistema administrativo, especialmente no âmbito das agências reguladoras Cf. Justen Filho, *O direito das agências reguladoras independentes*, op. cit., p. 369-371.
[59] Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, op. cit., p. 41. A respeito das finalidades da procedimentalização da atuação administrativa. Cf. Medauar, *A processualidade no direito administrativo*, op. cit., p. 65-74.

4. Mecanismos de participação democrática na administração pública

Como afirma Gustavo Binenbojm, "à translação dos centros decisórios do Estado (do centro para a periferia) deve corresponder uma correlativa translação dos mecanismos de participação popular".[60] Com a redefinição da esfera pública e o fortalecimento da necessidade e importância da participação da sociedade na atividade administrativa, especialmente para legitimação dos processos e decisões políticas, diversificam-se os métodos de participação democrática, além da tradicional representação política. Diferente não é no direito administrativo, como afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em que se verifica:

> (...) a tendência de pluralização das instituições participativas, não só multiplicando-as e facilitando a aplicação das mais tradicionais, como sejam o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular, como ampliando o uso das que estão despontando no campo do Direito Administrativo, como a coleta de opinião, o debate público, a audiência pública, o colegiado misto, as agências reguladoras e a mais recente delas, a delegação atípica, outorgada às chamadas entidades intermédias.[61]

Entre as modalidades de participação administrativa ganham destaque as audiências públicas,[62] que atribuem o direito de qualquer pessoa/entidade ser ouvida quando determinada decisão afetar seus interesses individuais, difusos ou coletivos, seja de forma concreta ou abstrata.

As audiências públicas viabilizam a participação de indivíduos ou grupos organizados da sociedade civil interessados em expor suas ideias, sugestões e críticas, de forma a propiciar que a administração pública decida com maior probabilidade de atender aos anseios de todos os envolvidos em determinada discussão.[63] As audiências públicas consistem na realização de sessões de

---

[60] Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 290.
[61] Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, op. cit., p. 14.
[62] O instituto da audiência pública é previsto no art. 32, da Lei nº 9.784/1999, que estabelece a possibilidade de, antes da tomada de decisão e diante da relevância da questão, ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo. Semelhante disposição encontra-se, por exemplo, no art. 18, da Lei nº 9.478/1997 (ANP); art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.427/1996 (ANEEL); art. 68, da Lei nº 10.233/2001 (Antt e Antaq) e art. 39, da Lei nº 8.666/1993.
[63] Binenbojm, *Uma teoria do direito administrativo*, op. cit., p. 290.

discussões abertas a quaisquer interessados para esclarecimentos, discussões e debates de temas relativos a determinadas questões administrativas, como processos administrativos decisórios e projetos de atos normativos.

O instrumento da audiência pública possibilita que se incremente o nível de informação da administração acerca das repercussões fáticas e jurídicas de uma medida que se alvitra implementar, da ótica dos cidadãos, antes de sua implementação, possibilitando que os cidadãos tenham o "direito de expor tendências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual".[64] Ou, como afirma Gustavo Henrique Justino de Oliveira, "é mediante a realização dessas audiências que se garante um direito fundamental dos cidadãos, que é o direito de ser ouvido, o direito de poder opinar, de modo eficaz, notadamente a respeito daqueles assuntos que interessam à coletividade".[65]

Notórios são os benefícios desse instrumento de participação democrática, o qual propicia a obtenção de dados por parte do público interessado, bem como possibilita que a administração tenha amplo acesso ao conhecimento de determinada situação, o que, com grande probabilidade, possibilitará uma atuação administrativa eficaz, adequada e que busque resguardar os direitos e interesses envolvidos. Nesse sentido são as conclusões de Diogo Moreira de Figueiredo Neto,[66] para quem o manejo adequado das audiências públicas, em substituição às práticas tradicionais unilaterais e impositivas, possibilita que i) seja evidenciada a intenção de a administração pública produzir a melhor decisão; ii) se galvanize o consenso em reforço da decisão que vier a ser tomada; iii) se manifeste o cuidado com a transparência dos processos administrativos e; iv) se renove permanentemente o diálogo entre a sociedade e o Estado.

