

Marcos Augusto Perez

**INSTITUTOS DE PARTICIPAÇÃO
POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Dissertação de Mestrado

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO -SP

1999

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

P438a Perez, Marcos Augusto
A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública. / Marcos Augusto Perez. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

184 p.
ISBN: 85-89148-29-7

1. Administração pública, participação social, Brasil. 2. Administração pública. 3. Democracia. I. Título.

CDD: 341.3
CDU: 35(81)

Dedico este livro aos meus pais, Edoval Perez e Dona Nininha, que elegeram a educação dos filhos o maior objetivo de suas vidas.

Agradecimentos

Não poderia deixar de agradecer todos aqueles que contribuíram para a conclusão deste trabalho. Os professores Adilson Dallari, pelo impulso inicial aos meus estudos de pós-graduação; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, minha orientadora no mestrado da Universidade de São Paulo, pela atenção, cordialidade e invulgar erudição com que sempre me aconselhou, bem como por firmar o prefácio desta publicação; Odete Medauar, pelos valiosos livros que gentilmente me emprestou; Floriano de Azevedo Marques Neto, sócio e amigo de longo percurso, pelo constante incentivo e pela sua dedicação à publicação e divulgação deste trabalho e, enfim, Monica Herman Salem Caggiano e Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida, que me deram preciosas lições ao argüir-me na condição de integrantes da banca examinadora de minha dissertação de mestrado. Meus sócios e amigos José Roberto Manesco, Eduardo Ramires, Ane Elisa Perez e Tatiana Cymbalista, pelas muitas discussões políticas e jurídicas, em muitos almoços, em todos estes anos de convivência, que certamente influenciaram o resultado final deste trabalho, bem como por permitirem que me ausentasse do escritório para a conclusão de meus estudos. Valem especial referência as amigas Maria Paula Dallari Bucci, que compartilhou comigo os bons momentos da pós-graduação e contribuiu com seu pensamento crítico para o estudo que aqui se apresenta e Isabel Azevedo, a quem devo a criteriosa revisão gramatical do texto ora apresentado. Por fim, agradeço minha mulher, Ana Isa Lepsch, que revisou comigo várias vezes os manuscritos desse trabalho, ajudou-me em traduções, soube pacientemente me apoiar nos momentos difíceis e, ao final de meu mestrado, deu a luz ao nosso filho Oswaldo.

Sumário

Introdução	9
1 Delimitação do objeto	
2 Relevância do debate	
3 Pontos debatidos	
PARTE I	13
Razões fundamentais dos institutos de participação popular na administração pública	13
Capítulo 1	
O Desenvolvimento da Democracia Participativa	15
1.1 O nascimento do Estado Democrático e seu desenvolvimento	
1.2 A democracia participativa	
1.3 O atual estágio de desenvolvimento da democracia e a participação na Administração Pública	
Capítulo 2	
O Estado de Bem-Estar e a Organização da Administração Pública	26
2.1 O advento do Estado de Bem-Estar e a ampliação das tarefas da Administração Pública	
2.2 A contradição entre o “modelo weberiano” de organização da Administração Pública e o Estado de Bem-Estar	
2.3 Os institutos de participação popular como manifestação de um novo “modelo” de organização da Administração Pública	
Capítulo 3	
Participação e Estado de Direito	40
3.1 A teoria liberal do Estado de Direito	
3.2 A importância atual da teoria do Estado de Direito	
3.3 Conceito substancial de Estado de Direito	
3.4 A participação popular no Estado de Direito contemporâneo	
PARTE II	50
Os institutos de participação popular na administração brasileira	50
Capítulo 4	
O Princípio Constitucional da Participação Popular na Administração Pública ..	52
4.1 A participação na Administração como norma inerente aos princípios da democracia e do Estado de Direito	
4.2 As referências diretas à participação popular na Administração Pública, no Texto de 1988	
4.3 A Emenda Constitucional nº 19, da reforma administrativa, e a participação popular na Administração Pública	
4.4 O princípio constitucional da participação	

Capítulo 5	
Conceito e Identificação dos Institutos de Participação Popular na Administração Pública ..	.65
5.1 A definição dos institutos de participação popular na Administração	
5.2 A legislação infraconstitucional e a criação de institutos participativos	
5.3 Institutos participativos mais frequentes no direito brasileiro	
5.4 Institutos participativos no direito comparado	
Capítulo 6	
Classificação dos Institutos de Participação Popular na Administração Pública ..	.89
6.1 A doutrina estrangeira e a classificação dos institutos de participação	
6.2 A doutrina brasileira e a classificação dos institutos de participação	
6.3 Conclusão	
PARTE III ..	103
A aplicação dos institutos de participação popular na administração pública ..	103
Capítulo 7	
Institutos Participativos de Caráter Deliberativo ou com Força Vinculante ..	105
7.1 Participação vinculante, aspectos gerais	
7.2 Conselhos deliberativos	
7.3 Referendo e plebiscito administrativos	
7.4 Eleição para funções de chefia e de direção	
Capítulo 8	
Institutos Participativos de Caráter não Vinculante, de Consulta, ou Meramente Opinitivos ..	128
8.1 Aspectos gerais dos institutos de caráter não vinculante	
8.2 Audiência pública	
8.3 Consulta pública	
8.4 Orçamento participativo	
8.5 Ouvidor do povo, defensor do povo ou <i>ombudsman</i>	
Capítulo 9	
Institutos de Participação de Caráter Vinculante e Autônomo, Cooperativos ou de Delegação Atípica ..	144
9.1 Aspectos gerais dos institutos de caráter vinculante e autônomo	
9.2 Organizações não Governamentais	
9.3 Entidades de utilidade pública	
9.4 Os serviços sociais autônomos	
9.5 As organizações sociais	
9.6 As corporações de fiscalização do exercício profissional	
Capítulo 10	
Conclusões ..	159
10.1 Um resumo das idéias defendidas no presente trabalho	
10.2 As críticas à participação popular	
10.3 O destino do provedor Antônio Cardoso de Barros	
Referências ..	170
Índice Remissivo ..	178

Introdução

1 Delimitação do objeto

O presente estudo é fruto dos trabalhos que desenvolvi entre 1994 e 1999, no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Seu objeto é o debate dos institutos jurídicos que asseguram a participação popular na Administração Pública, institutos estes que têm proliferado nos últimos anos no Brasil, fruto que são de intensa produção legislativa, bem como de variada discussão doutrinária, não somente jurídica, é de se notar, mas multidisciplinar, destacando-se, principalmente, as discussões feitas pela ciência da administração, pela ciência política e pela sociologia.

Nosso objeto, no entanto, é eminentemente jurídico e tem como móvel a procura das respostas às indagações que interessam em maior grau aos operadores do Direito, tais como: em que se fundamentam os institutos de participação popular na Administração Pública; como se encontram normatizados esses institutos no direito brasileiro; como tem se dado a aplicação desses institutos; quais os poderes e deveres que a aplicação desses institutos enseja tanto para a Administração Pública quanto para os administrados; como têm os Tribunais encarado a aplicação desses institutos participativos.

É de se dizer, desde logo, que a participação, enquanto atividade eminentemente política dos cidadãos, é um dos pressupostos do Estado Democrático.¹ Vale

1. Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. O que É Participação Política. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 89-90.

frisar que somente será democrático o Estado onde houver participação dos cidadãos no exercício do Poder, ainda que a simples participação não garanta a existência de democracia, ante a imprescindibilidade de outros requisitos, tais como a igualdade, a legalidade, a pluralidade, o respeito às minorias e outros mais.

A participação pode se radicar no exercício de todas as funções estatais: legislativa, jurisdicional, administrativa. Mas é sobre esta última que se centrará o objeto de nossas investigações.

Sobre institutos jurídicos que se baseiam na participação do cidadão no exercício da função administrativa do Estado. Institutos que se configuram genericamente como instrumentos jurídicos que possibilitam ao administrado atuar em colaboração com os órgãos estatais ou fiscalizá-los, visando ao eficiente desempenho da função administrativa.

Não se insere entre os objetivos deste trabalho, reiterar-se, o estudo de instrumentos jurisdicionais ou legislativos que possibilitem ao cidadão participar do exercício dessas respectivas funções, ainda que visem ao controle dos atos da Administração Pública, como ocorre com as petições e reclamações às comissões legislativas contra ato de autoridade administrativa, ou no caso da ação popular e do mandado de segurança.

Ainda que esses institutos jurídicos se coloquem, em sentido amplo, como instrumentos participativos de controle da Administração Pública, sua abordagem, no presente trabalho, deslocaria excessivamente o seu eixo central que, frise-se, encontra-se na sondagem dos institutos eminentemente administrativos de participação popular no exercício da função administrativa do Estado.

Fixado o objeto de nosso estudo, vale tecer algumas observações introdutórias acerca da relevância do debate que ora se propõe.

2 Relevância do debate

Três são os fatores que nos moveram a escrever o presente trabalho e que, segundo nos parece, são determinantes da atualidade e da importância da reflexão ora produzida.

O primeiro deles é a evidente imbricação do debate da participação popular na Administração Pública com o debate da democratização do Estado e das relações

sociais, cuja atualidade é incontestável² e cuja renovação é não somente importante, mas imprescindível para o aperfeiçoamento das instituições públicas, seja do ponto de vista político, seja do ponto de vista jurídico.

O segundo fator encontra-se na experiência já colhida pelos operadores do Direito, através da aplicação dos muitos institutos jurídicos de participação popular na Administração Pública existentes na legislação brasileira, os quais fornecem substrato prático ao estudo ora desenvolvido. Nesse sentido, moveu-nos a ambição de discutir a natureza jurídica e o modo de funcionamento desses institutos, de modo a auxiliar os referidos operadores na correta interpretação dos mesmos.

O terceiro fator e o mais polêmico deles, conforme veremos no desdobramento do presente estudo, revela-se pelo casamento dos escopos dos institutos de participação popular na Administração Pública com aqueles almejados pela reforma administrativa no Brasil.

Conforme se sabe, a Emenda Constitucional nº 19 tentou promover, no Brasil, um projeto de reforma administrativa e modernização do Estado. Os desígnios dessa reforma vinham expostos genericamente no documento divulgado pela Presidência da República intitulado “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”.³ Tais desígnios não se afastavam daqueles perseguidos, hoje, pela Administração Pública em todo o mundo: maior eficiência no desempenho das atividades da administração; maior agilidade e capacidade gerencial; maior legitimidade e transparência; maior aproximação com a sociedade, seja através do cultivo de formas de colaboração, ou parceria, seja através da instituição de novas formas de controle da qualidade da atuação administrativa.

Na verdade, esses objetivos constituem, atualmente, o norte da Administração Pública, tendo em vista o ambiente de crítica e de reavaliação que em torno desta foi criado nas últimas duas décadas do século XX, não somente no Brasil, mas em toda parte do mundo.⁴

2. Cf. BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. São Paulo: Paz e Terra, 1986, p. 54-55.

3. Cf. Brasília: Presidência da República – Câmara de Reforma do Estado, 1995.

4. Cf. CHEVALLIER, Jacques. Le Droit Administratif entre Science Administrative et Droit Constitutionnel. In: Le Droit Administratif en Mutation. Paris: PUF, 1993, p. 26, 29, 30.

Esses objetivos, a serem lembrados no decorrer do presente estudo, são os mesmos que orientam a criação dos institutos de participação popular na Administração Pública. Melhor dizendo, os institutos de participação popular fazem parte dessa “nova sensibilidade”⁵ direcionada a resolver problemas estruturais que afligem a Administração Pública. Os institutos participativos voltam-se, dessa forma, à construção de um novo modelo de relações Administração-cidadão, modelo que se pretende calcado na colaboração, informação, transparência e garantia de direitos dos administrados, na simplificação de acesso aos serviços públicos e na qualidade dos mesmos.

É de grande atualidade e relevância, portanto o debate sobre os institutos de participação popular na Administração Pública.

3 Pontos debatidos

Para uma melhor abordagem do objeto delimitado, atentando para todas as questões consideradas relevantes, trilhamos o seguinte caminho: (1) analisamos, inicialmente, as razões que fundamentam a existência dos institutos de participação popular na Administração Pública; (2) em seguida, discutimos como se encontram colocados esses institutos no âmbito do sistema jurídico nacional, descrevendo, em nossa visão particular, seu alcance normativo e suas manifestações substantivas (regulação legal e espécies); (3) passamos, então, a analisar, em maior detalhe, suas características, os aspectos mais polêmicos, ou ainda, os problemas relacionados ao desenvolvimento e aplicação desses institutos e, (4) por fim, apresentamos o resumo de nossas conclusões.

Na tentativa de atualizar as reflexões desenvolvidas, acrescentamos ao texto original um apêndice contendo artigo escrito para o seminário sobre políticas públicas, organizado pela professora Maria Paula Dallari Bucci, em 2002, junto à pós-graduação da Universidade Católica de Santos. Ali esboçamos uma crítica da aplicação concreta dos institutos de participação popular na Administração Pública, associado-os à discussão de um suposto conceito jurídico de políticas públicas.

5. Cf. CHEVALLIER, Jacques. *Science Administrative*. Paris: PUF, 1994, p. 416.

PARTE I

Razões fundamentais dos institutos de participação popular na administração pública

O objetivo desta primeira parte é determinar os motivos pelos quais o Direito Administrativo tem contemplado a criação de institutos de participação popular e a que finalidades, genericamente consideradas, a adoção desses institutos visa a atender.

Para melhor compreensão das idéias a expor, dividimos essas razões em três perspectivas distintas: a perspectiva política, onde identificamos a participação popular na Administração como fruto do atual estágio de desenvolvimento da democracia; a perspectiva administrativa, donde extraímos que esses institutos são fruto da adoção de um novo modelo de organização da Administração Pública, modelo que se coaduna com os objetivos contemporâneos do Estado e, finalmente, a perspectiva eminentemente jurídica, na qual revelamos que os instrumentos de participação são fruto da ampliação conceitual do Estado de Direito.

Vale grifar que a divisão que segue possui conteúdo meramente didático, pois as razões fundamentais da adoção dos institutos de participação popular na Administração Pública formam um todo reciprocamente influenciável, melhor dizendo, formam-se como resultado de um conjunto indivisível de forças sociais que produz efeitos tanto na órbita da organização política, econômica e administrativa como na ordem jurídica do Estado.

Capítulo 1

O Desenvolvimento da Democracia Participativa

1.1 O nascimento do Estado Democrático e seu desenvolvimento

Em que pese a existência da “Democracia Ateniense” e a constatação de que o debate em torno das idéias democráticas remonta aos filósofos gregos da antigüidade clássica,¹ o Estado Democrático, tal como o entendemos hoje, é fruto das revoluções liberais do final do século XVIII e de seu posterior desenvolvimento.

De fato, a veiculação das idéias democráticas pela burguesia liberal da referida época prendia-se à intenção de derrubada do absolutismo. Era a democracia, nesse primeiro momento, menos um conjunto de idéias pronto e acabado de organização do Estado e mais um “grito de guerra”² contra o poder exercido de maneira arbitrária e autocrática.³

Deve-se ao século XIX o aperfeiçoamento da “teoria da democracia” como forma de governo. É nesse momento que se consagra o modelo democrático da era moderna, a democracia representativa, que passa, então, mediante o labor de seus

1. Cf. SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia Revisitada. São Paulo: Ática, 1994, v. 1, p. 18.

2. Id., v. 1, p. 105.

3. Id., v. 1, p. 277, sobre o termo “autocracia”.

principais ideólogos, como Rousseau, Madison, Bentham, Mill, entre outros, a ser concebido como regime ideal para a proteção da liberdade em face do arbítrio do Estado.⁴

Desde então, o governo democrático vem sendo associado à máxima quase enigmática de Lincoln do “governo do povo, pelo povo e para o povo”⁵ e, mais especificamente, aos princípios liberais de proteção do indivíduo contra o abuso do poder estatal.

Reconhece-se, desde então, como democrático o governo que preserva as liberdades públicas, direitos fundamentais individuais como a liberdade de locomoção, de comércio, de pensamento e expressão; o governo que evita a concentração de poderes por meio da adoção do princípio da separação de poderes; o governo submetido à lei e legitimado pela realização periódica de eleições, momento em que o “povo” exprimiria sua “vontade suprema” e delegaria aos seus mandatários o poder de governá-lo por determinado período.

Entretanto, todos sabem que, durante o século XIX, o debate em torno desse ideário e, principalmente, a sua aplicação não foram nada pacíficos. Incessantes foram os conflitos, ora por reação das monarquias que tiveram seu poder confiscado, ora por pressão do proletariado que se formava nos centros urbanos (classe submetida a condições de vida absolutamente degradantes e sem direito de votar nas eleições), ora por resistência da burguesia que, tendo ascendido à condição de classe dominante, se consolidava no poder do Estado e portava-se dubiamente como liberal no plano econômico, mas autocrática no plano político e social.

De qualquer sorte, as idéias democráticas prevaleceram e o Estado Democrático desenvolveu-se em meio a todos esses conflitos sociais e, até mesmo, em razão da pressão deles advinda. A chamada democracia representativa e liberal fortaleceu-se e atingiu o ápice de seu prestígio entre o final do século XIX e o início do século XX em razão, principalmente, da gradativa universalização do sufrágio.⁶

A ampliação da democracia representativa conduziria a uma profunda mudança no perfil do Estado. Ela impulsionou o exercício das liberdades públicas e,

4. Cf. HELD, David. *Modelos de Democracia*. Belo Horizonte: Paidéia, 1987, p. 55.

5. Cf. LINCOLN, Abraham. *Great Speeches*. Nova York: Dover, 1991, p. 103.

6. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 402.

sob pressão dos eleitores, foram consagrados os direitos sociais, direitos fundamentais de segunda geração.⁷ A partir de então, o Estado passou a ingerir em todo o tecido social, regulando relações de toda a natureza.⁸

Essa renovada democracia, proveniente da massificação do sufrágio e do reconhecimento dos direitos fundamentais sociais, tornada norma jurídica pela fórmula da Constituição Alemã de Weimar,⁹ continuava fiel, no plano político, ao modelo puramente representativo. Não era nada incomum que constitucionalistas do maior quilate, muito embora afirmassem que o princípio democrático implicasse a manutenção de uma relação direta entre o governo e o povo, se opusessem às “inovações democratizantes”, especialmente com relação à atuação da Administração Pública.¹⁰

A democracia passa então a tentar conciliar intervencionismo estatal, no plano socioeconômico, com liberalismo, no plano político e jurídico. Melhor dizendo, pretende-se que o Estado passe a realizar políticas sociais e impulsionar a economia, mas se espera que os instrumentos liberais de contenção do poder do Estado sejam suficientes para continuar a coibir o arbítrio.

Esse modelo demora muito para se firmar. Os inúmeros regimes autoritários da primeira metade do século XX (com destaque para os genocidas nazista, fascista e stalinista) e o advento de duas grandes guerras mundiais sufocaram a hegemonia da democracia.

No Brasil, muito embora proclamada a República desde a virada do século XIX, o coronelismo, o clientelismo, a fraude costumeira das eleições e a ditadura de Getúlio Vargas também não foram capazes de nos dar um governo verdadeiramente democrático.¹¹

7. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 6. Ver também: ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 53-105.

8. Cf. CHEVALLIER, Jacques. L'État de Droit. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, v. 2, p. 376, 1988. Ver também: MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 94.

9. Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madri: Alianza, 1992, p. 246 et seq.

10. Id., p. 260/265.

11. Cf. BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A Cidadania Ativa*. São Paulo: Ática, 1996, p. 25-26.

O final da segunda guerra mundial trouxe de volta os ventos da democracia. Como salienta Held,¹² o clima do pós-guerra “parece ter gerado uma maré de promessas e esperanças por uma nova era marcada por progressivas mudanças nas relações entre Estado e sociedade”. José Afonso da Silva¹³ também descreve esses fatos, narrando o desenvolvimento histórico do Estado pela passagem do Estado de Direito para o Estado Social de Direito e, em seguida, para o Estado Democrático de Direito. Habermas¹⁴ confirma que a existência e a manutenção do Estado de Direito está atualmente associada à radicalização da democracia.

Mas a contradição entre intervencionismo econômico-social e liberalismo político-jurídico continuava subjacente à ordem democrática do pós-guerra.

Não tardou para que a ciência política viesse diagnosticar os problemas vivenciados pela democracia representativa:¹⁵ (1) oligarquização dos partidos políticos; (2) excessiva profissionalização da política; (3) desinteresse dos eleitores pela participação política; (4) incapacidade dos parlamentares para identificar e resolver os complexos problemas inerentes à atuação estatal no domínio social e econômico; (5) falta de educação política dos eleitores, levando-os a optar mais emotiva do que racionalmente, no momento de escolha dos governantes; (6) dificuldade de contenção do abuso do poder econômico nas eleições; (7) influência nociva dos meios de comunicação de massas;¹⁶ (8) personalização excessiva do processo eleitoral; (9) desprestígio da lei enquanto instrumento normativo; (10) concentração de poderes nas mãos da burocracia do Executivo; (11) cerceamento do debate parlamentar mediante a edição de atos normativos com força de lei pelo Executivo.

Em que pese não se ter encontrado, até o momento, uma fórmula apta a resolver definitivamente todos esses problemas, uma das soluções encontradas pelas Constituições editadas ou reformadas a partir da década de 1970

12. Cf. HELD, David, op. cit., p. 201.

13. Cf. SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 99.

14. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997, v. 1, p. 13.

15. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Revisão da Doutrina Democrática. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 1, 1992, p. 19/37.

16. Cf. SARTORI, Giovanni, op. cit., v. 1, p. 145.

(Constituição portuguesa de 1976, Constituição espanhola de 1978, Constituição brasileira de 1988, dentre outras) foi a adoção da democracia participativa ou, como alguns preferem dizer, da democracia semidireta como princípio de estruturação do Estado.

1.2 A democracia participativa

Com essa inovação não se verificou, de fato, o abandono completo do modelo democrático liberal, ou seja, da democracia representativa. A manutenção da maior parte do instrumental democrático liberal, concordamos com Bobbio,¹⁷ demonstrou-se um pressuposto para a efetivação de um regime verdadeiramente democrático.

O que empiricamente se constata é que, hoje, os institutos da democracia representativa são acompanhados e, em alguns aspectos, até mesmo substituídos por instrumentos participativos ou de democracia semidireta.¹⁸

A democracia participativa surge, portanto, em face dos problemas enfrentados pela democracia representativa, para reforçar os controles sobre a atuação estatal.¹⁹

Como revela o seu próprio nome, a democracia participativa baseia-se na abertura do Estado a uma participação popular maior do que admitida no sistema da democracia puramente representativa. Para tanto, a democracia participativa conta com instrumentos institucionais até certo ponto novos (iniciativa popular de leis, referendo), que importam na modificação do modo de atuação de todos os poderes estatais e na alteração do relacionamento Estado-sociedade.

Se a adoção, pelos ordenamentos constitucionais, dos institutos jurídicos da democracia participativa é recente, o mesmo não se pode dizer de sua concepção teórica. A democracia participativa foi, em verdade, revisitada a pretexto de

17. Cf. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*, op. cit., p. 20.

18. Id., p. 41. Com o mesmo enfoque ver também BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita, op. cit., p. 15.

19. Cf. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 151.

resolver os impasses do sistema representativo, pois faz parte de uma tradição antiga que remonta à Comuna de Paris, ao anarquismo, ao socialismo utópico e, guardadas as devidas proporções, até mesmo à democracia ateniense.²⁰

O que se pode afirmar, no entanto, é que nunca, como hoje, a participação popular foi colocada em tão grande relevo na ordem dos pré-requisitos para a efetiva realização da democracia.

Quando assim nos expressamos, fazemos referência a uma participação ativa do cidadão, participação entendida como “tomar parte pessoalmente”,²¹ como vontade ativa, predeterminada, consciente ou, porque não dizer, cívica.

Essa conclusão é tirada da obra de diversos e renomados autores. O liberal John Rawls,²² por exemplo, entende como sendo um dos fundamentos da liberdade o fato de os cidadãos intervirem na criação das instituições sociais em nome de seus “interesses superiores” (interesse público) e de seus fins últimos. Os cidadãos são, nessa medida, para o mesmo autor, “fontes autônomas de reivindicações fundadas”, melhor dizendo, devem ser participantes ativos da vida política para que se preserve a continuidade da democracia.²³

Burdeau,²⁴ a exemplo de Kelsen, classifica as formas de governo segundo o critério da participação, identificando dois tipos de governo: o democrático e o autocrático — sendo o primeiro caracterizado pela autonomia (participação dos indivíduos na produção do Direito) e o segundo pela heteronomia (não participação dos indivíduos na produção do Direito).

Entre nós, Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁵ observa que a intensificação da participação popular é fator fundamental para a conservação da democracia, bem como para sua efetividade, reconhecendo as limitações do sufrágio. Vale citá-lo textualmente:

20. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 409.

21. Cf. SARTORI, Giovanni, op. cit., v. 1, p. 159.

22. Cf. RAWLS, John. *Justice et Démocratie*. Paris: Seuil, 1996, p. 112.

23. Cf. RAWLS, John, op. cit., p. 356.

24. Cf. BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Droit Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 1995, p. 98.

25. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia Possível*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 32/55.

O voto é, sem dúvida, uma das manifestações da participação popular que reclama a Democracia. Essa participação, contudo, não pode ser resumida ao rito do voto, portanto não deve ser medida em termos de extensão do direito do voto e de elegibilidade. Tem ela outro parâmetro, seguramente mais significativo — a intensidade dessa participação. Não é por mera coincidência que nos países considerados mais democráticos fervilham as associações cívicas, e é grande a preocupação do cidadão com o que é comum a todos, com a “res publica”. Só a participação intensa fortalece a Democracia, o rito do voto pode muitas vezes apenas travesti-la.

Para José Afonso da Silva,²⁶ a democracia participativa está definitivamente ligada ao chamado Estado Democrático de Direito:

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

Para Dalmo de Abreu Dallari,²⁷ a participação política ativa é um dos pressupostos da vida social democrática e configura-se como um dever inerente à cidadania.

26. Cf. SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 106.

27. Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 89-90.

Enfim, é possível dizer que decorre atualmente da democracia, tal como regulada na Constituição brasileira de 1988 e em diversas outras constituições, um verdadeiro princípio jurídico, o princípio da participação,²⁸ que passa a ser encarado como pré-requisito da perfeita concretização da ordem democrática.

1.3 O atual estágio de desenvolvimento da democracia e a participação na Administração Pública

Também é necessário constatar e afirmar que a democracia, em seu grau de desenvolvimento mais atual, está preocupada com a realização do chamado *status activae civitatis*, ou seja, a democracia hodierna tem como finalidade a plena realização dos direitos políticos de “interferência das pessoas na própria atividade do Estado, na formação de sua vontade”.²⁹

Não se pode certificar que esse modelo virá a se tornar definitivo ou mesmo mundialmente hegemônico, considerando-se o ritmo com que se operam atualmente as mudanças sociais. No entanto, é certo que as democracias participativas têm revelado grande vitalidade, combinando os tradicionais institutos da democracia representativa com outros de democracia semidireta.³⁰

Antecipe-se que a participação infiltra-se no exercício de todas as funções estatais. O Legislativo abre-se ao referendo, ao plebiscito e à iniciativa popular de leis, devendo contar também com a colaboração dos cidadãos no exercício da fiscalização do Executivo. O Judiciário passa a contar com diversos instrumentos participativos tais como as ações populares, os mandados de segurança coletivos, dentre outros. A Administração Pública, por seu turno, contará com o administrado para exercício de funções decisórias, consultivas ou de controle.

Logo, nenhum poder e nenhuma função estatal restam imunes à participação popular, princípio informativo do Estado Democrático de Direito.

28. Cf. SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 114/119.

29. Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1993, t. IV, p. 85. Ver também, com o mesmo enfoque, HABERMAS, Jürgen, op. cit., v. 1, p. 107.

30. Cf. BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel, op. cit., p. 132.

Vê-se, portanto, que o desenvolvimento democrático, refletido na constitucionalização da democracia participativa, é uma das razões fundantes da institucionalização da participação popular nas decisões e no controle da Administração Pública.

Como diz Canotilho (em elaboração teórica das mais úteis ao presente estudo e com a qual concordamos inteiramente), a democracia é um princípio normativo não somente informador do Estado, mas também, o que nos interessa primordialmente, um princípio de organização³¹ que “implica a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir ‘inputs’ políticos democráticos”.

Encontra-se estabelecido constitucionalmente, desse modo, aos cidadãos “enquanto administrados (...) específicos direitos de participação no exercício de função administrativa de Estado — ‘maxime’ quando estejam em causa direitos econômicos, sociais e culturais — e na relevância de grupos de interesses, de associações e de instituições em processos de decisão a nível de Estado”.³² Não se objetiva, portanto, que o Estado continue a atuar solitariamente, mas que conte com a colaboração de “entidades da sociedade civil, entidades privadas ou afins” para o desenvolvimento de atividades que importem na “efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais”.³³

Assiste-se, desse modo, no plano da Administração Pública, à criação de novas formas de atuação, inspiradas no postulado da democracia participativa, que alteram a relação da Administração não só com os administrados, mas também com seus próprios agentes e com sua estrutura hierárquica.³⁴

Passamos a falar, assim, da democracia no sentido de “democracia de funcionamento”,³⁵ isto é, da adoção de instrumentos que interferem no modo

31. Cf. CANOTILHO, J. J., op. cit., p. 417-418.

32. Cf. MIRANDA, Jorge, op. cit., t. IV, p. 346.

33. Id., t. IV, p. 347. Ver, com o mesmo enfoque, ainda, CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 393.

34. Cf. RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1994, p. 20.

35. Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 25.

de atuar da Administração, de maneira a torná-la mais aberta à influência externa ou aos “inputs” dos administrados, mais “responsiva”,³⁶ enfim.

Importante aclarar que a ligação que fizemos entre a democracia, segundo suas proposições mais recentes, e a criação de institutos de participação popular na Administração Pública é confirmada por diversos autores, dentre eles Forsthoff,³⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁸ e Bobbio.³⁹

Para este último, a participação na Administração é fruto do avanço social dos ideais democráticos, que superam hoje a esfera das relações meramente políticas (cidadão-Estado) para abranger toda uma sorte diversa de relações (Administração-administrado; pais-filhos; empresários-trabalhadores; médico-doente; empresas-consumidores).

Para a eminente administrativista brasileira,⁴⁰ na presente fase do desenvolvimento democrático a participação do particular se dá mediante a atuação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública, tornando-se uma característica essencial do Estado de Direito Democrático, porque aproxima mais o administrado da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade.

Sendo assim, diante de todas as observações alinhavadas até o presente momento, parece-nos absolutamente correto concluir que os institutos jurídicos que servem de instrumento à participação popular na Administração Pública encontram supedâneo político na democracia participativa, ou melhor, que o atual estágio de desenvolvimento político da democracia justifica a adoção pelo ordenamento jurídico desses institutos participativos.

36. Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, p. 58/65.

37. Cf. FORSTHOFF, Ernst. Concepto y Esencia de Estado Social de Derecho. In: *El Estado Social*. Madri: CEC, 1986, p. 100.

38. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 37.

39. Cf. BOBBIO, Norberto. *O Futuro...*, op. cit., p. 54.

40. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1993, p. 133.

Além disso, como fruto das observações que fizemos, já é possível notar que, do ponto de vista jurídico, a democracia deve ser considerada um princípio jurídico publicista, de grandeza constitucional, bem como a participação. Esta última, mais precisamente, um princípio cuja matriz é o próprio princípio constitucional democrático. Mas não é chegado ainda o momento de tratar dessa discussão, que será aprofundada no desdobramento do presente estudo.

Capítulo 2

O Estado de Bem-Estar e a Organização da Administração Pública

2.1 O advento do Estado de Bem-Estar e a ampliação das tarefas da Administração Pública

O século XX deu à Administração Pública, em toda a parte do mundo, uma nova feição. Prova disso é que o próprio significado da expressão — Administração Pública — foi se alterando no decurso do último século, com a modificação de seu sentido material ou objetivo,⁴¹ na medida em que muitas atividades se somaram ao quadro do que se usa chamar função administrativa do Estado.

De fato, a Administração Pública tornou-se fundamental para a vida da coletividade,⁴² agigantando-se como órgão interventor na economia, tanto nos países capitalistas, como nos demais. Propulsora ou, ao menos, mediadora do desenvolvimento econômico⁴³ e curadora dos direitos humanos, individuais e sociais, esses foram os papéis que o século XX reservou para a atuação da Administração Pública.

41. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 49.

42. Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, op. cit., p. 29.

43. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 21.

O fenômeno que ora se descreve está relacionado com o advento do chamado “Estado de Bem-Estar”, “Wellfare State”, ou ainda, “Estado Providência”, um Estado mais atuante que, ao menos em tese, “não se limita a manter a ordem pública, mas desenvolve inúmeras atividades na área da saúde, educação, assistência e previdência social, cultura, sempre com o objetivo de promover o bem-estar coletivo”⁴⁴ e realiza ampla intervenção no domínio econômico, condicionando, estimulando e fiscalizando as atividades da iniciativa privada, ou ainda exercendo diretamente atividades econômicas.

O chamado Estado de Bem-Estar resulta, basicamente, das forças econômicas que nortearam a reforma do capitalismo na primeira metade do século XX. Após a grande crise econômica dos anos trinta, consolidou-se, na grande maioria dos países, a prática do intervencionismo estatal na economia. O antigo Estado de fachada liberal, “que se limitava a prover regras básicas para o comércio e a sociedade civil e oferecer polícia, prisões e Forças Armadas para manter afastado o perigo externo e interno”,⁴⁵ cede todo seu espaço às modernas burocracias, que reivindicam o gerenciamento da economia a partir do Estado. Como salienta o historiador Hobsbawm:⁴⁶

Os governos capitalistas estavam convencidos de que só o intervencionismo econômico podia impedir um retorno às catástrofes econômicas do entreguerras e evitar os perigos políticos de pessoas radicalizadas a ponto de preferirem o comunismo, como antes tinham preferido Hitler.

Pode-se afirmar que o Estado de Bem-Estar atingiu seus objetivos (ou, ao menos, boa parte deles) somente nos chamados países do primeiro mundo, nas regiões mais industrializadas do planeta.⁴⁷ Mas não é menos certo reconhecer

44. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 21. No mesmo sentido, RIVERO, Jean; WALINE, Jean, op. cit., p. 20.

45. Cf. HOBSBAWM, Eric. *A Era dos Extremos*. São Paulo: Cia. das Letras, 1996, p. 141-142.

46. Id., p. 176.

47. Dados econômicos revelam que, no fim da década de 1970, todos os Estados capitalistas avançados haviam se tornado Estados de Bem-Estar, com seis deles gastando mais de 60% de seus orçamentos na seguridade social (Austrália, Bélgica, França, Alemanha Ocidental, Itália, Países Baixos), situação absolutamente contrastante com os países do chamado “terceiro mundo” — Cf. HOBSBAWM, Eric, op. cit., p. 279.

que o modelo intervencionista de atuação do Estado na economia, embora não lograsse os mesmos resultados satisfatórios de sua aplicação nos países economicamente mais desenvolvidos, radicou-se na grande maioria dos países do globo, resultando no que hoje muitas vezes costuma-se chamar de “sobrecarga” da Administração Pública.⁴⁸

A Administração Pública assumiu, dessa forma, uma série de tarefas aparentemente contraditórias com o sistema econômico de acumulação do capital, mas, na verdade, absolutamente compatíveis com os objetivos deste, pois se visavam, de um lado, constranger a espoliação das classes menos favorecidas, visavam também, como diz Alaôr Caffé Alves,⁴⁹ “salvaguardar os interesses gerais (e não singulares) do capital coletivamente considerado”.

A presença da Administração Pública na vida dos cidadãos cresceu de tal modo, que se tornou usual afirmar, em todos os países que seguiram o sistema continental europeu, que deixou de existir atividade social, cujo exercício não se vinculasse, em maior ou menor grau, com o Direito Administrativo.⁵⁰

Praticamente todos os Estados do mundo, na segunda metade do século XX, passaram a dotar sua Administração Pública de poderes que tinham como objetivo tornar mais seguro e previsível o devir da economia e, mais contundentemente, promover o crescimento econômico. Entre as décadas de 50 e 60, do último século, o chamado “keynesianismo” fez da Administração Pública uma eminente planejadora da economia, o que levou Toffler⁵¹ a constatar:

Na França, o “Plan” se tornou um aspecto regular da vida nacional. Na Suécia, Itália, Alemanha e Japão, os governos intervêm ativamente no setor econômico, para defender certas indústrias, capitalizar outras, e

48. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 27. Para um resumo das teorias de “sobrecarga” da Administração Pública ver ainda: HELD, David, op. cit., p. 209/215; SARTORI, Giovanni, op. cit., v. 1, p. 232 e CAMPILONGO, Celso Fernandes, op. cit., p. 22-23.

49. Cf. ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 241.

50. Cf. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 105.

51. Cf. TOFFLER, Alvin. *O Choque do Futuro*. 5. ed. São Paulo: Record, p. 358.

acelerar o crescimento. Nos EUA e na Grã-Bretanha, até mesmo os governos regionais se munem de algo que pode ao menos ser chamado de Secretaria de Planejamento.

Essa ampliação de atribuições da Administração levou, até mesmo, à formulação de teorias que apregoavam a crise do conceito de serviço público, que outrora definira a própria autonomia do Direito Administrativo.⁵²

Canotilho também teorizou sobre esse estado de coisas, constatando que se passou a impor à Administração Pública a atribuição de criar e manter os pressupostos materiais para a realização da democracia social e econômica, o que chamou de “funções de Estado de terceira ordem”.⁵³ Para o brilhante constitucionalista português:

Isto significa que o quadro das funções do Estado não se reduz à manutenção da segurança interna e externa do Estado, à manutenção de uma ordem, quadro para o exercício de liberdade política e econômica (funções de Estado de primeira ordem). Também as funções de Estado não se reconduzem a uma política de «intervenção» e «estímulo» com o fim de criar instrumentos de «integração» necessários à organização capitalista da economia (funções de Estado de segunda ordem). Avançou-se para funções de Estado de terceira ordem que pressupõem **intervenções qualitativas na ordem econômica existente. Estas intervenções não se limitam a uma função de direcção (Steuerung durch Recht, Lenkungsrecht) ou de «coordenação» de uma «economia de mercado»; são instrumentos de transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais (...)** (grifamos).

Observe-se, porém, que a Administração não deixou de realizar as tarefas que a ela eram delegadas sob a égide do modelo econômico liberal. Continuou

52. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionariade...*, op. cit., p. 25.

53. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 479.

realizando-as e acrescentou a esse rol as diferentes tarefas inerentes ao intervencionismo econômico e à preservação do bem-estar.⁵⁴

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

Ora, a partir deste quadro, não resta dúvida de que as funções da Administração Pública não somente foram ampliadas como se tornaram muito mais complexas com o Estado de Bem-Estar. Afinal, passou-se a exigir da Administração Pública um modo de atuar direcionado à plena eficiência.

Hely Lopes Meirelles⁵⁵ já nos falava do “dever de eficiência” da Administração Pública nos seguintes termos: “Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. (...) Neste ponto, convém ressaltar que a técnica é hoje inseparável da Administração e se impõe como fator vinculante em todos os serviços públicos especializados, sem admitir

54. Sobre as tarefas da Administração Pública no Estado Social e Democrático de Direito ver DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 15.

55. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 90-91.

discricionarismos ou opções burocráticas nos setores em que a segurança, a funcionalidade e o rendimento dependam de normas e métodos científicos de comprovada eficiência”.

Melhor explicando, pode-se dizer que, para além da atuação como mera fiadora de uma esfera individual de liberdades, requer-se do Estado de Bem-Estar que a Administração Pública seja a **realizadora eficiente de uma pluralidade de serviços, intervenções econômicas, entre outras atividades**, que visem fornecer à coletividade um **coeficiente mínimo de igualdade**,⁵⁶ de modo a possibilitar aos seus membros o pleno desfrute da **cidadania**.