Assim como a audiência pública, a consulta pública[67] representa um importante instrumento de aperfeiçoamento da atuação da administração pública e de legitimação da atividade administrativa em termos democrá-

---

[64] Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, op. cit., p. 256.

[65] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de Oliveira. *As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro*. Disponível em: <www.advcom.com.br/artigos/pdf/as_audiencias_publicas_e_o_processo.pdf> Acesso em: 7 mar. 2011.

[66] Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, op. cit., p. 263.

[67] O instituto da consulta pública é previsto no art. 31, da Lei nº 9.784/1999, que estabelece a possibilidade de ser instaurada consulta pública para manifestação de terceiros quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral. Semelhante disposição encontra-se, por exemplo, no art. 42, da Lei nº 9.427/1996 (Aneel); art. 34, § 1º, da Lei nº 10.233/2001 (Antt e Antaq) e; art. 8º, § 2º, da Lei nº 11.182/2005.

ticos à medida que possibilita que os cidadãos e entidades civis exponham suas críticas, sugestões e conclusões. A consulta pública consiste no questionamento à opinião pública acerca de assuntos de interesse coletivo, ordinariamente, antes do aperfeiçoamento da medida. Como definido por Fabiana de Menezes Soares:

> A consulta popular indica que a Administração Pública coloca sob a avaliação popular um dado projeto, política ou regulamento que pode ser da sua própria autoria, coautoria com a população, ou de autoria exclusiva desta, para sua aprovação ou não. Esta disposição da Administração Pública em levar até aos cidadãos os projetos, regulamentos e políticas, ainda na sua fase de aperfeiçoamento, dando-lhes conhecimento, efetiva o princípio da publicidade, condição fundante da participação.[68]

As consultas públicas possibilitam que todos os interessados possam previamente dar suas contribuições a respeito dos projetos, políticas e normas a serem implementadas pela administração pública, devendo esta examinar e se posicionar acerca das questões formuladas pelos interessados. Com tal instrumento de participação permite-se que se incluam todos os cidadãos atingidos, a par dos representantes de grupos de interesses, na qualidade de consultados, que poderão se manifestar por escrito, utilizando, inclusive, os meios eletrônicos.

Mostra-se ainda saudável que nas consultas seja dado conhecimento de todas as contribuições dos consultados, de forma a possibilitar que os participantes tenham condições de contestar as informações prestadas, instaurando um canal de comunicação, no qual os consultados poderão debater melhor suas informações, apresentando os melhores e mais fundamentados motivos para a adoção das propostas feitas. Assim, os participantes poderão "sustentar suas opiniões e vontades através de condições de validade expressas por pretensões de verdade, sinceridade e de correção normativa, resgatáveis discursivamente".[69] Não se pode olvidar que todos os cidadãos, indistintamente, devem ter acesso a todas as propostas, em atenção ao princípio da publicidade e transparência.

---

[68] SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 161.

[69] Cardoso, *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras,* op. cit., p. 293-294.

Com a breve análise dos referidos institutos de participação, facilmente se verifica a necessidade de se expandir e fomentar mecanismos de participação democrática, de forma a substituir paulatinamente as expressões imperativas, unilaterais e autoritárias clássicas de atuação da administração, possibilitando que a sociedade civil participe efetivamente das atividades administrativas, concorrendo de forma direta na consecução dos desideratos públicos, não mais tidos como de responsabilidade exclusiva de uma administração pública centrada na figura do Estado.

5. Conclusão

Como já ponderado, não tivemos a pretensão de com as singelas discussões apresentadas neste ensaio propor soluções definitivas a respeito das bases fundantes do direito administrativo, muito menos sugerir a adoção de determinada proposta aos modelos vigentes. Em verdade, buscou-se expor a crise paradigmática por que passa o direito administrativo, explicitando-se os atuais questionamentos e heterodoxias a respeito da perspectiva autoritária e unilateral da atividade administrativa, representada por um Estado que reduz a esfera pública a si próprio.