Ademais, o Estado de Bem-Estar cria, em relação aos cidadãos, uma nova consciência da cidadania. Os cidadãos, na verdade, passam a ser mais exigentes, colocando-se frente à Administração Pública como clientes que dependem da eficiência dos serviços, dos programas e dos bens coletivos fornecidos pelo Estado, para lograrem os seus meios de sobrevivência e de bem-estar material, social e cultural.⁵⁷

Portanto, a persecução da eficiência coloca-se como objetivo permanente do Estado de Bem-Estar, e a regulamentação empreendida pelo Direito Administrativo teria, nesse contexto, a finalidade de prover a Administração de um conjunto de instrumentos aptos a sua concretização.

Conforme veremos em seguida, os institutos de participação popular na Administração Pública apresentam essa faceta instrumental, ou seja, são voltados a imprimir maior eficiência à atuação administrativa. Acontece, entretanto, que não há, nos primeiros momentos da fundação do Estado de Bem-Estar, qualquer referência aos institutos de que tratamos aqui. É somente num segundo momento da existência do Estado de Bem-Estar que se passa a falar em participação do cidadão na Administração Pública.

56. Cf. RIVERO, Jean; WALINE, Jean, op. cit. p. 21.

57. Cf. OFFE, Claus. *Capitalismo Desorganizado*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 269. Ver ainda HABERMAS, Jürgen, op. cit., v. 1, p. 109.

2.2 A contradição entre o “modelo weberiano” de organização da Administração Pública e o Estado de Bem-Estar

Os motivos dessa gênese tardia estão certamente relacionados com o fato de que, no primeiro momento da existência do Estado de Bem-Estar, a atuação e a organização da Administração Pública encontravam-se totalmente pautadas por um modelo que podemos denominar “weberiano”.⁵⁸

Com efeito, partindo de uma visão autodenominada “sociológica”, Weber constatou que o sistema econômico capitalista necessitaria de uma Administração Pública organizada racionalmente, cujo funcionamento fosse tão previsível e regular quanto o funcionamento de uma máquina, baseado em princípios e normas gerais fixos.⁵⁹ Defendia Weber a idéia segundo a qual essa máquina administrativa careceria de um corpo de funcionários profissionalizados; a chamada “estrutura burocrática”, na qual: “a norma, a finalidade, o meio e a impessoalidade ‘objetiva’ dominam sua conduta”.⁶⁰ Neste modelo, a Administração Pública deveria ser (1) regida impessoalmente pela lei e pelo saber dos técnicos, a burocracia; (2) hierarquizada em sua organização interna e dividida segundo ramos de especialização e profissionalização; (3) vinculada a regras formais de funcionamento; (4) racional, segura e previsível em sua atuação.⁶¹

Entendia Weber, enfim, que, se organizada na conformidade desses pressupostos, a Administração Pública conseguiria otimizar a realização de seus objetivos, logrando, dessa forma, monopolizar a “coação física legítima”,⁶² substrato de toda a ação estatal.

Burocracia, eficiência e legitimidade, podemos resumir, é o trinômio que representa os pilares de sustentação da Administração Pública, sob a égide do

58. Cf. TIMSIT, Gérard; BELLOUBET-FRIER, Nicole. L'Administration en Chantiers. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, “Extrait”, Paris, p. 299 e MORON, Miguel Sanchez. Notas sobre la Función Administrativa en la Constitución Española de 1978. In: PREDIERI, Alberto; ENTERRIA, E. García de (Dir.). *La Constitución Española de 1978*. Madri: Civitas, 1989, p. 633.

59. Cf. WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 1.061-1.062.

60. Id., p. 752.

61. Id., p. 173 et seq.

62. Id., p. 704 et seq. e 1.060.

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

Na prática, entretanto, o modelo weberiano não se revelou perfeitamente apto a tornar a Administração Pública do Estado de Bem-Estar mais racional, mais eficiente ou mais legítima.

As deficiências desse modelo, na verdade, não derivam de falta de coerência teórica de seu autor. A obra de Weber impressiona pela acuidade, pela coerência de raciocínio e pela visão global dos problemas vividos pela Administração Pública. Weber, entretanto, pensou e escreveu antes da crise capitalista de 1929, antes da Segunda Grande Guerra Mundial, antes, enfim, do acima descrito agigantamento da Administração Pública. São, portanto, as profundas mudanças no papel da Administração Pública no decurso do século XX que motivam as deficiências do modelo weberiano.

Na tentativa de sistematizar essa reflexão, podemos verificar, em apertado resumo, que praticamente todos os pilares do modelo weberiano de organização da Administração Pública ruíram durante os anos em que se positivou o chamado Estado de Bem-Estar: (1) as vicissitudes da burocracia a tornaram, ao contrário do que previra Weber, um grande obstáculo à eficiência das ações estatais;⁶³ (2) a quantidade e a complexidade das novas atividades desempenhadas pela Administração Pública fizeram com que fosse necessário dotar a Administração de amplos poderes regulatórios, emasculando o princípio da estrita legalidade e, conseqüentemente, diminuindo a segurança jurídica dos administrados em função da atuação estatal; (3) a hierarquização, aliada ao crescimento dos quadros funcionais da Administração, conduziu não ao estrito controle da

63. Consultar sobre o tema, obrigatoriamente, MATHIOT, André. *Bureaucratie et Démocratie*. In: *Pages de Doctrine*. Paris: PUF, 1980, v. 1, p. 232-233.

máquina administrativa, mas à irresponsabilidade dos funcionários subalternos, descompromissados com os objetivos maiores do serviço público; (4) a vinculação à forma deu lugar ao “formalismo”, chaga que conduziu invariavelmente a Administração a esquecer os seus objetivos primordiais em prol de um estéril apego às formalidades procedimentais; (5) o distanciamento da Administração em relação à sociedade, por fim, não a tornou impessoal, racional ou técnica, mas dominada por interesses políticos desligados dos objetivos da maioria dos cidadãos e, conseqüentemente, ineficiente e ilegítima.

Interessante fazer referência, neste ponto, ao caso do Brasil. O Estado intervencionista, em tese, deveria legitimar-se mediante a formação de um consenso “no nível infralegal” e em razão de sua “eficiência decisória”. Esses conceitos se deformaram facilmente, no caso brasileiro, por conta de uma ênfase muito grande à “eficiência gerencial” e, conseqüentemente, de um crescimento desmedido do setor público através da multiplicação de empresas estatais, autarquias e fundações. Esse processo conduziu-nos, segundo salienta Faria,⁶⁴ à seguinte situação: “o Estado tornou-se forte para reprimir a sociedade civil, mas até certo ponto fraco para implementar políticas públicas realmente hegemônicas”.

Não resta dúvida, portanto, de que há um descompasso flagrante entre o modelo weberiano de organização da Administração Pública, eminentemente voltado ao atendimento das necessidades do Estado Liberal, e o Estado de Bem-Estar. Certamente, é essa inadequação uma das causas do surgimento de teorias que apregoam a crise do Estado de Bem-Estar e do próprio Direito Administrativo.⁶⁵

Fala-se em crise do Estado de Bem-Estar, na medida em que a Administração Pública não consegue atingir os amplos objetivos a ela colimados com o grau de eficiência desejado.⁶⁶ Há quem chegue a constatar, inclusive, uma

64. Cf. FARIA, José Eduardo. *A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade*. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 23-25, 42-43.

65. Ver a propósito CHEVALLIER, Jacques. *Le Droit Administratif entre Science Administratif et Droit Constitutionnel*, op. cit., p. 26 et seq.

66. Na verdade a crise do Estado de Bem-Estar parece-nos também associada às seguidas crises econômicas que o sistema global capitalista tem enfrentado desde meados da década de 1970, que levaram à revisão de uma política econômica resultante em crescentes déficits fiscais. Não trilharemos, porém, esse caminho, pois, ao que nos parece, ele nos distanciaria excessivamente dos estreitos objetivos deste estudo.

completa mudança de rumos no Estado de Bem-Estar, afirmando que ele, na atualidade, tende a se tornar um Estado interventor a favor dos ricos.⁶⁷

Fala-se, simultaneamente, em crise do Direito Administrativo, na medida em que a crise do Estado de Bem-Estar é encarada sob o prisma dos mecanismos colocados à disposição da Administração Pública pelo Direito. Melhor dizendo, o Direito Administrativo é colocado em questão, pois se desvendam certas contradições entre seus dogmas básicos, notadamente liberais,⁶⁸ e a realidade, ou ainda, porque se supõe a existência de uma antinomia entre o Direito Administrativo e a eficácia da atuação do Poder Público.⁶⁹

Encontramos, na verdade, três linhas teóricas de análise dessa pretensa *crise* do Direito Administrativo. Há, primeiramente, quem defenda a idéia de *crise* face ao desatendimento do parâmetro eficientista imposto à Administração Pública pelo Estado de Bem-Estar, sob o enfoque *gerencial*. Para esses autores, o Direito Administrativo é considerado um conjunto de normas excessivamente rígido, que atrasa, incomoda ou impede constantemente as mudanças de rumo necessárias para uma atuação eficaz da Administração Pública. Para os teóricos defensores dessa abordagem, geralmente ligados à ciência da administração, não é concebível qualquer eficiência administrativa sem o afrouxamento dos constrangimentos que o Direito Administrativo impõe. Convida-se, portanto, a Administração a se inspirar no Direito Privado e em princípios de gestão em voga nas empresas privadas, pressupondo-se que haveria identidade entre os problemas que as organizações públicas e privadas teriam que enfrentar.⁷⁰

Exemplo desse tipo de abordagem teórica encontramos, no Brasil, no documento chamado “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, divulgado pela Presidência da República, em 1995, onde se lê, por diversas vezes, que o Direito Administrativo constitui um verdadeiro “obstáculo” à eficiência da máquina administrativa e que a proposta de reforma administrativa levada a cabo pelo governo brasileiro tenderia a criar “uma administração pública gerencial”.

67. Cf. GALBRAITH, John Kenneth. *A Cultura do Contentamento*. São Paulo: Pioneira, 1992, p. 77.

68. Cf. MORÓN, Miguel Sánchez. *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, p. 18 e 39.

69. Cf. CHEVALLIER, Jacques, op. cit., p. 30.

70. Ibid.

Outra explicação da suposta *crise* do Direito Administrativo é feita pelos autores adeptos do chamado *neoliberalismo*. Como nos informa Jacques Chevallier,⁷¹ os neoliberais partem também do questionamento do Direito Administrativo, do ponto de vista de sua eficácia, para apregoar a antinomia do Direito Administrativo em relação aos princípios fundamentais do liberalismo. A contestação neoliberal, que se desenvolveu com mais força a partir de meados da década de 1970, na esteira das diversas crises econômicas que enfrentaram os países capitalistas, desde então, não apresenta grandes novidades em relação às clássicas teorias liberais. Censura-se o Direito Administrativo por ser, em essência, um Direito de desigualdade e privilégio, através do qual se assegura a supremacia da Administração em relação ao indivíduo. Irreversivelmente marcado pela unilateralidade, o Direito Administrativo expressaria, para os neoliberais, uma retrógrada idéia de tutela da sociedade pelo Estado.⁷²

A terceira via de análise do tema da *crise* do Direito Administrativo coincide com a abordagem que ora desenvolvemos. Seus teóricos são opositores do enfoque *neoliberal*, mas não totalmente desvinculados da idéia gerencial de buscar a maior eficiência na atuação da Administração Pública. Esses autores identificam a suposta *crise* do Direito Administrativo com a transição do superado paradigma *weberiano* de organização da Administração Pública para um novo modelo organizacional, conforme acima asseveramos.

Exemplo dessa terceira corrente encontraremos em Timsit e Frier,⁷³ para quem a Administração Pública, na atualidade, passa a adotar novos métodos de atuação, baseados na “cultura do diálogo” e na oitiva das divergências sociais. Segundo esses doutrinadores, na atualidade, verifica-se a tendência de a Administração Pública não mais se afirmar, contrapondo-se à atuação da sociedade civil (o papel principal da Administração Pública seria o de favorecer o trabalho da sociedade sobre ela mesma). Além disso, as relações entre a Administração Pública e a sociedade não mais seriam de tutela, pois a Administração dependeria da vitalidade das mediações sociais e do dinamismo

71. Ibid. Descrevendo os argumentos neoliberais, ver também DUBOIS, Françoise; ENGUÉ-LÉGUÉLÉ, Maurice; LEFÈVRE, Géraldine; LOISELLE, Marc. La Contestation du Droit Administratif dans le Champ Intellectuel et Politique. In: *Le Droit Administratif en Mutation*. Paris: PUF, 1993, p. 159 et seq.

72. Cf. HAYEK, F. A. *Droit, Législation et Liberté*. Paris: PUF, 1985, v. 1, p. 79.

73. TIMSIT, Gérard; BELLOUBET-FRIER, Nicole, op. cit.

dos atores sociais. Por fim, para esses teóricos, a Administração, doravante, colocar-se-ia em posição horizontal, e não vertical, em suas relações com a sociedade. Ao lado dos mecanismos tradicionais da coerção, injunção e do constrangimento, a Administração, em sua relação com a sociedade, passaria a utilizar a orientação, a persuasão, a ajuda.

Também nesta linha encontramos Jean Rivero,⁷⁴ para quem a realização das tarefas típicas do Estado de Bem-Estar supõe a modificação de uma massa de comportamentos individuais tão densos e tão diversificados, que parece impossível erigi-la simplesmente em obrigação sujeita aos mecanismos da fiscalização e da sanção pelo descumprimento. Para esse autor, a técnica clássica da decisão unilateral, mediada pela edição de uma obrigação precisa e a possibilidade de punir sua desobediência, se acha então em franco colapso. Ao contrário, a Administração deveria buscar, doravante, impulsionar a adesão através de dois procedimentos indissolúvelmente ligados na prática, a explicação e a participação.

No mesmo sentido, encontramos Chevallier,⁷⁵ para quem a Administração assume, hoje, distanciando-se dos modelos puramente gerenciais ou neoliberais, a função de harmonizar (não mais substituir) o comportamento dos atores sociais, devendo tornar-se transparente e cada vez mais influenciável pela sociedade. Para esse autor, no lugar da imperatividade tradicional, a Administração, hoje, deve procurar mudar suas relações com a sociedade através de técnicas de incitação, procurando o convencimento, a persuasão, a sedução, esforçando-se, enfim, para obter a adesão dos cidadãos às políticas governamentais.

Vale lembrar, na mesma linha, Sanchez Morón⁷⁶ e García de Enterría,⁷⁷ que visualizam os institutos de participação popular na Administração Pú-

74. RIVERO, Jean. A Propos des Métamorphoses de l'Administration d'Aujourd'hui. In: *Pages de Doctrine*. Paris: PUF, 1980, v. I, p. 261-262.

75. CHEVALLIER, Jacques. *Science Administrative*, op. cit., p. 236, 416/418.

76. Cf. MORÓN, Sanches. *Notas Sobre la Función Administrativa*, op. cit., p. 650 e *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*, op. cit., p. 18.

77. Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. Principes et Modalités de la Participation à la vie Administrative. In: DELPERÉE, Francis (Org.). *La Participation Directe du Citoyen à la Vie Politique et Administrative*. Bruxelas, 1986, p. 254.

blica como resultado das deficiências do modelo weberiano e, por fim, Caio Tácito⁷⁸ cuja citação é imperiosa:

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

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

2.3 Os institutos de participação popular como manifestação de um novo “modelo” de organização da Administração Pública

Chega-se, dessa forma, à participação popular na Administração Pública. Do nascimento de um novo modelo de atuação para a Administração Pública, fruto da superação do paradigma *weberiano*; da ineficiência dos mecanismos tradicionais de atuação da Administração baseados na edição de atos unilaterais imperativos, bem como na fiscalização e imposição de sanções; da necessidade, afinal, de atuar como mediadora dos poderes ativos no tecido social, impulsionando a atuação da sociedade sobre ela mesma, como forma de lograr o atingimento dos escopos do Estado de Bem-Estar, erigem-se os institutos de participação popular na Administração Pública.

Como vimos, é certo que o êxito de políticas econômicas, culturais ou de preservação do meio ambiente, atividades típicas do Estado de Bem-Estar, não depende somente das ações da Administração Pública. Nesses casos, como em tantos outros, a adesão dos administrados é fundamental para a eficiência da atuação administrativa. Daí a necessidade de se utilizar instrumentos que procurem o consentimento da coletividade, que procurem, enfim, a aproximação

78. Cf. TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, 1997, p. 1/6.

da sociedade e do Estado,⁷⁹ do burocrata e do cidadão,⁸⁰ do governante e do governado.

É necessário esclarecer que a adoção desse novo padrão de atuar não elimina a unilateralidade, a imperatividade e a coercibilidade das ações administrativas. Presenciamos, no cotidiano da Administração e face às disposições legais vigentes, que a ordem e a sanção continuam presentes e necessárias. Acontece que, agora, esses antigos instrumentos convivem com os novos, baseados na incitação, na persuasão, na transparência e na participação.

Podemos, dessa forma, concluir que os institutos de participação popular na Administração Pública são um fenômeno relacionado à evolução mais recente do chamado Estado de Bem-Estar.

Com efeito, demonstrada a crise do paradigma *weberiano* de organização da Administração Pública, identificada em parte com a *crise* do Estado de Bem-Estar e do próprio Direito Administrativo, um outro modelo de atuação da Administração Pública tem se sedimentado nos mais variados ordenamentos jurídicos. Dentro desse novo modelo, com vistas voltadas à eficiência das múltiplas atividades administrativas inerentes ao Estado de Bem-Estar, encontram-se, em permanente referência, os institutos de participação popular na Administração Pública. Instrumentos de colaboração entre a sociedade e a Administração, de abertura da Administração e, afinal, de busca de consentimento e adesão dos administrados, cada vez mais necessários para a plena realização dos objetivos da função administrativa.

79. Cf. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 51.

80. Cf. JOIN-LAMBERT, Christian. Questions a l'Etat. In: *L'Etat Moderne et l'Administration*. Paris: LGDJ, 1993, p. 12-13.

Capítulo 3

Participação e Estado de Direito

3.1 A teoria liberal do Estado de Direito

No primeiro capítulo deste trabalho, já dissemos que os institutos de participação popular na Administração Pública relacionam-se com o atual estágio de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Na verdade, a expressão Estado Democrático de Direito realiza a ligação de dois conceitos jus-políticos: Estado Democrático e Estado de Direito. Naquela oportunidade, abordamos com intensidade a relação existente entre o Estado Democrático e os institutos de participação. É preciso, agora, ir um pouco mais além e determinar as relações existentes entre esses institutos e o Estado de Direito.

A teorização do Estado de Direito desenvolveu-se a partir do trabalho de juristas alemães do século XIX,⁸¹ tendo se fortalecido, desde então, a idéia do Estado que atua por meio do Direito. Trata-se, originalmente, de formulação liberal que visava proteger o cidadão do abuso do poder e do exercício ilegítimo do poder pelo Estado.⁸²

81. Cf. BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel, op. cit., p. 88.

82. Cf. BOBBIO, Norberto. *A Era ...*, op. cit., p. 148 e SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1992, p. 62.

O princípio básico do Estado de Direito, em sua formulação original, é o da legalidade. Segundo esse princípio, somente a lei, fruto da vontade popular representada pelo Legislativo, pode impor obrigações e somente na esteira de expressa previsão legal deve o Estado atuar.

Retira-se dessa concepção, portanto, uma evidente supremacia da lei e, conseqüentemente, do Legislativo que ditaria o comportamento dos demais órgãos estatais de poder. Nesse sentido, a Administração Pública seria, tão-somente, um órgão estatal realizador dos desígnios da lei; submissa, portanto, à vontade do Legislativo e controlada em seus abusos e desvios pelo Judiciário.⁸³

Logo, o Estado de Direito imporia, em sua concepção clássica, a completa submissão à lei dos atos praticados pelos agentes públicos, o que implicaria, sobretudo, na necessidade de uma mais ampla e independente apreciação judiciária desses atos.⁸⁴

Trocando em miúdos, pode-se afirmar, como tantos já o fizeram, que o Estado de Direito é aquele em que a vontade da lei substitui a vontade do rei, ou seja, é o Estado em que impera a predefinição normativa dos comportamentos estatais; a previsibilidade, enfim, da atuação da Administração Pública.

O Estado de Direito define-se, logo, em oposição ao Estado absolutista ou ao Estado de polícia, onde a vontade do soberano encontrava-se acima da lei, dos magistrados e dos interesses populares.

3.2 A importância atual da teoria do Estado de Direito

É fato que essa formulação liberal gerou, historicamente, uma concepção eminentemente formalista⁸⁵ do Estado de Direito, centrada, singelamente, na idéia de supremacia e hierarquia das leis, o que o levou, em grande medida, a distanciar-se do seu objetivo primordial: o controle da atuação estatal em prol da liberdade dos cidadãos.

83. Cf. CHEVALLIER, Jacques, referindo-se à obra de Carré de Malberg e Jellinek (*L'État de Droit*. Paris: Montchrestien, 1992, p. 17).

84. Cf. RAWLS, John, op. cit., p. 355 e ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 94.

85. Cf. MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, op. cit., p. 96.

Não é menos certo, no entanto, afirmar que, após a Segunda Guerra Mundial e, mais recentemente, com a queda das ditaduras latino-americanas e com a derrubada dos regimes autoritários do Leste Europeu, a discussão sobre o Estado de Direito foi retomada, passando-se a buscar uma definição substancial ou material para o mesmo, visando tornar efetiva a realização de seus ideais mais elevados.

Enfraquece-se, hodiernamente, portanto, a concepção formalista do Estado de Direito, para aprimorar-se uma concepção substancial ou material, centrada na idéia da efetividade dos direitos fundamentais, conforme veremos.⁸⁶

3.3 Conceito substancial de Estado de Direito

Para que se chegasse a esse ponto, muitos passos foram dados. Em primeiro lugar, rejeitou-se a idéia “kelseniana”, segundo a qual o Estado de Direito, ao basear-se no princípio da legalidade (regra do direito), não teria como objetivo a preservação da liberdade dos indivíduos, mas visaria, tão-somente, a definição de uma relação intragovernamental (entre a função criadora do Direito e a função de aplicação do Direito).⁸⁷ Ora, para a formulação de uma teoria substancial do Estado de Direito importa sim, e predominantemente, que a efetivação do Direito se dê com vistas à promoção da liberdade dos indivíduos.

Além disso, reconhece-se o enfraquecimento da lei enquanto instrumento legítimo e efetivo de normatização das ações da sociedade e do Estado. A proliferação dos textos legais, a instabilidade das regras e a degradação da qualidade da norma não deixam que a lei assegure plenamente uma real proteção do cidadão.⁸⁸

Esse “desprestígio” da lei, face a uma concepção eminentemente formalista do Estado de Direito, é confirmado por diversos doutrinadores, entre eles Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁸⁹ para quem:

86. Cf. CHEVALLEIR, Jacques. *L'État de Droit*, op. cit., p. 108 et seq.

87. Cf. KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 269.

88. Cf. CHEVALLIER, Jacques. *L'État de Droit*. Paris: Montchrestien, 1994, p. 143 et seq.

89. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos ...*, op. cit., p. 106.

Conhecidas são as conseqüências disto — e todas elas contribuem para o esvaziamento do Estado de Direito. Uma é a transformação da lei numa “vantagem” com que se aquinhoa um grupo politicamente influente, ou eleitoralmente forte (o que está muito longe de ser a mesma coisa). Outra é a multiplicação das leis que gera uma “inflação”, pois, exprimindo não uma justiça estável, mas servindo a fins políticos mutáveis, muda a toda hora, permitindo num momento o que proíbe a seguir para voltar mais adiante a autorizar.⁹⁰

Da constatação do enfraquecimento da lei, conforme acima expusemos, surge a necessidade de reelaboração teórica do princípio da legalidade. O segundo passo, logo, em busca de uma definição substancial ou material do Estado de Direito foi o alargamento da noção de legalidade, passando-se a compreendê-la não como a mera conformidade das ações estatais à lei formal, mas como a conformidade dessas ações com o Direito.⁹¹

Essa aspiração de conformidade com o Direito conduziu, por sua vez, à extensão dos controles sobre a atividade estatal. No plano do Direito Administrativo, duas conseqüências importantes dessa evolução foram a admissão teórica dos seus princípios gerais⁹² e a vitória da idéia de supremacia da Constituição sobre o Direito Administrativo, fio condutor de uma maior democratização da Administração Pública e de suas formas de agir⁹³

Dessa forma, novos princípios foram sendo elaborados como instrumentos de limitação da discricionariedade administrativa (grandemente acentuada com o intervencionismo econômico), como ampliação, ao lado da legalidade, da esfera de controle sobre a Administração: moralidade, razoabilidade, interesse público, motivação, estão entre eles.⁹⁴

90. Sobre a inflação legislativa no Brasil, através da edição de decretos-leis e de textos legais editados por mera conveniência tecnocrática, importando em descontrole, insegurança e incerteza ver, ainda, FARIA, José Eduardo, op. cit., p. 36-37.

91. Cf. VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif*. Paris: PUF, 1992, p. 444.

92. Cf. CHEVALLEIR, Jacques. *L'État de Droit*, op. cit., p. 79 et seq.

93. Cf. MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, op. cit., p. 149 et seq.

94. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade ...*, op. cit., p. 10.

Reforça-se, ademais, com base nesses princípios, uma vez inseridos de forma explícita ou tácita no âmbito do sistema normativo constitucional, tanto a possibilidade de reação contra a atuação inconstitucional da Administração Pública, como também a capacidade de luta contra a lei opressiva, afrontosa aos princípios gerais integrados à noção do Estado de Direito.⁹⁵

Mas a conquista de um Estado de Direito substancial ou material demandaria, ainda, um terceiro passo. Além do abandono da visão formalista e do alargamento conceitual do princípio da legalidade, impõe-se uma nova dimensão da liberdade e do Direito.

De fato, para o Estado de Direito não basta, hoje, a proteção da liberdade vista sob uma ótica restritiva, tipicamente liberal, que importaria na simples abstenção do Estado de intervir sob qualquer forma na vida social. Firma-se, outrossim, o papel do Estado na promoção da liberdade, entendida esta de forma ampla, identificada com os direitos fundamentais ou direitos humanos.

Desse modo, a consagração de um Estado de Direito substancial passa pela promoção dos direitos humanos ou pela efetividade deles, dando-se uma nova dimensão à liberdade que, desde a origem, é o seu primacial objetivo.

Como salienta Canotilho:⁹⁶

O 'Estado de Direito' da pós-modernidade não pode ser o Estado de Direito da modernidade: num garante-se a sociedade civil perante o autoritarismo do Estado; noutra "aspira-se à respiração" do indivíduo e do privado, depois de asseguradas estadualmente as dimensões inelimináveis da socialidade, igualdade e fraternidade. Num foi necessária a regra do direito contra a ordem autoritária e ingerente; noutra impõe-se o "regresso à regra" como forma de redução da complexidade prestacional do Estado, a fim de impedir a juridicização total da vida e a rigidificação planificante das estruturas autônomas da sociedade.

95. Cf. BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel, op. cit., p. 88.

96. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 395.

Da explanação do ilustre constitucionalista português, além da confirmação do que até aqui defendemos, extrai-se uma segunda conclusão: a de que, além da revisão do conceito de liberdade, enquanto objetivo do Estado de Direito, dá-se, atualmente, uma revisão da própria noção do Direito Público, enquanto meio de atuação do Estado. Ora, segundo a lição acima transcrita, o Direito deve permitir a “respiração” do indivíduo, suas regras devem reduzir a complexidade das prestações realizadas pelo Estado, impedir a “juridicização” total da vida e a “rigidificação” das relações econômicas.

Daí a emergência de um “outro” Direito Público, como salientam diferentes autores — leve, flexível, fluido — que privilegia a via convencional em detrimento dos mecanismos coercitivos, sem, no entanto, abandoná-los.⁹⁷ Os reflexos desse “outro” Direito Público, na esfera do Direito Administrativo, insistimos, importam na utilização cada vez mais freqüente dos institutos que permitam a delegação de atividades públicas a particulares, visando não somente a que a Administração se aproveite da competitividade criada entre os prestadores privados ou governamentais de serviços públicos e demais atividades de interesse público, como também que se aumente o controle global da coletividade sobre essas atividades.⁹⁸

3.4 A participação popular no Estado de Direito contemporâneo

Como se vê, hoje não mais pode ser considerado Estado de Direito aquele simplesmente organizado com base na lei. O Estado de Direito é aquele que possui sua atuação pautada pelo Direito (pela Constituição, pelos princípios gerais de Direito, pelas leis e regulamentos); que possui finalidades extrínsecas, a promoção da liberdade, a realização dos direitos humanos e, para tal empreitada, serve-se de um Direito renovado por instrumentos de atuação que aproximem a sociedade do Estado e que possibilitem a “respiração” do cidadão, como disse Canotilho.

Não é demais reforçar que esse Estado de Direito está, conceitualmente, tão distante do modelo liberal (do Estado que se omite de intervir na vida so-

97. Cf. CHEVALLIER, Jacques. *L'État de Droit*, op. cit., p. 143 et seq.

98. Cf. TIMSIT, Gerard; FRIER, Nicole Belloubet, op. cit. p. 304 et seq.

cial) quanto do modelo “orwelliano” (do Estado “grande irmão” que a tudo e a todos controla em favor de uma casta de privilegiados). O Estado de Direito não se deve negar a intervir ou a promover a igualdade, “dimensões inelimináveis da socialidade”, como salienta Canotilho; só não deve fazê-lo unilateralmente, de cima para baixo, mas mediante a consideração de todas as forças sociais, em meio a elas ou com sua colaboração.

Pois bem, o movimento global de construção desse Estado de Direito material ou substancial reservou espaço destacado à **participação**. O direito positivo testemunha de forma eloqüente que, nos Estados de Direito contemporâneos, a participação do cidadão no desempenho das funções estatais é uma constante, tanto em aspiração como em realidade.

E de outra forma não poderia ser. A participação popular nas funções estatais além de entrosar-se perfeitamente com os elementos do Estado de Direito substancial ou material, acima enunciados, completa-os.

Sim, em primeiro lugar, a participação aproxima a sociedade do Estado, fazendo com que o mesmo se abra para a busca de suas finalidades primordiais, ou seja, compelindo o Estado a dar efetividade aos direitos humanos. Reforça-se, pois, a idéia de que a legalidade não é uma mera regra de funcionamento da máquina estatal, uma finalidade em si, mas, ao contrário, um instrumento em prol da efetividade dos direitos fundamentais.

Em segundo lugar, a participação importa necessariamente na maior legitimação do Estado e do Direito. A participação no exercício das funções estatais “populariza”, se assim podemos dizer, o Direito, dessacralizando-o. O Direito desce do pedestal e passa, de fato, a ser comentado e interpretado em meio aos conflitos, divergências e disputas sociais. Desnudado e politizado, o Direito nada perde, mas, ao contrário, ganha nova força, fruto de sua adequação à realidade social.

A participação popular no Estado de Direito, ademais, representa um avanço nas formas de controle da Administração.⁹⁹ Através dos institutos de participação, a coletividade passa a fiscalizar ativamente os desvios e abusos eventualmente cometidos pela Administração Pública. Ora, o crescimento da Administração Pública sobre a vida social, conforme vimos no capítulo

99. Cf. GORDILLO, Augustín. *La Administración Paralela*. Madri: Civitas, 1997, p. 125/145.

anterior, importou na necessidade da criação de novos mecanismos de controle, visando à proteção dos cidadãos.¹⁰⁰ Daí a criação dos institutos de participação popular em inteira coincidência de objetivos com o Estado de Direito.

Por fim, os institutos de participação popular na Administração Pública, em alguns casos, têm se revelado como instrumentos bastante apropriados para a efetivação dos direitos humanos. Muitos serviços implementados ou fiscalizados pelo Estado, essenciais para o bem-estar da coletividade, têm se aperfeiçoado pela participação organizada dos administrados, conforme veremos no desdobramento deste trabalho.

Importante, ainda, é destacar que a participação popular no Estado de Direito contemporâneo não se dá somente na Administração Pública, mas no exercício de todas as **funções estatais**. Há participação na atuação legislativa, na função jurisdicional e no desempenho da função administrativa.¹⁰¹

Na função legislativa, a participação dos cidadãos se dá, primordialmente, através da escolha dos legisladores pelo **sufrágio universal**, “participação na atribuição do poder”,¹⁰² mas também a veremos na atuação dos chamados **grupos de pressão**¹⁰³ e, particularmente no caso brasileiro, no funcionamento das **Comissões**¹⁰⁴ que realizam audiências públicas com entidades da sociedade civil (art. 58, §2º, II, da CF), recebem *petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas* (art. 58, §2º, IV, da CF) e, ainda, na possibilidade de **iniciativa popular** do processo legislativo (art. 61, *caput* e §2º da CF) para matérias que não sejam da competência reservada de determinado titular,¹⁰⁵ **plebiscito e referendo** (art. 14, incisos I e II, da CF).

100. Cf. DUVERGER, Maurice. *Eléments de Droit Public*. Paris: PUF, 1995, p. 287.

101. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 69.

102. Ibid.

103. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 93-94. Ver também, sobre a legitimidade do chamado “lobby”, RODRIGUES DO AMARAL, Antônio Carlos. *As Relações Governamentais e a Democracia Participativa. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 16, p. 375 et seq.

104. Cf. SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 443.

105. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos ...*, op. cit., p. 203.

A participação na função jurisdicional também merece relevo. Aparentando uma vocação para a neutralidade política, poderia parecer dispensável e até mesmo indesejável ao Judiciário a participação popular no exercício de suas funções. Não é isso, entretanto, o que se afirma atualmente. Já se encontra bastante difundido entre nós o entendimento de que a efetivação do Estado de Direito obriga que também o Judiciário seja participativo, impondo-se a superação do “mito da neutralidade do juiz e de seu apoliticismo”.¹⁰⁶ Reconhece-se, dessa forma, que o processo (instrumento primordial de atuação do Judiciário) possui escopos nitidamente políticos,¹⁰⁷ voltados à consagração do acesso à justiça, entendido este como acesso dos cidadãos à ordem jurídica justa¹⁰⁸ e que a participação torna-se essencial à realização desse desígnio.

Entre nós, os instrumentos de participação popular no Judiciário são muitos. Vão desde a instituição do Júri¹⁰⁹ e de institutos como a notícia de crime, a queixa, a representação e os conselhos de comunidade atuantes na fase de execução criminal,¹¹⁰ até instrumentos de acionamento do Poder Judiciário, visando à fiscalização da atuação da Administração Pública e do Legislativo, tais como: a ação popular, a ação civil pública, os mandados de segurança individual e coletivo e a ação direta de inconstitucionalidade.¹¹¹

106. Cf. PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, Participação e Processo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini (Coord.) et al. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 83/97.

107. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini (Coord.) et al. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 114/127.

108. Cf. WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pelegrini (Coord.) et al. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128/135.

109. Cf. FREITAS, Oscar Xavier de. Participação Popular e Tribunal do Júri. Sistema de Controles. In: GRINOVER, Ada Pelegrini (Coord.) et al. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 262.

110. Cf. FERNANDES, Antonio Scarance. Necessidade de Participação Popular para a Efetividade da Justiça Criminal. In: GRINOVER, Ada Pelegrini (Coord.) et al. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 346/359.

111. Cf. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Ações Populares e Participação Política. In: GRINOVER, Ada Pelegrini (Coord.) et al. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 180/189.

Por fim, também a atuação da Administração Pública, tradicionalmente enclausurada no tecnicismo de suas decisões, na pretensa onisciência dos burocratas e na suposição de que a supremacia do interesse público lhe imporá certo afastamento do interesse dos administrados, conforme apontamos no capítulo anterior, tem sido, com cada vez maior intensidade, permeada pela participação popular, através de institutos que vão desde as diversas formas ampliadas de manifestação do direito de petição do administrado,¹¹² passando pela criação de conselhos consultivos ou deliberativos, até instrumentos de maior complexidade jurídica como a *enquête* do direito francês,¹¹³ as audiências e consultas públicas, a delegação de competências tipicamente públicas para Organizações não Governamentais, que atuam em colaboração com a Administração¹¹⁴ e o nosso — cada vez mais comum — “orçamento participativo”.¹¹⁵

Como se vê, o Estado de Direito contemporâneo inspira a adoção, pelo ordenamento jurídico, dos institutos de participação popular. Institutos que se radicam em todas as funções estatais — legislação, jurisdição e administração.

No terreno específico do Direito Administrativo, os institutos de participação popular podem ser considerados instrumentos necessários à efetivação do objetivo primacial do Estado de Direito, isto é, são ferramentas voltadas à efetividade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, os institutos de participação popular destinam-se ao aperfeiçoamento dos controles sobre as atividades desenvolvidas pela Administração Pública.

112. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação Popular ...*, op. cit., p. 134.

113. Cf. VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. *Le Système Français de Protection des Administrés Contre l'Administration*. Paris: Sirey, 1991, p. 130.

114. Cf. DROMI, Roberto. Renovación en el Derecho Público. In: *Transformaciones del Derecho Público*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1993, p. 155.

115. Cf. GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan de. *Orçamento Participativo – A experiência de Porto Alegre*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1997.

PARTE II

Os institutos de participação popular na administração brasileira

Fixadas, na primeira parte, as finalidades que levam à adoção, pelo Direito Administrativo, dos institutos de participação popular na Administração Pública, nosso objetivo, aqui, é identificar como o ordenamento jurídico trata desses institutos.

Primeiramente, nos certificamos do relevo constitucional da participação popular na Administração Pública, ou melhor, do significado jurídico que a Constituição brasileira de 1988 lhe empresta.

Em seguida, a partir de uma amostragem exemplificativa desses institutos, tanto no direito brasileiro como no direito comparado, sistematizamos a sua análise, na intenção de dissecar sua natureza jurídica e seu modo de funcionamento, direcionando a discussão que se fará no desdobramento deste trabalho.

Capítulo 4

O Princípio Constitucional da Participação Popular na Administração Pública

4.1 A participação na Administração como norma inerente aos princípios da democracia e do Estado de Direito

Já vimos, nos capítulos anteriores, como os institutos de participação popular na Administração Pública encontram-se intimamente relacionados com a concretização da democracia e com o Estado de Direito contemporâneos.

Sim, como já afirmamos, ao lado de visar a mais eficiência e transparência na implementação das tarefas inerentes à função administrativa do Estado, os institutos de participação popular na Administração Pública têm, intrinsecamente, o objetivo de possibilitar a realização do *status activae civitatis*, ou da “cidadania social”, como salienta Dalfino,¹¹⁶ isto é, possibilitar a plena realização dos direitos políticos de “interferência das pessoas na própria atividade do Estado, na formação de sua vontade”.¹¹⁷ Nesse sentido, conforme dissemos, esses institutos visam instruir o pleno exercício da democracia, nos Estados contemporâneos.

Além disso, vale reprimir, os institutos de participação popular tendem a tornar a Administração Pública mais controlada e permanentemente associada ao papel de efetivação dos direitos humanos ou fundamentais, objetivos do Estado de Direito em sua acepção material.

116. Cf. DALFINO, Enrico. Basi per il Diritto Soggettivo di Partecipazione. In: AMOROSINO, Sandro (Org.). *Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1995, p. 131.

117. Cf. MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 85.

Necessário observar, agora, que, do ponto de vista jurídico, tanto a democracia quanto o Estado de Direito são princípios gerais de Direito Público, expressamente reconhecidos pelo ordenamento constitucional brasileiro.

Sem grande aprofundamento na matéria, pode-se afirmar que princípios jurídicos são normas dotadas de um grande grau de generalidade e abstração e que formam a estrutura fundamental de um sistema jurídico. Diferenciam-se das regras, que também são normas, pelo menor grau de generalidade e abstração e pela menor importância “estruturante” destas dentro do sistema jurídico.¹¹⁸

É fácil, através de um exemplo, aclarar o que afirmamos. O grau de generalidade da norma do art. 37, *caput*, da Constituição Federal brasileira de 1988, ao estatuir que a Administração Pública deve seguir o princípio da publicidade, é evidentemente muitíssimo maior que a norma do art. 39, *caput*, da Lei nº 8.666, de 1993, que estabelece a obrigatoriedade de iniciar a licitação por uma audiência pública, realizada com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for de grande alçada, nos termos dessa mesma lei. No primeiro exemplo temos obviamente um princípio, no segundo temos uma regra derivada do referido princípio constitucional.