Diante dos questionamentos realizados ao longo do presente estudo constamos que, em face das mudanças verificadas no seio da sociedade e do próprio direito, ergue-se a necessidade de se revisitar os princípios e premissas básicas do direito administrativo e, por conseguinte, da atividade administrativa, no sentido de se reduzir a perspectiva autoritária e unilateral, classicamente característica desse ramo jurídico, e se fomentar uma efetiva participação cidadã e democrática da sociedade na atividade administrativa, garantindo-se, assim, um grau mais elevado de consensualidade e legitimação nas ações do sistema administrativo.

No marco do estado democrático de direito torna-se inviável se sustentar a ideia de um regime jurídico-administrativo marcado pela primazia da função da administração pública na definição e defesa dos interesses públicos, já que a esfera pública não mais se reduz à figura do Estado, nem os interesses públicos são absolutos, impostos e resguardados de forma autoritária e unilateral pela administração, sendo objetos de discussão, negociação e consecução por parte da sociedade civil, a qual também é responsável direta pela atividade administrativa. Ou seja, não mais se pode aventar a ideia de um interesse público, tão somente, como aquele definido pela lei e imposto por

uma administração pública meramente executora dos mandamentos legais. No estado democrático de direito, o interesse público é formado pelo consenso da sociedade decorrente dos debates, discussões, esclarecimentos e trocas de informações obtidas nos canais abertos de comunicação, que interferem direta e decisivamente no sistema administrativo.

Com a redefinição dos espaços públicos e privados e a introdução de novos conceitos como publicização, entidades de interesse público não estatais e setor não exclusivo, impõe-se que a sociedade, e não só a doutrina, reflita sobre as perplexidades do direito administrativo, sendo de singular importância a revisão da dogmática administrativista no sentido de tornar a administração pública mais permeável a uma maior participação democrática da sociedade.

Dessa forma, devem ser introduzidos e expandidos os mecanismos de participação democrática na administração pública que possibilitem a instauração de processos discursivos com o fito de se legitimar democraticamente a atividade administrativa. Para tanto, devem ser rompidos os obstáculos sociais, econômicos e políticos que impedem uma efetiva comunicação entre os cidadãos, de forma a fortalecer o movimento de atuação da esfera pública para que as ações administrativas resultem cada vez mais das deliberações comuns da sociedade, e não da imposição arbitrária e unilateral de uma administração pública intangível e alheia aos anseios dos cidadãos.

Apesar de ser inegável que o fomento à efetiva participação democrática dos cidadãos nas atividades e processos administrativos representa uma adequada forma de se recuperar o lastro de legitimidade democrática das ações do sistema administrativo, logicamente, esses processos participativos não estarão imunes às inevitáveis contingências e retrocessos. Contudo, tais percalços devem ser encarados como um necessário processo de aprendizagem e correção rumo ao fortalecimento das práticas democráticas no seio da administração pública.

Referências

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Conflitos coletivos e negociação coletiva na função pública*. 1998. Tese (doutorado em direito administrativo) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: OLIVEIRA, Cláudia Fernan-

da Pereira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro*: o Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia*: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In*:* SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*: um pequeno exercício de teoria da constituição. Disponível em: <www.fd.unb.br> Acesso em: 27 fev. 2011.

DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

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

_____. Rumo ao direito administrativo da cidadania e da inclusão social. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Cidadania e inclusão social*: estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREITAS, Juarez. A democracia como princípio jurídico. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. *Direito público moderno*: homenagem especial ao professor Paulo Neves de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Prefácio. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo das relações entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

_____. *Facticidad y validez*: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso. Madrid: Trotta, 2008.

_____. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. In: _____. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. Três modelos normativos de democracia. In: _____. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de Oliveira. *As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro*. Disponível em: <www.advcom.com.br/artigos/pdf/as_audiencias_publicas_e_o_processo.pdf> Acesso em: 7 mar. 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. *Devido processo legislativo*: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

_____. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Apresentação — Sociedade civil: a mágica e a sedução do conceito. In: AVRITEZER, Leonardo (Coord.). *Sociedade civil e democratização*. Belo Horizonte: Del Rey. 1994.

ROSENFELD, Michael. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.