A norma democrática está radicada em todo o texto da Carta de 1988, configurando-se como um princípio geral constitucional concretizado ou explicitado diretamente através do art. 1º (por meio da definição da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático e de Direito) e indiretamente através de outros princípios (como o da igualdade, do sufrágio universal, entre outros) ou de regras específicas (como a da periodicidade das eleições para o Executivo e o Legislativo, ou a da liberdade da criação de partidos políticos).

Da mesma forma, encontramos amoldado na Constituição Federal o princípio geral do Estado de Direito. Também explicitado no *caput* do art. 1º, este princípio radica-se em todo o texto da Constituição, tanto por meio de princípios (legalidade, devido processo legal, entre outros), quanto por meio de regras nele inspiradas (submissão da Administração a controle pelo Legislativo e pelo Judiciário, vedação da exigência de tributo sem que lei o estabeleça, entre outras).

118. Cf. GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 19 e, no mesmo sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., 1993, p. 116 e SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 139.

Tanto o princípio democrático como o princípio do Estado de Direito, uma vez inseridos na Constituição, assumem uma caracterização relativamente complexa, pois passam a nortear a conduta do Estado e da sociedade por parâmetros contemporaneamente aceitos.

Melhor dizendo, extrai-se do princípio democrático não somente a obrigação do Estado de respeitar as mais elementares normas da democracia representativa (eleições periódicas, separação de poderes, liberdade partidária), mas também, como salienta Canotilho, que ele “implica a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer o controlo crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos”,¹¹⁹ importando, por isso, numa “forma de organização”¹²⁰ do Estado e, ao que nos interessa, da Administração Pública.

Mutatis mutandis, pode-se raciocinar da mesma forma em relação ao princípio do Estado de Direito, que impõe ao Estado a obrigação de promoção dos direitos fundamentais, mas implica também na admissão de institutos que possibilitem às organizações estatais atingirem esse objetivo em colaboração com a sociedade.

Daí concluirmos, desde logo, que tanto o princípio democrático, quanto o do Estado de Direito se expressam no ordenamento jurídico brasileiro como “princípios de organização”, ou seja, impõem, para além de uma acepção meramente axiológica, uma forma de organização das funções do Estado que seja voltada à plena realização da democracia participativa e dos objetivos do Estado de Direito material; melhor dizendo, a efetivação dos direitos fundamentais. Todo o histórico da evolução das idéias democráticas e do Estado de Direito, desenvolvido sumariamente nos capítulos anteriores, credencia essa posição.

Se assim é, ainda que não contasse com nenhuma referência expressa no Texto Constitucional Brasileiro de 1988 (ao avesso do que verdadeiramente ocorre, conforme veremos em seguida), deduziríamos a presença implícita de norma constitucional autorizante da criação de institutos de participação

119. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 415-416.

120. Id., p. 417-418.

popular na Administração Pública, através dos princípios democráticos e do Estado de Direito, princípios básicos de organização do Estado Brasileiro, conforme definido pelo art. 1º da Constituição Federal.

4.2 As referências diretas à participação popular na Administração Pública, no Texto de 1988

Mas a Constituição Federal ora vigente, objetivando respaldar a adoção de institutos participativos na Administração Pública, foi muito além da mera enunciação do princípio democrático e do princípio do Estado de Direito. Uma série bastante grande de normas constitucionais impuseram a adoção desses institutos em funções específicas executadas pela Administração Pública brasileira.

O **art. 10** da Constituição Federal, por exemplo, determinou ser assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. Essa regra é completada pelo **art. 194, VII**, que, ao dispor sobre a organização do sistema estatal de previdência social, assegura o caráter democrático e descentralizado de sua gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados. Aliás, a participação, no caso das atividades de seguridade social desenvolvidas pela Administração, é elemento da própria definição dessa função administrativa, conforme se percebe pela redação do *caput* do **art. 194** que a define como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade”.

O **art. 29, X**, da Constituição Federal, por sua vez, ao tratar das normas básicas de organização dos Municípios, prevê expressamente a cooperação das associações representativas no planejamento municipal, ou seja, direciona genericamente a adoção de institutos de participação popular pela Administração Pública dos Municípios.

Outro exemplo encontra-se no **art. 187**, da Constituição Federal, o qual estabelece que a atividade administrativa de planejamento da política agrícola será executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes.

O **art. 198, III**, da Constituição Federal, determina que as políticas, ações e serviços públicos de saúde devem ser organizados tendo como diretriz a “participação da comunidade”.

O **art. 204, II**, da Constituição Federal, estabelece que os serviços públicos de assistência social devem ser organizados e executados mediante participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

O **art. 205**, da Constituição Federal, estatui que a educação é atividade que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade; complementarmente, dispõe o **art. 206, VI**, que o serviço público de ensino contará com “gestão democrática”, na forma da lei.

Ainda no terreno dos serviços de ensino, encontraremos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o **art. 60**, estabelecendo que o poder público desenvolverá esforços, com a mobilização de todos os setores organizados da sociedade, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental.

O **art. 216, §1.º**, da Constituição Federal, determina que a promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro devem ser organizadas mediante a colaboração do poder público com a comunidade.

O **art. 225**, da Constituição Federal, impõe a conjugação de esforços do poder público e da coletividade na defesa do meio ambiente.

O **art. 227, §1.º**, da Constituição Federal, estabelece que o Estado admitirá a participação de entidades não governamentais na execução de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente.

4.3 A Emenda Constitucional nº 19, da reforma administrativa, e a participação popular na Administração Pública

Ademais, a recente alteração da Constituição Federal, através da **Emenda Constitucional nº 19**, conhecida como emenda da reforma administrativa, introduziu no **art. 37, §3º**, uma norma geral sobre participação popular na Administração Pública. Estatui o referido parágrafo:

A Lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna da qualidade dos serviços;

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

De certa forma, a Emenda Constitucional nº 19, ao inserir a supra referida norma no ordenamento constitucional brasileiro, deu maior ênfase e destaque à participação popular na Administração Pública. Afinal, muito embora fossem bastante constantes as referências da Constituição à participação popular, enquanto instrumento de organização de diversos serviços públicos, carecia essa participação de uma diretiva inserida no âmbito das disposições gerais da Administração Pública, no art. 37.

Na verdade, a referência genérica à participação, contida no art. 37, deu-se em boa hora, pois há absoluta coincidência de objetivos entre os institutos de participação popular e a chamada “reforma administrativa”, levada a efeito, entre nós, pela referida Emenda Constitucional nº 19.

Há que se recordar que, segundo verificamos no segundo capítulo deste trabalho, um dos escopos da adoção, pelo ordenamento jurídico, de institutos de participação popular na Administração Pública é torná-la mais eficiente. Ora, a norma constante do §3º, do art. 37, acima enunciada, tem claramente esse objetivo, voltada que é ao controle da qualidade dos serviços prestados pela Administração, ou por concessionários e permissionários.

Observe-se, ainda, que uma das grandes novidades da emenda da “reforma administrativa” foi a introdução, no rol dos princípios gerais da Administração Pública, no *caput* do art. 37, do chamado **princípio da eficiência**. Esse princípio, que se manifesta claramente como um princípio de organização da

Administração Pública, conjuga-se, no sistema jurídico constitucional, com todas as normas de participação popular acima citadas. Afinal, como já vimos, os institutos de participação popular são instrumentos de colaboração entre a sociedade e a Administração, de abertura da Administração e de busca de consentimento e adesão dos administrados, cada vez mais necessários à eficiência administrativa.

Confirma tudo o que ora ponderamos o documento preparado pelo Governo Federal brasileiro chamado “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”,¹²¹ que tem sido tratado como autêntica exposição de motivos da Emenda Constitucional nº 19 e que enuncia a perspectiva de ampliação dos institutos de participação popular na Administração Pública. O *plano diretor* salientava a necessidade de incremento de “organizações sociais” para a execução de determinados serviços públicos (tema ao qual retornaremos do curso deste trabalho) e do chamado “Projeto Cidadão”, que contava com os seguintes comentários:

Esse projeto tem como objetivo aperfeiçoar as relações entre os órgãos da Administração Pública e os cidadãos, no âmbito de suas atribuições institucionais, atendendo à diretriz do Projeto de Reforma do Estado, de localização das ações nas necessidades do cidadão, atuando nas seguintes áreas: simplificação de obrigações de natureza burocrática instituídas pelo aparelho do Estado, com que se defronta o cidadão do nascimento à sua morte; implementação de sistema de recebimento de reclamações e sugestões do cidadão sobre a qualidade e a eficácia dos serviços públicos que demandam uma resposta pró-ativa da Administração Pública a respeito; implementação de sistema de informação ao cidadão a respeito do funcionamento e acesso aos serviços públicos, e quaisquer outros esclarecimentos porventura solicitados; na definição da qualidade do serviço, que deverá constar dos indicadores de desempenho, um elemento fundamental será o tempo de espera do cidadão para ser atendido; as filas são a praga do atendimento público ao cidadão.

121. Cf. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República - Câmara de Reforma do Estado, 1995, p. 75.

Ora, como já dissemos, o citado *plano diretor* ratifica nossa reflexão. Ainda que não represente absoluta novidade, pois os institutos de participação popular na Administração Pública já encontravam guarida na Constituição Federal, a emenda constitucional da *reforma administrativa* realçou a importância desses institutos através da modificação do §3º, do art. 37 e da introdução do princípio da eficiência no rol do art. 37, *caput*. Desburocratização, transparência e qualidade na prestação dos serviços são objetivos da *reforma administrativa*, que os institutos participativos tendem a promover.

Curioso observar, neste ponto, que a *reforma administrativa* brasileira não se distancia das diretrizes adotadas por outros Estados da América Latina. Dromi¹²² confirma esse fato relatando, por exemplo, que a *reforma* argentina passaria por lograr um novo modelo de Estado, visando, através da “realocação” de atividades, materializar uma “democracia real de plenitude política, econômica e social”. Dessa forma, continua o autor argentino, seriam obrigação conjunta do Estado, bem como dos particulares e da comunidade em geral, os esforços e as tarefas que estes poderiam realizar, conclamando-se, dessa forma, os administrados à “participação e à iniciativa”.

4.4 O princípio constitucional da participação

Porém, é mais importante destacar que da soma de todas as referências expressas que a Constituição Federal brasileira faz à participação popular na Administração e de sua conjugação com os princípios democráticos do Estado de Direito e da eficiência extrai-se que a participação administrativa, em termos constitucionais, representa bem mais que um emaranhado de regras esparsas autorizantes da adoção de institutos participativos em situações específicas. Trata-se, a participação administrativa, de um autêntico princípio constitucional.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao dissertar sobre o regime jurídico administrativo, defende a idéia de identificação do conjunto de normas que o forma com um sistema aberto, cuja base é formada por princípios e subprincípios explícitos ou implícitos no ordenamento jurídico. Diz textualmente o festejado publicista:

122. Cf., DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1992, t. 1, p. 144.

Acredita-se que o progresso do direito administrativo e a própria análise global de suas futuras tendências dependem em grande parte, da identificação das idéias centrais que o norteiam na atualidade, assim como da metódica dedução de todos os princípios subordinados e subprincípios que descansam, originariamente, nas noções categoriais que presidem sua organicidade. (...)

Diferentemente dos princípios que regem o mundo físico, no campo do Direito são livremente determinados pelos homens. O legislador do Direito acolhe, no sistema normativo que constrói, os princípios que, deseje ou não, estarão informando o sistema, desde que as normas postas traduzam sua acolhida.¹²³

Ora, concordando com as lições do ilustre professor, pode-se afirmar que os princípios jurídicos encontram-se insculpidos no ordenamento de forma explícita ou implícita, isto é, declarados expressamente pelo legislador ou pelo constituinte, como se dá, *verbi gratia*, no art. 37 da Constituição Federal, ou simplesmente deduzidos intelectualmente pelos juristas do conjunto de normas componentes do sistema constitucional-legal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²⁴ nos apóia, nessa tese, ao afirmar que, originalmente, os princípios gerais do Direito Administrativo foram fruto de elaboração pretoriana, tendo inovado a Constituição de 1988 ao fazer menção expressa a alguns princípios. Também nos socorre Carlos Ari Sundfeld,¹²⁵ salientando que, freqüentemente, os princípios de Direito Público estão apenas implícitos nos textos normativos, tornando-se necessário desvendá-los.

Ademais, há que se verificar que os princípios jurídicos possuem outras características que nos credenciam a catalogar a participação popular na Administração nessa categoria de normas.

123. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 24-47.

124. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 60-61.

125. Cf., op. cit., *Fundamentos ...*, p. 143.

Ora, já afirmamos que os princípios são normas que se encontram na base de estruturação de um sistema jurídico, essenciais, portanto, no caso do Direito Administrativo, ao equilíbrio do relacionamento jurídico dos administrados com a Administração.¹²⁶ Logo, esta é sua primeira característica: os princípios são normas jurídicas básicas, essenciais ao correto funcionamento e à perfeita compreensão das instituições jurídicas.

Por tudo que já afirmamos até aqui, torna-se fácil entender a função estruturante da participação. Como vimos, praticamente todas as atividades que a Constituição atribui à Administração Pública e que se referem as suas funções sociais, ou melhor, referem-se àquelas atividades de bem-estar, essenciais para fornecer aos administrados o mínimo de igualdade imprescindível ao desfrute da liberdade, devem ser executadas mediante a adoção de institutos participativos.

Assim, previdência, saúde, educação, preservação do meio ambiente, ou seja, o planejamento e a execução de políticas públicas atinentes à promoção dos direitos humanos ou fundamentais são atividades necessariamente acompanhadas pela colaboração, participação ou controle popular, por disposição expressa da Constituição Federal brasileira.

Em segundo lugar, há que se verificar que os princípios não têm *pretensão de exclusividade*,¹²⁷ isto é, os princípios não vigoram solitariamente, são fruto e origem de outros princípios e fonte de regras e *conectam-se*, dialogam, comunicam-se com outros princípios, dos quais, por vezes, extrai-se a mesma consequência jurídica, o mesmo efeito. Daí falar-se em subprincípios, ou seja, princípios que derivam de outros princípios como, por exemplo, os já referidos Estado de Direito e legalidade.

Nesse sentido, reafirmamos a importância da participação na Administração Pública para a efetivação do princípio democrático, do Estado de Direito e da eficiência administrativa. Para nós, a participação administrativa é elemento fundamental, reitere-se, à realização completa da **democracia**, em sua dimensão contemporânea (*status activae civitatis*), e do **Estado de Direito**; tanto assim que, lembre-se, a participação permeia o exercício de todas as

126. Ibid.

127. Cf. CANARIS, Claus – Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996, p. 90.

funções estatais (legislação, jurisdição e administração) e da **eficiência administrativa**, pois o grau de complexidade da sociedade e das políticas que a Administração necessita implementar, hodiernamente, reclamou o convívio dos seus mecanismos tradicionais de atuação da Administração Pública com os institutos participativos.

Entendemos, pois, tratar-se a participação administrativa de princípio implícito no ordenamento constitucional brasileiro, conectado ao princípio democrático, ao princípio do Estado de Direito e ao princípio da eficiência administrativa. Poderíamos, admitida a classificação, configurá-la como sub-princípio, ou seja, princípio derivado dos princípios democrático, do Estado de Direito e da eficiência administrativa em sua acepção organizacional; melhor dizendo, na justa medida em que tanto democracia quanto Estado de Direito e eficiência administrativa imponham a adoção de uma forma de organização da função administrativa do Estado que compreenda a adoção de institutos de participação popular na Administração Pública.

Consiste o princípio da participação popular na Administração Pública, além disso, em princípio de organização. Chamamos princípios de organização aqueles que importam na estruturação de processos formais de divisão de tarefas ou competências e de tomada de decisão. São, nesse sentido, princípios de organização, por exemplo, o princípio da especialidade,¹²⁸ concernente à idéia de descentralização administrativa, e o princípio da hierarquia,¹²⁹ que estrutura a relação de subordinação e coordenação existente entre os diferentes órgãos administrativos. A participação popular na Administração é, desse modo, princípio de organização, pois implica na estruturação de processos de tomada de decisão pela Administração Pública ou de divisão de tarefas entre a Administração e os administrados, de modo a convocar estes últimos à execução direta de determinadas funções administrativas. Como salienta David Duarte:

128. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 65. Sobre descentralização como princípio de estruturação ou organização da Administração ver também VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif*. Paris: Puf, 1992, p. 398-399 e MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso ...*, op. cit., p. 81.

129. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 65. Sobre a estruturação hierárquica da Administração ver também MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, op. cit., p. 60; PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madri: Editorial CERA, 1988, p. 241/942 e GENDIN, Alvarez. *Tratado General de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosch, p. 305.

A generalidade das categorias apontadas de participação administrativa podem ser incluídas no quadro de um denominador comum, referenciável como participação no procedimento ou participação procedimental, em sentido amplo. (...)

A definição de uma noção de participação procedimental assim sustentada é uma consequência directa da aplicação de um critério que separa os fenómenos participatórios relativos à organização e funcionamento internos da estrutura administrativa das espécies participatórias que se representam directamente no exercício da função administrativa.¹³⁰

Por fim, é importante lembrar que os princípios se caracterizam por não vigorarem *sem exceção*, podendo *entrar em oposição ou em contradição entre si*.¹³¹ Essa característica é relevantíssima para o debate ora proposto, na medida em que a participação popular na Administração Pública, como vimos, representa um novo modelo de atuação, contraditório, em certa medida, com instrumentos tradicionais de atuação da Administração baseados no formalismo, na estrita legalidade e na estruturação burocrática da decisão administrativa.

Vale dizer, então, que o fato de o ordenamento constitucional continuar contemplando, explícita ou implicitamente, princípios que possam tornar-se, em determinados casos, contraditórios com a adoção de institutos de participação popular na Administração Pública, não impede a caracterização da participação administrativa como um verdadeiro princípio.

Concluimos, diante de todas essas observações, que o ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente a Constituição Federal de 1988, consagrou um novo princípio de organização da Administração Pública — o princípio da participação popular. Princípio que pode ser caracterizado como: **implícito**, pois não se encontra arrolado no *caput* do art. 37 ou em qualquer norma constitucional de forma expressa, mas é desvendado a partir da combinação de

130. Cf. DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 118-119.

131. CANARIS, Claus – Wilhelm, op. cit., p. 88.

diversas normas constitucionais (art. 37, §3º, art. 10, art. 29, X, entre outras); **derivado** (subprincípio), pois conectado a outros princípios constitucionais, notadamente, o **princípio do Estado de Direito**, o **princípio democrático** e o **princípio da eficiência administrativa** e **estruturante** da atividade da Administração Pública em diversos graus, pois conduz à formação de processos de decisão e de divisão de funções.

Capítulo 5

Conceito e Identificação dos Institutos de Participação Popular na Administração Pública

5.1 A definição dos institutos de participação popular na Administração

Muito embora tenhamos conhecimento da larga crítica metodológica que se faz aos chamados “juristas do conceito”¹³² e até compartilhemos, em parte, dessas críticas, parece-nos útil discutir uma definição para a expressão *institutos de participação popular*, que até agora utilizamos.

Não que pretendamos extrair um conceito jurídico universalmente aceito de *participação popular*, o que não só é impossível como também inútil. Mas a tentativa de obter uma definição, no sentido de um “traçado de linhas”, como salienta Hart,¹³³ parece-nos importante porque orienta a seqüência do presente estudo, onde aprofundaremos a discussão jurídica de alguns institutos de participação popular na Administração Pública, valendo, portanto, identificá-los e diferenciá-los de outros institutos regulados pelo direito positivo.

132. Cf. SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 14 et seq.

133. Cf. HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 18.

Desse modo, nossa maior preocupação, ao abrir este capítulo, é identificar o que não é participação popular e, logo, não faz parte do objeto de nossa investigação conceituar, de forma definitiva, inquestionável e universal esses institutos.

Já dissemos e vale repetir que procuramos pesquisar institutos participativos eminentemente administrativos, excluindo, pois, do centro de nossa visão, institutos que, muito embora possibilitem ao cidadão exercer um controle sobre a atividade da Administração Pública, não se concretizam na sua esfera orgânica, como é o caso da ação popular (art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal), que é instituto jurisdicional, e das reclamações e representações feitas às Comissões do Congresso Nacional (art. 58, §2º, IV, da Constituição Federal), que são institutos voltados ao controle político da Administração, exercido no âmbito do Poder Legislativo.¹³⁴

Em segundo lugar, é necessário delimitar os interesses que são perseguidos através dos institutos de participação. Observe-se que, por força do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal), os particulares são instados a participar de procedimentos administrativos em que vejam, em tese, comprometidos os seus interesses individuais. Resistimos, entretanto, a encarar essa participação no processo administrativo, fruto da garantia constitucional do devido processo legal, como um instituto de participação popular na Administração Pública, dada a diversidade de seus fundamentos.

Ora, vimos que os objetivos básicos dos institutos de participação situam-se no contexto da execução da função administrativa, ou melhor, no contexto da perfeita concretização do interesse público. Daí refutarmos a idéia de que a intervenção do particular deva ser encarada como instrumento de participação popular na Administração Pública, ainda que instrua o processo de tomada da decisão administrativa, como impulso meramente garantidor, isto é, para a preservação de seus interesses individuais frente ao Poder Público.

Identificamo-nos, nesse passo, com García de Enterría, para incluir no conceito de participação popular na Administração Pública somente aqueles

134. Sobre as formas de participação via legislativa ou judicial, consultar o ótimo FAGUNDES, Seabra. Da Participação Popular na Aplicação dos Princípios Constitucionais Atinentes à Administração Pública. In: CONGRESSO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL, 16. *Anais...*v. 1, p. 141 et seq.

instrumentos que permitam ao particular tomar parte nas decisões, na execução e no controle das atividades administrativas, no interesse da sociedade, *uti socius, uti cives*.¹³⁵ Identificamo-nos, igualmente, com a posição de Odete Medauar, excluindo do conceito dos institutos de participação popular na Administração Pública: “a) o exercício privado de funções públicas, como ocorre na concessão de serviço; b) a atuação do indivíduo na defesa direta de direitos próprios perante a Administração”.¹³⁶

Torna-se necessário, entretanto, ir um pouco além e identificar o que entendemos pelas expressões “participação” e “popular”, de modo a tentar superar algumas questões aparentemente muito tormentosas. Perguntam-nos, por exemplo: a participação de representantes de uma poderosa organização empresarial no conselho deliberativo de uma universidade pública pode ser identificada como um instituto de participação popular na Administração Pública? Ou ainda: a participação de representantes de servidores públicos numa comissão legalmente instituída para a deliberação de políticas de pessoal pode ser identificada como um instituto de participação popular na Administração Pública?

Os dois questionamentos parecem reclamar, na verdade, três definições que podem ser aclaradas através de três novas indagações. A primeira: tratando-se os institutos participativos de um fenômeno inerente à chamada democracia participativa, ou semidireta, notadamente voltada a sanar os problemas políticos do sistema representativo, podemos admitir como institutos de participação popular aqueles que não eliminam a necessidade da representação, ou seja, aqueles em que a possibilidade de influenciar do cidadão não se dê diretamente, mas através de representantes que ele, de alguma forma, tenha escolhido? A segunda: por **popular** entende-se a participação de todo e qualquer cidadão, ou devemos excluir dessa expressão as elites econômicas, devendo, portanto, identificar a expressão **participação popular** somente com aquela que admite a participação das chamadas “classes populares”, os economicamente menos favorecidos? A terceira: a expressão **popular** deve compreender somente aqueles que não fazem parte da Administração Pública, ou se admite, conceitualmente, a participação de representantes ou corporações de servidores públicos?

135. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Principes et Modalités de la Participation à la vie Administrative. DELPÉRÉE, Francis (Org.). *La Participation Directe du Citoyen à la vie Politique et Administrative*. Bruxelas: Bruylant, 1986, p. 257.

136. Cf. MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, op .cit., p. 217.

A resposta a esses quesitos pode assumir nítido caráter ideológico, pois, afinal, importa no alargamento ou na restrição de uma definição com contornos eminentemente políticos.¹³⁷ Daí a necessidade de tomarmos algum cuidado na abordagem dessa matéria, pois o caminho que pretendemos seguir é o da compreensão do sistema jurídico e não o da panfletagem política. Melhor dizendo, importa menos aos objetivos do presente estudo nossa opinião pessoal sobre as questões políticas, que tangenciam a definição de uma autêntica participação popular, e muito mais a compreensão da função da participação popular no âmbito do sistema jurídico nacional. Sistema este, vale dizer, que já contém uma opção política, resultado da atuação legiferante das diferentes forças, grupos ou classes sociais.

Buscando, portanto, no sistema jurídico a resposta às indagações que fizemos, podemos, primeiramente, verificar que, ao se identificar com a chamada democracia participativa,¹³⁸ os institutos de participação popular acabam por se integrar num contexto constitucional normativo, que admite tanto as formas representativas de participação como as formas diretas.

É claro que se admitíssemos que os partidos políticos, na condição de canais tradicionais de participação dos cidadãos, dominassem completamente a cena da aplicação concreta desses institutos participativos, muito do novo que estes representam feneceria; mas não é certo que esse fato se dê na atualidade, ou que venha a se dar no futuro. Os partidos, ao que parece, se interessam mais pela discussão das questões gerais da sociedade, enquanto os institutos de participação popular encontram-se num degrau abaixo, no plano da realização de atividades estatais concretas, no plano da “microdemocracia”, como salienta Sartori.¹³⁹

O mais importante, entretanto, é verificar que não há, segundo podemos deduzir do sistema jurídico nacional, restrição do conceito de participação popular na Administração Pública às formas diretas de participação. A democracia participativa, abraçada pelo ordenamento brasileiro, possibilita o convívio de formas representativas e diretas de participação. Dessa forma, podem

137. Cf. NIGRO, Mario. Il Nodo della Partecipazione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, n. 1, 1980, p. 229.

138. Fizemos essa constatação no Capítulo 1, supra.

139. SARTORI, Giovanni, op. cit., v. 1, p. 219.

ser considerados institutos de participação popular na Administração Pública tanto aqueles que possibilitam a participação direta de todos os interessados *uti socius, uti cives*, quanto aqueles que compreendam a indicação ou eleição de representantes.

A segunda questão que formulamos, também pode ser respondida à luz do ordenamento constitucional. As expressões **povo** e **popular** são utilizadas pela Constituição Federal em diferentes normas (art. 1º, art. 14, art. 45, art. 61, art. 78, entre outros), mas sempre com o mesmo significado — o conjunto dos cidadãos brasileiros sem distinção de classe social, credo, raça ou sexo. Sendo assim, podemos afirmar que, face à Carta de 1988, nossa organização estatal assumiu a forma de um “Estado de pluralidade de classes”, para usar a expressão cunhada por Giannini,¹⁴⁰ ou seja, Estado que admite a participação de todas as classes sociais e que, por isso, se volta a atender às necessidades de todas as classes sociais.

Logo, por instituto de participação popular na Administração Pública deve-se entender todo aquele que compreenda a integração direta ou indireta de cidadãos na execução da função administrativa. Não importa que o cidadão participante, no caso concreto, pertença às “classes populares” ou às “elites econômicas”, ou as represente. O ordenamento jurídico não realiza essa distinção e não cabe ao intérprete do Direito fazê-la.

Uma restrição, entretanto, é necessária, pois se refere à essência desses institutos participativos. Como vimos nos capítulos anteriores, a participação popular na Administração Pública tem como objetivo básico possibilitar a atuação do cidadão diretamente na gestão e no controle da Administração Pública, com o escopo de (1) tornar eficiente a execução das diferentes tarefas administrativas e (2) dar efetividade aos direitos fundamentais. Vimos, ademais, que a consecução desses escopos, através dos institutos de participação popular, somente se viabiliza por serem esses institutos instrumentos (1) de colaboração entre a sociedade e a Administração; (2) de abertura ou transparência da Administração e, afinal, de (3) busca de consentimento, adesão e consenso dos administrados, cada vez mais necessários para a plena realização dos objetivos da função administrativa.

140. GIANNINI, Massimo Severo. *El Poder Público – Estados y Administraciones Públicas*. Madri: Civitas, 1991, p. 78 et seq.

Daí entendermos que se o instituto participativo, em um determinado caso, não representar uma verdadeira abertura da Administração à participação de todos os seguimentos sociais igualmente interessados na política pública, que ele se direcionaria a acompanhar, executar ou deliberar, não se tratará de um verdadeiro instituto de participação popular na Administração Pública, pois inviabilizará, em boa medida, a busca de consentimento, adesão e consenso dos administrados, requisitos essenciais para sua caracterização.

Ora, vimos que o papel que o Estado tende a assumir, neste final de século, e que, em parte, justifica a inclusão, no ordenamento jurídico, dos institutos de participação popular na Administração, é o de mediador dos conflitos e das forças sociais.¹⁴¹ Sendo assim, não é apropriado adotar a expressão **institutos de participação popular na Administração** para identificar instrumentos que, mesmo permitindo aos particulares intervir no processo decisório ou no controle de certas políticas públicas, possibilitem tão-somente a presença ou a representação de uma parcela dos interesses sociais envolvidos nessa atividade administrativa.

Talvez um exemplo, ainda que hipotético, venha ilustrar o que ora defendemos. Imagine-se a criação legal de um órgão de participação que visasse controlar a prestação de serviços de saúde pública, onde só se garantisse a presença de empresários atuantes neste ramo de atividades, sem que se credenciasse a participação de usuários desses serviços, ou vice-versa. Ainda que possibilitasse a participação de particulares no controle ou na gestão dos serviços de saúde, o referido órgão não poderia ser enquadrado juridicamente como instituto de participação popular na Administração, em sentido estrito, pois não se voltaria, na verdade, a possibilitar a interação de todos os cidadãos, de todos os seguimentos sociais que tivessem interesse na eficiência dos serviços de saúde; tendendo a atuar em favor de um único pólo de interesses sociais e a atender aos reclamos de apenas uma parcela da sociedade. Em vez de possibilitar a mediação estatal, a formação de consensos, a persuasão, a adesão, o instituto exemplificado contribuiria certamente para gerar mais conflito, mais resistência e, portanto, menor eficiência na atuação administrativa.

141. Tratamos desse tema no Capítulo 2. Ver a propósito TIMSIT, Gerard; BELLOUBET-FRIER, Nicole, op. cit., p. 303-304 e LEVI, Franco. Partecipazione e Organizzazione. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, v. II, 1977, p. 1.625 et seq.

Poderíamos formular nosso pensamento, na esteira de Sartori¹⁴² e da chamada teoria dos jogos, dizendo que os institutos de participação popular na Administração Pública são, fundamentalmente, institutos políticos voltados à obtenção de resultados (ou decisões) de “soma positiva” — decisões que em geral produzem mais vantagens do que desvantagens para todos os envolvidos — e que, por assim ser, resultam imprescindivelmente de “uma mistura de cooperação e conflito”. Uma vez inexistente a possibilidade de se confrontarem os pólos opostos, no jogo dos interesses sociais, impossível se torna a cooperação, o conflito e a obtenção de decisões no interesse de todos, com “soma positiva”: afinal, a não ser no plano psíquico, ninguém joga sozinho, coopera ou entra em conflito consigo mesmo.

Respondemos à segunda indagação, portanto, dessa forma: por popular entende-se, sim, a participação de todo e qualquer cidadão, independentemente da classe social a qual se encontre ligado; no entanto, devido a sua natureza teleológica, ou seja, para que não se desviem de sua razão de ser, os institutos de participação popular devem permitir a participação de **todos** os indivíduos ou grupos sociais interessados na atuação da Administração Pública, num dado caso concreto. Dessa forma, o conselho da universidade pública que permite a participação de representantes de centrais sindicais de trabalhadores deve também possibilitar a participação de organizações empresariais e vice-versa; o comitê de fiscalização dos serviços de saúde que admite a participação de servidores deve possibilitar a participação de usuários dos serviços; a comissão de meio ambiente que admite a participação de organizações voltadas à proteção do meio ambiente deve permitir a participação de empresários potencialmente poluidores e assim por diante.

A terceira questão que formulamos constitui um desdobramento da segunda. Há, certamente, que se admitir que os servidores públicos são cidadãos e, que, gozando dessa condição, podem vir a tomar parte de conselhos, comissões, outros órgãos ou institutos participativos, como forma de alargar o espectro subjetivo que envolvia tradicionalmente a tomada de decisões pela Administração e o seu controle. Parece-nos, entretanto, mais uma vez, que, caso as atividades administrativas desse órgão hipotético (conselho, comissão, entre outros) envolvessem outros interesses sociais, distintos dos interesses

142. SARTORI, Giovanni, op. cit., p. 299.

corporativos dos servidores, e o órgão permitisse exclusivamente a participação de servidores, o mesmo não poderia ser considerado instituto de participação popular na Administração Pública, pois se afastaria dos objetivos que são inerentes aos referidos institutos, no contexto de nosso sistema jurídico constitucional.

De outro lado, se admitíssemos a hipótese especialíssima de um instituto jurídico que previsse somente a participação de servidores e de autoridades administrativas, mas visasse apenas matérias de interesse coletivo dos servidores e da Administração Pública (questões *interna corporis*), poderíamos identificá-lo, sim, como instituto de participação popular na Administração Pública; pois, ante a inexistência de outros interesses sociais em disputa, todas as partes, todos os interesses envolvidos encontrar-se-iam representados, viabilizando-se o processo de construção participativa da decisão administrativa.

Não importa, nesse caso, que os servidores não sejam um corpo totalmente estranho à Administração, importa que eles corporifiquem um interesse coletivo ou um conjunto de interesses sociais distinto dos interesses da Administração, decorrendo disso a caracterização de sua participação como um instrumento de colaboração entre a sociedade e a Administração; de abertura e transparência do processo decisório e, enfim, de busca de consentimento, adesão e consenso dos administrados, como é típico dos institutos de participação popular na Administração Pública.

Valendo-nos dessas observações, podemos definir os institutos jurídicos de participação popular na Administração, em traços gerais, como instrumentos legalmente previstos que possibilitem aos administrados, diretamente, ou através de representantes escolhidos especificamente para este fim, tomar parte na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com o objetivo de tornar mais eficiente a atuação administrativa e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca da adesão, do consentimento e do consenso dos administrados e, afinal, da abertura e transparência dos processos decisórios.

5.2 A legislação infraconstitucional e a criação de institutos participativos

Enquadram-se neste conceito um grande número de institutos criados pela legislação infraconstitucional brasileira e que assumem formas jurídicas bastante variadas. Com efeito, concretizando o princípio constitucional da participação na Administração Pública, a legislação nacional, desde a redemocratização do Estado brasileiro, tem criado diferentes institutos participativos.

Por se tratar de matéria afeta à organização da Administração Pública, tanto a União, quanto os Estados, os Municípios e o Distrito Federal têm competência para legislar sobre a criação dos institutos de participação popular (art. 18; art. 25, §1º; art. 29 e art. 48, IX da Constituição Federal), na esfera de seus respectivos poderes.¹⁴³

Sendo assim, proliferam os referidos institutos tanto na regulamentação das atividades da Administração Federal, quanto na legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entendidos estes últimos como o local mais propício à realização da participação popular, devido as suas tradições históricas e sua natural proximidade com os cidadãos.¹⁴⁴

A esparsa produção legislativa, entretanto, torna inconveniente, senão impossível, uma descrição de todos os institutos de participação popular na Administração Pública brasileira. Apesar disso, é necessário notar alguns institutos, quer pela constante referência na legislação infraconstitucional, quer pela criatividade que denotam do legislador nacional, tais como os conselhos, comissões e comitês participativos; a audiência pública; a consulta pública, o orçamento participativo, entre outros.

143. Faça-se aqui referência ao heróico estudo desenvolvido pelos advogados Paulo José Villela Lomar, Beatriz M. Garboggini Di Giorgi, Eunice A. de Jesus Prudente e Maria Liliane R. Matschinske (*O Direito de Participação Popular nas Constituições Federal e Estadual e nas Leis Orgânicas dos Municípios da Região Metropolitana da Grande São Paulo*, 1993, p. 63), não publicado, mas disponível em dois tomos na Biblioteca do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, cujas conclusões sobre a competência estadual e municipal para legislar sobre institutos de participação popular na Administração Pública são as mesmas do presente trabalho.

144. Cf. DALLARI, Adilson Abreu. Município e Participação Popular. *Revista de Direito Público*, n. 57-58, p. 209.

5.3 Institutos participativos mais frequentes no direito brasileiro

Os institutos que são mais comuns no ordenamento brasileiro são os conselhos, comissões, ou comitês participativos. Os conselhos são órgãos colegiados, ora com função deliberativa, ora com função meramente consultiva, que reúnem representantes da Administração Pública e da sociedade, com ou sem paridade de representação, e que participam do processo decisório de uma determinada área de interesses da Administração.

Considerando-se tão-somente a organização da Administração Federal, no Brasil, conseguimos pesquisar a existência de mais de vinte desses conselhos, comitês ou comissões, atuantes na órbita dos mais diversos ministérios e secretarias e, até mesmo, da Administração Indireta. Podemos citar como exemplo os seguintes:

Conselho Nacional de Turismo (art. 5º da Lei nº 7.174, de 14 de dezembro de 1983), que conta com a participação da Administração e de representantes dos agentes de viagens; dos transportadores; dos hoteleiros e da Confederação Nacional do Comércio;

Conselho Nacional de Vitivinicultura – CONAVIN (Lei nº 7.298, de 28 de dezembro de 1984), que conta com a participação da Administração Federal; de representantes de cada um dos três Estados com maior produção de uvas, vinhos e derivados; das Confederações Nacionais da Agricultura, da Indústria, do Comércio e dos Trabalhadores na Agricultura, na Indústria e no Comércio; da União Brasileira de Vitivinicultura – UVIBRA, da Federação das Cooperativas do Vinho do Rio Grande do Sul – FECOVINHO e dos Sindicatos de Vinhos e Bebidas do Rio Grande do Sul;

Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM (Lei nº 7.353, de 29 de agosto de 1985), cujo conselho deliberativo é composto (art. 6º, parágrafo único), em 1/3 (um terço), por pessoas indicadas por movimentos de mulheres;

Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda (Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991), composto paritariamente por representantes de órgãos executores de políticas sociais básicas e entidades não governamentais, de âmbito nacional, de atendimento

dos Direitos da criança e do adolescente (art. 3º) e Conselho Tutelar Municipal (arts. 132 e 139 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990);

Conselho de Comunicação Social (Lei nº 8.389, de 30 de dezembro de 1991), composto por um representante das empresas de rádio; um representante das empresas de televisão; um representante de empresas da imprensa escrita; um engenheiro com notórios conhecimentos na área de comunicação social; um representante da categoria profissional dos jornalistas; um representante da categoria profissional dos radialistas; um representante da categoria profissional dos artistas; um representante das categorias profissionais de cinema e vídeo; cinco membros representantes da sociedade civil (art. 4º);

Conselho Monetário Nacional (Lei nº 8.646, de 7 de abril de 1993), composto por Ministros de Estado, entre outros agentes políticos, mas também por um representante das classes trabalhadoras, ouvidas as centrais sindicais e seis membros nomeados pelo Presidente da República entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros (art. 1º);

Conselho Nacional de Informática e Automação – Conin (Lei nº 8.741, de 3 de dezembro de 1993), composto por agentes políticos e representantes não governamentais de livre escolha e nomeação do Presidente da República, escolhidos mediante indicação de associações nacionais representativas dos produtores de bens e serviços de informática e de automação, dos usuários dos bens e serviços de informática, dos trabalhadores do setor e da comunidade científica e tecnológica;

Conselho Nacional do Idoso (Lei nº 8.842 de 4 de janeiro de 1994), composto por igual número de representantes dos órgãos e entidades públicas e de organizações representativas da sociedade civil ligadas à área (art. 6º);

Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995), composto, dentre outros representantes da Administração, por representantes de entidades civis de defesa do consumidor e do meio ambiente (art. 2º);

Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia (Lei nº 9.257, de 9 de janeiro de 1996), composto pela Administração e por representantes de produtores e usuários da ciência e tecnologia (art. 3º);

Comissão Coordenadora Regional de Pesquisas na Amazônia – Corpam (Lei nº 7.796, de 10 de julho de 1989), formada pela Administração e por representantes dos pesquisadores com notórios conhecimentos sobre a Amazônia, indicados pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC e do conjunto das entidades conservacionistas da região (art. 4º);

Conselho Nacional da Seguridade Social (Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, alterada pela Lei nº 8.619, de 5 de janeiro de 1993), órgão superior de deliberação colegiada, com a participação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de representantes da sociedade civil, aposentados e pensionistas, trabalhadores em atividade e empregadores (art. 6º);

Conselho Gestor do Cadastro Nacional do Trabalhador (Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991), com a participação da Administração e de representantes das centrais sindicais, confederações nacionais de trabalhadores e das confederações nacionais de empresários (art. 65);

Conferência de Saúde (Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990), que se realiza a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes a participação da Administração (art. 1º, §1º);

Conselho de Saúde (Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990), de caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo (art. 1º, §2º);

Conselho Deliberativo da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia – Sudam (Lei Complementar nº 67, de 13 de junho de 1991), composto pela Administração e representantes das classes produtoras e das classes trabalhadoras (art. 1º);

Conselho de Administração da Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa (Lei Complementar nº 68, de 13 de junho de 1991), composto pela Administração e por representantes das classes produtoras e trabalhadoras (art. 1º);

Conselho Deliberativo da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – Sudene (Lei Complementar nº 66, de 12 de junho de 1991), composto pela Administração e por representantes das classes produtoras e trabalhadoras (art. 1º);

Conselho Nacional de Educação (Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995), composto pela Administração e representantes da sociedade civil indicados por organizações de docentes, dirigentes de instituições de ensino e estudantes (art. 8º);

Conselho de Alimentação Escolar (Lei nº 8.913, de 12 de julho de 1994), composto pela Administração e representantes de professores, pais, alunos e trabalhadores rurais (art. 2º);

Conselho Curador do Fundo de Desenvolvimento Social (Lei nº 8.677, de 13 de julho de 1993), formado pela Administração e representantes da Confederação Nacional das Instituições Financeiras; Confederação Nacional do Comércio; Confederação Nacional da Indústria; Confederação Geral dos Trabalhadores; Central Única dos Trabalhadores e Força Sindical (art. 5º);

Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo do Trabalhador – Cofat (Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990), composto pela Administração e representantes de trabalhadores e empregadores (art. 18);

Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS (Lei nº 7.839, de 12 de outubro de 1989), formado pela Administração e representantes de trabalhadores e empregadores;

Comitê Nacional dos Refugiados – Conare (Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997), formado pela Administração e representante de organização não governamental, que se dedique a atividades de assistência e proteção de refugiados no país;

Comitê do Fundo Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 8.490, de 19 de novembro de 1992 e Decreto nº 1.235, de 2 de setembro de 1994),

composto pela Administração e representantes de Organizações não Governamentais que atuam na área do meio ambiente;

Conselho Deliberativo da Política do Café (Decreto nº 2.047, de 29 de outubro de 1996), composto pela Administração e representantes da Confederação Nacional de Agricultura; Associação Brasileira da Indústria do Café; Associação Brasileira da Indústria do Café Solúvel e da Federação Brasileira dos Exportadores de Café;

Conselho Consultivo da Agência Nacional de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997), integrado por representantes indicados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Poder Executivo, pelas entidades de classe das prestadoras de serviços de telecomunicações, por entidades representativas dos usuários e por entidades representativas da sociedade (art. 34);

Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS (Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993), órgão superior de deliberação colegiada, vinculado à estrutura do órgão da Administração Pública Federal responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social (art. 17), cujos membros, nomeados pelo Presidente da República, têm mandato de 2 (dois) anos, permitida uma única recondução por igual período. É integrado por 18 (dezoito) membros, sendo 9 (nove) representantes governamentais, incluindo 1 (um) representante dos Estados e 1 (um) dos Municípios e 9 (nove) representantes da sociedade civil, dentre representantes dos usuários ou de organizações de usuários, das entidades e organizações de assistência social e dos trabalhadores do setor, escolhidos em foro próprio sob fiscalização do Ministério Público Federal;

Conselho Nacional de Recursos Hídricos; Conselhos de Recursos Hídricos dos Estados e do Distrito Federal e Comitês de Bacia Hidrográfica (Lei nº 9.433 de 8 de janeiro de 1997), órgãos de comando, execução e coordenação da política nacional de recursos hídricos, compostos pela Administração e representantes dos usuários de recursos hídricos e de organizações civis de recursos hídricos.

Outro instituto de participação popular na Administração, bastante freqüente no direito brasileiro, é a **audiência pública**. Segundo menciona

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o instituto tem origem no direito anglo-saxão, nas chamadas *public hearings*;¹⁴⁵ trata-se, como o próprio nome diz, da realização pela Administração Pública, em determinada fase do procedimento decisório, de uma sessão aberta a todos os interessados, na qual estes exercem seu direito de requerer esclarecimentos, fazer críticas ou dar sugestões e contribuições a respeito de uma determinada decisão que será tomada pela Administração.

Atendo-nos somente à legislação federal, muito embora os exemplos sejam, nesse caso, muitíssimo mais freqüentes no âmbito dos Estados e dos Municípios, podemos citar como exemplo da adoção desse instituto a **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**, que estabelece a obrigatoriedade da realização de audiência pública nas licitações (ou ante a ocorrência de um conjunto de licitações), simultâneas ou sucessivas, para qualquer contratação que supere a cem vezes o valor limite previsto para a realização de concorrência pública de obras e serviços de engenharia (art. 39, combinado com o art. 23, I, “c”). A **Lei nº 8.689, de 27 de julho de 1993**, é outro exemplo, pois institui a obrigatoriedade de convocação de audiência pública, trimestralmente, pelo gestor do Sistema Único de Saúde, para “análise e ampla divulgação de relatório detalhado contendo, dentre outros, dados sobre o montante e a fonte de recursos aplicados, as auditorias concluídas ou iniciadas no período, bem como a oferta e produção de serviços (...)” (art. 12).

Pode-se encontrar mais dois exemplos de grande importância na atualidade: a **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997** (regulada pelo Decreto nº 2.455, de 14 de janeiro de 1988), que, em seu art. 19, estatui as audiências públicas como fase processual obrigatória na tomada de decisões da Agência Nacional de Petróleo (ANP), que envolvam as “iniciativas de projeto de lei, ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo”; e a **Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996**, que, em seu art. 4º, §3º, dispõe, igualmente, sobre a obrigatoriedade de realização de audiência pública em determinados processos decisórios da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Reitere-se que as audiências públicas são bastante freqüentes na dinâmica dos Municípios, notadamente na concretização do disposto no art. 29, XII,

145. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op. cit., p. 128.

da Constituição Federal, isto é, na regulação da participação de associações representativas na atividade de planejamento municipal.¹⁴⁶ A **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001** (Estatuto das Cidades), somente confirma essa observação, estabelecendo a obrigatoriedade de audiências públicas e de consultas públicas em diversas situações (art. 2º, XIII; art. 40, §4º, I; art. 43, II; art. 44).

Um instituto não muito freqüente, mas que vale destaque pela dinâmica e importância que tem assumido, é a **consulta pública**, criada pelos arts. 19 e 42 da **Lei nº 9.472, de 16 de junho de 1997** – Lei Geral de Telecomunicações. As referidas normas, mais especificamente o inciso III do art. 19 e o *caput* do art. 42, obrigam a Agência Nacional de Telecomunicações a submeter à consulta pública propostas de atos de competência da Presidência da República ou de Ministro de Estado, atinentes à definição da política e do regime jurídico dos serviços de telecomunicações no Brasil e minutas de atos normativos de competência da própria agência reguladora.

Aparentemente inspirada na *enquête* do direito francês,¹⁴⁷ a consulta pública consiste em procedimento de divulgação prévia de minutas de atos normativos, para permitir que, em determinado prazo, todos os eventuais interessados ofereçam críticas, sugestões de aperfeiçoamento ou peçam informações e resolvam dúvidas a seu respeito. A Administração tem o dever de documentar todas as consultas e respondê-las publicamente, de modo a instruir e fundamentar o processo decisório. A diferença entre a consulta pública e a audiência pública está em que, na primeira, há maior possibilidade de interferência dos interessados em relação à decisão que lhes possa afetar; possibilita-se, através da consulta pública, o aprofundamento do debate em torno da decisão administrativa, tanto do ponto de vista político como do ponto de vista técnico. A Administração não é obrigada a aceitar todas as sugestões oferecidas pelos interessados, mas deve motivar a decisão que eventualmente as refutou.

O **orçamento participativo** também merece especial atenção. O instituto ainda não figura expressamente do ordenamento federal, muito embora se

146. É exemplo desse fato o art. 9º da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

147. Sobre o procedimento de *enquête* verificar VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. *Le Système Français de Protection des Administrés contre l'Administration*. Paris: Sirey, 1991, p. 129 et seq. e BRAIBANT, Guy; QUESTIAUX, Nicole e WIENER, Céline. *Le Contrôle de L'Administration et la Protection des Citoyens*. Paris: Cujas, p. 246 et seq.

encontre em linhas gerais permitido pela **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000** – Lei de Responsabilidade Fiscal — (art. 48) que comanda a realização de audiências públicas durante o processo de elaboração das leis orçamentárias, mas se torna cada vez mais presente na legislação dos Municípios e dos Estados. O Estado de Minas Gerais o prevê constitucionalmente (art. 157, §§5º, 6º e 7º)¹⁴⁸ e alguns municípios já o cristalizaram como prática reiterada; é o caso de Porto Alegre, que realiza o orçamento participativo desde 1989, sem interrupções.¹⁴⁹ Com formas que variam caso a caso, o chamado orçamento participativo é um procedimento administrativo que compreende a realização de diversas audiências públicas, geralmente regionalizadas, por vezes acompanhadas da eleição de representantes para diferentes conselhos deliberativos, os quais têm o objetivo de preparar, sob a coordenação da Administração, o projeto de lei orçamentária enviado pelo Executivo ao Legislativo.

Por fim, mais quatro institutos merecem destaque: **a ouvidoria pública**, incorporada na figura do ouvidor, mediador ou *ombudsman* — representante popular eleito ou indicado pelo Legislativo especialmente para fiscalizar a atuação da Administração —, adotada atualmente por diferentes órgãos públicos (v.g. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, art. 79 – ouvidor geral da seguridade social; Lei nº 8.490, de 19 de novembro de 1992, art. 19 – ouvidor geral da república; Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, art. 4º — ouvidor da ANEEL; Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, art. 8º – ouvidor da agência nacional de telecomunicações e Decreto nº 97.946, de 11 de julho de 1989, art. 12 – ouvidor do IBAMA) e muitos Estados e Municípios;¹⁵⁰ **o referendium e o plebiscito administrativo**, menos comum no direito brasileiro, mas que constituem na submissão de uma decisão administrativa ao crivo popular, como condição para sua vigência;¹⁵¹ **a eleição popular para cargos públicos de direção** (considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, como veremos nos

148. Cf. SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de Participação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 206 et seq.

149. Cf. GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan. *Orçamento Participativo – A experiência de Porto Alegre*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1997, p. 45.

150. Cf. TÁCITO, Caio. Ombudsman – O Defensor do Povo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 85, p. 43 et seq.

151. Parece-nos que ao fundamentar o referendo e o plebiscito legislativos a Constituição Federal, art. 14, I e II, também dá fundamento ao referendo e ao plebiscito administrativos, assunto que trataremos melhor na seqüência do presente trabalho.

próximos capítulos) e as **organizações sociais** (Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998), pessoas jurídicas privadas, sem finalidade lucrativa, que, mediante processo de qualificação, assumem em regime de “co-gestão”¹⁵² a execução de atividades administrativas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, de difusão da cultura e proteção da saúde.

São esses, de forma genérica, os institutos de participação popular na Administração Pública mais frequentes ou mais importantes no direito brasileiro. Institutos criados, na esteira do princípio constitucional participativo analisado no capítulo anterior, pela legislação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Institutos que se definem, em essência, como instrumentos jurídicos que possibilitam aos administrados tomar parte, diretamente ou através de representantes, no processo decisório, na execução ou no controle das tarefas realizadas pela Administração Pública. Todos esses institutos têm como objetivo, reprise-se, tornar mais eficiente a atuação administrativa e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca da adesão, do consentimento e do consenso dos administrados e, por fim, da abertura e transparência dos processos de tomada de decisão.

5.4 Institutos participativos no direito comparado

O direito de outros países também tem contemplado diferentes institutos de participação popular na Administração Pública. Nossa pesquisa, nesse sentido, voltou-se a recolher uma amostragem dos países europeus, onde se concentra boa parte da literatura sobre a participação popular na Administração Pública, mas também aos países da América do Norte e do Sul e, por fim, aos chamados estados “lusófonos”, ou de língua oficial portuguesa.

O direito francês contempla institutos variados. O mais famoso deles é a chamada *enquête*, procedimento bastante difundido, através do qual a Administração abre aos interessados o direito de opinar sobre projetos de urbanização, meio ambiente, instalações nucleares, vias férreas, entre

152. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação ...*, op. cit., p. 133.

outros.¹⁵³ Outros institutos, entretanto, são também importantes no direito francês, a chamada “concertation”, procedimento que se dá, praticamente, na seqüência da *enquête*, em alguns casos especiais; por meio dela a Administração reúne os interessados para uma tentativa de acordo ou negociação em relação às medidas que irá tomar. O referendo consultivo; as audiências públicas; os conselhos ou comitês colegiados; a chamada “devolução”, que ocorre quando a gestão de um serviço público é integralmente confiada a uma associação de particulares sem finalidade lucrativa, e o *ombudsman*, chamado *mediateur*,¹⁵⁴ são outros institutos presentes no direito francês.

O direito italiano assegura a participação popular nos procedimentos para a tomada de decisões urbanísticas, de forma parecida ao que ocorre na *enquête* francesa. Utiliza-se, ainda, de referendo consultivo para decisões de repercussão nacional. O *ombudsman* local leva o nome de *difensore civico*. Conselhos participativos com representação sindical também são freqüentes. A Constituição italiana, ademais, dispõe genericamente sobre a participação popular na Administração, em seu art. 3º.¹⁵⁵

O direito alemão contempla institutos como as audiências públicas (fruto da Lei de 25 de maio de 1976, seguida por leis dos Länder), baseadas no direito genérico de participar dos procedimentos decisórios; conselhos participativos; consulta pública com debate posterior para acordo (semelhante à “concertation” francesa, acima referida) e o *ombudsman*.¹⁵⁶

153. Cf. FROMONT, Michel. La Participation et l'Aménagement de l'Espace. In: DELPÉREÉ, Francis (Org.). *La Participation Directe du Citoyen à la Vie Politique et Administrative*. Bruxelas: Bruylante, 1986, p. 288; WIENER, Céline; HAMON, Francis. La Participation et les Activités Sociales et Culturelles. In: DELPÉREÉ, Francis (Org.). *La Participation Directe du Citoyen à la Vie Politique et Administrative*. Bruxelas: Bruylante, 1986, p. 342/346.

154. Cf. PONTIER, Jean-Marie. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections en France. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984, p. 58.

155. Cf. CANANEIA, Giacinto della. Le Citoyen et l'Administration. *Revue Française d'Administration Publique*, n. 67, p. 408/411, 1993; FROMONT, Michel. *La Participation...*, op. cit., p. 288 e CASSESE, Sabino. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections en Italie. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984, p. 23/25.

156. Cf. FROMONT, Michel. *La Participation...*, op. cit., p. 288, ou, do mesmo autor, Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections en RFA. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984, p. 68/72 e WIENER, Céline; HAMON, Francis, op. cit., p. 342/346.

Na Grã-Bretanha adaptou-se a *enquête* ao direito local, que acaba se dando com procedimento semelhante ao do processo judicial. O *ombudsman* inglês leva o nome de “Parliamentary Commissioner for Administration”. Audiências públicas, comissões ou conselhos consultivos são formados, ademais, como instrumento de defesa dos “consumidores” de serviços públicos.¹⁵⁷ O chamado “voluntary sector”, que entre nós tem sido denominado “terceiro setor”, isto é, as organizações que não fazem parte do “setor público” ou do “setor comercial”, mas atuam pressionando a Administração, discutindo políticas públicas, ou prestando serviços beneficentes (notadamente o de assistência judiciária aos mais pobres), configura-se como uma importante forma de participação no direito britânico.¹⁵⁸

O direito belga prevê a audiência pública e, em alguns casos, o referendo consultivo.¹⁵⁹

O direito espanhol contempla procedimento similar à “concertation” francesa e à *enquête*, denominado “procedimento de informação pública”.¹⁶⁰ Há previsão constitucional, no caso espanhol, do princípio geral de participação do cidadão nas decisões administrativas (arts. 9º, 105 e 129) e de que a atividade de planejamento econômico deva contar com a participação dos cidadãos, através da organização da sociedade civil (art. 131). A Lei nº 30/92, de procedimento administrativo, dá forma concreta às disposições gerais constitucionais.¹⁶¹

O direito grego prevê o *ombudsman*; conselhos com a participação de representantes da sociedade civil e as interessantes “petições coletivas”, patrocinadas por grupos de pressão política, que obrigam a Administração a reexaminar decisões tomadas sobre determinados assuntos de interesse da

157. Cf. FROMONT, Michel. *La Participation...*, op. cit., p. 288.

158. Cf. RIDLEY, F. F. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections en Grande-Bretagne. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984, p. 137/155; SOARES, Fabiana de Menezes, op. cit., p. 182.

159. Cf. LEJEUNE, Yves. L'Introduction du Référendum en Droit Belge. In: DELPÉRÉE, Francis (Org.). *La Participation Directe du Citoyen à la Vie Politique et Administrative*. Bruxellas: Bruylante, 1986, p. 177/188; FROMONT, Michel. *La Participation...*, op. cit., p. 288.

160. Cf. FROMONT, Michel. *La Participation ...*, op. cit., p. 288 e WIENER, Céline; HAMON, Francis, op. cit., p. 340.

161. Cf. WIENER, Céline; HAMON, Francis, op. cit., p. 342/346.

coletividade. A participação se dá, em grande medida, face à consagração do princípio de oitiva prévia dos interessados em uma dada decisão administrativa (art. 20, §2º, da Constituição grega).¹⁶²

O direito suíço regula o referendo consultivo e deliberativo e audiências públicas.¹⁶³

Na Suécia, prevê-se, obviamente, o *ombudsman*, bem como o interessantíssimo direito de associações de cidadãos atuarem em conjunto com a “Riksuevisionsverket” — Inspetoria Nacional de Finanças (correspondente ao nosso Tribunal de Contas) — na fiscalização da prestação dos serviços públicos.¹⁶⁴

No direito dos Países Baixos, existe o *ombudsman* e uma versão particular da já comentada *enquête*.¹⁶⁵

Luxemburgo possui seu *ombudsman*, como a maioria dos estados europeus; conselhos consultivos e participação de sindicatos em decisões de interesse local.¹⁶⁶

162. Cf. SPILIOPOULOS, Epaminondas. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections en Grèce. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984, p. 114/116 e ORIANNE, Paul. La Participation et les Activités Économiques. In: DELPÉRÉE, Francis (Org.). *La Participation Directe du Citoyen à la Vie Politique et Administrative*. Bruxelas: Bruylante, 1986, p. 323.

163. Cf. FROWEIN, Jochen. Les Référendums, Aspects de Droit Compare. In: DELPÉRÉE, Francis (Org.). *La Participation Directe du Citoyen à la Vie Politique et Administrative*. Bruxelas: Bruylante, 1986, p. 106-107; FROMONT, Michel. *La Participation...*, op. cit., p. 288.

164. Cf. HOLMGREN, Kurt. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections en Suède. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984, p. 39/41.

165. Cf. KONIJNENBELT, Willen. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections aux Pays Bas. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984, p. 235; FROMONT, Michel. *La Participation...*, op. cit., p. 288.

166. Cf. BEISSEL, Simone. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections au Luxemburg. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984, p. 88-89.

No direito finlandês, além do invariável *ombudsman*, há o “comitê social da comuna” que funciona como órgão participativo com a finalidade de apreciar recursos contra decisões administrativas locais.¹⁶⁷

O direito norueguês prevê conselhos de participação e o *ombudsman*.¹⁶⁸

Portugal, além de diversas disposições constitucionais assegurando a participação popular na Administração (arts. 9º, 48, 65, 66, 70, 73, 111 e 263),¹⁶⁹ e de uma recente lei sobre procedimento administrativo, consagrando o princípio da oitiva prévia do interessado,¹⁷⁰ possui atividades administrativas controladas por associações civis; conselhos e comissões participativas e também possui o seu *ombudsman*.¹⁷¹

Portugal tem um papel irradiador, ademais, em relação aos demais países lusófonos. Dessa forma, Constituições de diversos países sofrem a influência do modelo português e também contemplam, de forma genérica, a possibilidade de criação de institutos de participação popular na Administração; encontram-se, entre eles: São Tomé e Príncipe (arts. 56 e 65); Angola (art. 142); Cabo Verde (art. 54, 76 e 110).

O direito norte-americano prevê o referendo consultivo e o deliberativo, e os conselhos participativos.¹⁷² As audiências públicas — “trial-type hearing” e “argument-type hearing” — são utilizadas na grande maioria dos processos decisórios das agências administrativas. Como ocorre no direito britânico, os Estados Unidos da América do Norte utilizam o procedimento do processo judicial nessas audiências, possibilitando ampla produção de provas, defesa

167. Cf. MODEEN, Tore. *Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections en Filande*. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984, p. 102/104.

168. Cf. SMITH, Eivind. *Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections en Noruège*. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984, p. 185/188.

169. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 429.

170. Cf. DUARTE, David, op. cit., p. 202.

171. Cf. SILVA, Fernando Diogo da. *Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections en Portugal*. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984, p. 222/227.

172. Cf. WIENER, Céline; HAMON, Francis, op. cit., p. 342/346.

técnica, entre outros direitos e deveres inerentes ao “due process of law”.¹⁷³ A eleição popular para cargos de chefia e direção na Administração Pública é muitíssimo freqüente, atingindo proporções dificilmente imagináveis no contexto brasileiro.¹⁷⁴ E o incremento de associações para a prestação voluntária de serviços públicos é cada vez mais intenso.¹⁷⁵

No México, houve recente aprovação da “Ley de Participación Ciudadana del Distrito Federal”, que, embora não possua dimensão nacional, é certamente o primeiro passo para uma cristalização da Administração participativa. Prevêem-se, neste caso, os conselhos de cidadãos e a audiência pública, como institutos de participação (arts. 1º, 3º, 35, 114 e 115).¹⁷⁶

Na Bolívia, temos as chamadas “organizaciones territoriales de base”, as quais se configuram como instrumentos de participação semelhantes, em parte, aos nossos conselhos participativos (Lei nº 1.551/94).¹⁷⁷

A Constituição nicaragüense prevê (arts. 117 a 119) que os serviços de educação serão acompanhados da participação da “família, da comunidade e do povo”.

A participação na prestação dos serviços públicos de educação também se encontra prevista no Uruguai (arts. 202 e 203 da Constituição), onde se estabelece a existência de conselhos participativos na direção das instituições públicas de ensino.

A Carta peruana prevê o *ombudsman* — “defensor del pueblo” — com missão de intermediar as relações dos cidadãos com a Administração Pública (arts. 161 e 162).

173. Cf. CASSESE, Sabino. Les Conditions de Participation du Cityen à la Vie Administrative. In: DELPÉRÉE, Francis (Org.). *La Participation Directe du Citoyen à la Vie Politique et Administrative*. Bruxelas: Bruylante, 1986, p. 281.

174. Cf. OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o Governo*. São Paulo, Comunicação, 1992, p. 77. Segundo esses autores nos EUA existiam, em dados do início da década de 1990, 304.404 autoridades públicas eleitas, uma para cada 182 eleitores.

175. Id., p. 360/376.

176. Fonte de consulta: <<http://www.scjn.gob.mx>>.

177. Cf. SOARES, Fabiana de Menezes, op. cit., p. 196/199.

No Chile, a participação encontra-se destacada na chamada “Administración Comunal” (art. 107 da Constituição), onde se prevê a prática de referendo consultivo e de plebiscito, abrindo-se a porta para que, no âmbito local, a Administração pratique outras formas de participação.

A Argentina, enfim, possuindo uma lei de procedimento administrativo (Lei nº 19.549), prevê as audiências públicas como forma de controle dos cidadãos sobre os serviços públicos, especialmente aqueles concedidos por força da privatização aos particulares.¹⁷⁸

178. Cf. GORDILLO, Augustín. *Después de la Reforma del Estado*. Buenos Aires: FDA, 1996, p. VIII-1/VIII-33.

Capítulo 6

Classificação dos Institutos de Participação Popular na Administração Pública

6.1 A doutrina estrangeira e a classificação dos institutos de participação

Finalizando a segunda parte do presente estudo, no afã de sistematizar a análise dos institutos de participação popular na Administração Pública, e complementando a análise conceitual que fizemos no capítulo anterior, torna-se necessário buscar, na doutrina já sedimentada sobre a participação popular, critérios que diferenciem entre si esses institutos, revelando, de forma mais clara, sua natureza jurídica e seu modo de funcionamento.

Torna-se obrigatório, portanto, percorrer a obra de alguns autores forâneos e brasileiros que trataram dos institutos de participação popular na Administração Pública, muito embora com pontos de vista diferentes e muitas vezes nem se utilizando dessa expressão para se referir ao objeto do presente estudo.

Dentre os autores portugueses que versaram sobre a participação popular na Administração Pública encontraremos o famoso constitucionalista Canotilho e, mais recentemente, o administrativista David Duarte.

Para Canotilho, os institutos de participação devem ser classificados pelo critério da diferença de “intensidade conferida à dimensão participativa”.¹⁷⁹ Identifica, então, o constitucionalista, três espécies de participação:

1. participação não vinculante;
2. participação vinculante;
3. participação vinculante e autônoma.

A primeira consistiria na atuação do administrado nos processos decisórios por meio, apenas, de “informações, propostas, exposições, protestos”. A segunda importaria na atuação “na própria tomada de decisão”. A terceira configuraria-se em casos de “autogestão”, quando houvesse uma verdadeira substituição do poder de direção da Administração.¹⁸⁰

Não há contradição, certamente, entre essa classificação e os institutos de participação popular na Administração adotados pelo direito brasileiro. Segundo verificamos resumidamente no capítulo anterior, o ordenamento brasileiro contempla tanto institutos de participação não vinculantes (a consulta pública, por exemplo), como institutos vinculantes (conselhos deliberativos, referendo administrativo) e também institutos vinculantes e autônomos (organizações sociais), que estudaremos com maiores detalhes na seqüência do presente trabalho.

David Duarte, por seu turno, baseando-se em critério que visa equacionar a relação público/privado, classifica a participação administrativa em três espécies:

1. participação interna;
2. participação externa e
3. participação interorgânica ou intersubjetiva.¹⁸¹

179. Cf. CANOTILHO, op. cit., p. 426,427.

180. Ibid.

181. Cf. DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma Concretização dos Princípios da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 115/134.

Segundo o eminente tratadista português, “a participação interna é aquela que ocorre e se desenvolve no interior da organização administrativa, através da intervenção dos funcionários administrativos nos processos de formação das decisões internas ou na sua integração, para defesa dos seus interesses, na composição de órgãos de gestão”.¹⁸² A participação administrativa externa, continua o mesmo autor, consubstancia-se através da “intervenção individual e de grupos sociais exteriores à organização administrativa na actividade e decisões da Administração”;¹⁸³ nela materializa-se a “osmose” entre o Estado e a sociedade, idéia central na definição dos institutos de participação popular na Administração Pública. Para este autor, a participação externa dividir-se-ia em cinco tipos:

1. participação pericial;
2. defesa procedimental;
3. participação procedimental;
4. participação orgânica e
5. participação direta.¹⁸⁴

David Duarte explica, por fim, que a participação interorgânica seria aquela que “implica a relação interactiva, ou concurso no procedimento (...) de órgãos e pessoas colectivas públicas diferenciadas”.¹⁸⁵

A classificação de David Duarte não calha perfeitamente com o perfil dos institutos de participação popular na Administração Pública regulados pelo direito brasileiro. Ainda que possamos admitir, excepcionalmente, a existência de institutos de participação interna, como vimos no capítulo anterior,¹⁸⁶ e a existência, em regra, de institutos de participação externa não conseguimos identificar no direito pátrio a chamada “participação interorgânica”.

182. Ibid.

183. Ibid.

184. Ibid.

185. Ibid.

186. Hipótese dos servidores públicos participarem da formação de decisão que afeta somente aos seus próprios interesses — enquanto coletividade, enquanto objeto da ação administrativa, enquanto administrados — e à Administração.

O motivo de nossa discordância com as perorações de David Duarte reside, simplesmente, no fato de que, como o próprio mestre português assegura, trata-se, a participação interorgânica, de participação “totalmente pública”.¹⁸⁷ Na verdade, a utilidade dessa classificação socorre somente aos países de estruturação unitária e visa justificar a participação de autarquias territoriais (na condição de representantes das comunidades locais) nas decisões tomadas pela administração central. Nossa estruturação federativa, conforme determina a Constituição Federal de 1988, elimina a necessidade de classificação ou definição de uma participação interorgânica. Para nós, repise-se, os institutos de participação são, em regra, externos, isto é, formam-se pela participação dos administrados no processo decisório e, excepcionalmente, internos.

Também não concordamos integralmente com a classificação dos institutos de participação externa que faz David Duarte. Refere-se o indicado autor, como vimos, aos seguintes tipos de participação: participação pericial, defesa procedimental, participação procedimental, participação orgânica e participação direta. Não consideramos a defesa procedimental um instituto de participação popular na Administração Pública, em sentido estrito, por se tratar de mecanismo através do qual o administrado participa na defesa de seus interesses individuais e não na defesa dos interesses da sociedade, sejam eles coletivos ou difusos. Ademais, vale salientar que a matriz jurídica que fundamenta os dois institutos parece-nos absolutamente diferentes. Na defesa procedimental, o cidadão atua de forma a garantir sua esfera individual mínima de direitos, coloca-se na posição do súdito que se defende contra o Estado. Na participação popular, o cidadão coloca-se em posição prospectiva, deixa de ser objeto da atuação estatal e torna-se sujeito da mesma; não se defende do Estado, mas atua em colaboração com o mesmo. Fazendo uma analogia com a doutrina dos direitos fundamentais, poderíamos dizer que a defesa procedimental é um direito fundamental da primeira geração (garantia das liberdades individuais), enquanto a participação popular, se fosse um direito fundamental, pertenceria à terceira geração (direito de solidariedade).¹⁸⁸

Além do mais, custa-nos crer que as participações denominadas pelo autor português de pericial (com o objetivo de prestar uma colaboração de natureza

187. Id., nota 7, p. 116.

188. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 475, 481 e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos ...*, op. cit., p. 57 et seq.

técnica à Administração), orgânica (integrando um órgão administrativo, por exemplo, um conselho deliberativo ou consultivo) e direta (referendo) não sejam, na verdade, participações procedimentais (intervenção no procedimento administrativo que gerará a decisão), uma vez que todas elas se dão num processo decisório, embora em fases distintas. A participação pericial se dá na fase de instrução do processo decisório. A participação orgânica pode se dar na fase instrutória (conselhos consultivos) ou na fase decisória (conselhos deliberativos) do processo. Enfim, a participação direta se dá como subfase final, da fase decisória do processo administrativo (no referendo, por exemplo), ou como subfase inicial, mas vinculativa da decisão final (no plebiscito, por exemplo).

Os institutos de participação sempre integram um processo decisório ou, caso se prefira, um procedimento administrativo específico, ora aberto a todos os interessados, ora aberto à participação somente de representantes da sociedade.¹⁸⁹ Na realidade, todos os institutos de participação são procedimentais, inexistindo a possibilidade de distingui-los entre procedimentais e não procedimentais.

Entre os autores da língua espanhola, mencionem-se as obras de Sánchez Morón, García de Enterría e Gordillo.

Sánchez Morón, partindo de um conceito que autodenomina “o mais genérico possível”¹⁹⁰ de participação administrativa, divide os institutos de que ora tratamos entre os de “participação interna; participação externa e participação interorgânica”, da mesma forma que o português David Duarte, acima citado. Vale aqui fazer a mesma observação que feita acima, a chamada “participação interorgânica” não tem razão de ser no direito brasileiro.

Morón, um pouco diferentemente do que sustenta David Duarte, divide a participação externa em quatro outras modalidades: a primeira, que denomina “exercício privado de funções públicas” ou “participação-devolução”, que corresponderia à execução de funções públicas por um particular, sob o controle da Administração. Segundo o autor espanhol, o particular, no caso, realizaria a atividade profissionalmente, com intuito de lucro, restando

189. Cf. LEVI, Franco. *Partecipazione e Organizzazione*, op. cit., p. 1.631.

190. Cf. MORÓN, Miguel Sánchez. *La Participación del Ciudadano ...*, op. cit., p. 102/107.

à Administração o papel de fixar os princípios reitores da atividade e exercer controle externo sobre a mesma.¹⁹¹ O próprio autor reconhece que o instituto se distancia do conceito estrito de participação e que “não constitui realmente nenhuma novidade substancial no marco das categorias jus-administrativistas”. A autocrítica dispensa maiores comentários; de fato, a delegação da execução de serviços públicos a particulares que a executam por sua conta e risco, com intuito de lucro (concessão, permissão ou autorização de serviços públicos), consiste em instituto com perfil jurídico autônomo em relação à participação popular, regulado e sedimentado há muito tempo, de forma que não se deve aceitar essa classificação.

A segunda forma de participação externa, no critério adotado por Morón, seria a da colaboração técnica ou “ajuda pericial”, segundo a qual um particular apresentaria à Administração subsídios técnicos para o exame de um problema e adoção de uma decisão.¹⁹²

A terceira forma de participação externa, ainda na opinião de Morón, encontrar-se-ia nas chamadas “garantias procedimentais do administrado”, através das quais este teria o direito de apresentar formalmente suas razões junto à Administração, toda vez que a decisão administrativa viesse a representar uma intromissão na esfera autônoma e reservada do indivíduo.¹⁹³ Mais uma vez, fazemos referência às críticas anteriores, pois, no conceito mais restrito que adotamos de participação popular, excluem-se as garantias inerentes ao direito de defesa do acusado em processo administrativo.

A quarta modalidade de participação, para o administrativista espanhol, estaria representada pelos casos em que se possibilita ao cidadão que “intervenha nas decisões administrativas com o objetivo de expressar, por si só ou através das organizações sociais correspondentes os interesses comuns de um determinado grupo ou categoria de pessoas, ou através do procedimento de elaboração das decisões ou mediante uma intervenção dirigida a determinar a composição do órgão administrativo que participa da decisão”.¹⁹⁴

191. Ibid.

192. Ibid.

193. Ibid.

194. Ibid.

Para Morón, e neste ponto estamos em perfeita concordância com ele, esta é a forma que se pode denominar, em sentido estritamente técnico, como participação nas funções administrativas. Mas, a “grande amplitude casuística” desses institutos de participação popular externa implicaria na necessidade de acrescentar mais cinco classificações, a saber:

1. a participação procedimental (na qual a administração decide livremente após ouvir os interessados);
2. a participação consultiva (na qual a administração toma livremente a decisão após consultar determinadas organizações sociais portadoras de interesses coletivos);
3. a participação-negociação (onde a administração decide após obter um compromisso com as organizações sociais interessadas);
4. a participação orgânica (na qual a intervenção do particular ou de um grupo social se processa através de um órgão de decisão ou de controle das decisões administrativas);
5. a participação direta (nas quais o particular atua como componente de um corpo eleitoral que aprova ou não uma medida concreta da administração pública).

O administrativista espanhol só peca ao distinguir a participação procedimental das demais. Todos os institutos de participação, em gênero, classificados por Morón, bem como pelo português David Duarte, concretizam-se através de um procedimento administrativo específico e são, nessa medida, procedimentais. No mais, é relativamente útil e aplicável ao direito brasileiro a classificação casuística feita por Morón.

O festejado García de Enterría, por sua vez, classifica os institutos de participação popular na Administração Pública como:

1. de participação orgânica (nos quais o cidadão se incorpora aos órgãos da administração);
2. de participação funcional (nos quais o cidadão exerce funções administrativas sem perder seu caráter privado e sem se incorporar à administração) e

3. de participação cooperativa (nos quais o cidadão persegue por sua atividade privada um objetivo de interesse geral).¹⁹⁵

O critério utilizado pelo renomado publicista é o da posição jurídica do administrado em face da Administração, na relação jurídica participativa que se estabelece entre os dois. A classificação é simples e genérica e podemos transportá-la quase que integralmente para o direito brasileiro.

Enterría identifica, ainda, a existência de subespécies dos chamados institutos de participação orgânica:¹⁹⁶ 1. a formação de corporações públicas (corporações de descentralização territorial) e 2. a participação do cidadão em órgãos da administração, seja através de leigos seja através de técnicos qualificados. O ordenamento brasileiro compreenderia, face à estrutura federalista adotada pela Constituição, em regra, a segunda subespécie apontada pelo espanhol, salvo a hipotética criação de territórios, distritos ou regiões, genericamente indicadas na Carta de 1988 (art. 18, §2º; art. 30, IV e art. 43).

A participação funcional, ainda para Enterría, manifestar-se-ia através das consultas públicas (*enquêtes*); das denúncias de diversos tipos; do exercício jurisdicional das ações populares; da ação de *amicos curiae*, colaboradores da administração e, por fim, das petições, proposições, reclamações e recursos para defesa de interesses da sociedade.¹⁹⁷ Concordamos quase totalmente com Enterría, mas já dissemos e ora repetimos que, por razões metodológicas, separamos os institutos eminentemente administrativos dos institutos jurisdicionais e, dessa forma, não consideramos as ações populares instrumento de participação popular na Administração Pública em sentido estrito.

O argentino Gordillo antevê a possibilidade genérica da criação de institutos de participação popular na Administração Pública em dois níveis:

1. o da aplicação das “técnicas consultivas” e
2. o da “gestão participativa” dos diversos serviços públicos.¹⁹⁸

195. Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. *Principes et Modalités ...*, op. cit., p. 259/266.

196. Ibid.

197. Ibid.

198. Cf. GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo – Parte General*. Buenos Aires: Macchi, 1995, t. 1, p. II-23.

Nada há a discordar da classificação de Gordillo, que também pode ser aplicada ao ordenamento brasileiro, muito embora, utilizando-se do mesmo critério de distinção dos institutos participativos, a tipologia detalhada por Canotilho seja mais completa.

Entre os autores franceses torna-se obrigatória a referência a Ferrier e Chevallier.

Ferrier identifica, de maneira bastante simples, três níveis de participação do cidadão nas decisões da administração:

1. a participação ideológica, que segue o esquema representativo;
2. a participação psicológica, quando a distância entre o autor da decisão e o administrado é pequena, de forma que haja a possibilidade de contato informal entre a administração e o administrado que poderá, dessa forma, discutir, se informar e tentar influenciar na decisão e
3. participação direta ou pessoal, que se dá sem mediação de um eleito, existindo casos em que a administração continua tomando a decisão e casos em que há co-gestão.¹⁹⁹

Somente a segunda classificação (“participação psicológica”) não está compreendida no objeto deste estudo, pois não se trata de participação institucional, mas, sim, informal, admitida implicitamente, mas não permitida expressamente pelo sistema jurídico.

Ferrier defende, ainda, a possibilidade de classificar os institutos participativos pelo critério da natureza da decisão, na qual pode participar o administrado: 1. participação em decisões individualizáveis ou 2. participação em decisões não individualizáveis — atos regulamentares; ou pelo critério da natureza da participação: 1. participação direta, ou 2. participação indireta. Dada sua generalidade, essas classificações podem ser perfeitamente utilizáveis pelo doutrinador brasileiro, identificando, em cada caso, alguns dos institutos de participação popular na Administração Pública previstos em nossa legislação.

199. Cf. FERRIER, Jean-Pierre. La Participation de Administrés aux Décisions de L'Administration. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, n. 3, 1974, p. 633 et seq.

Jacques Chevallier, muito embora não tenha a pretensão explícita de classificar os institutos de participação popular na Administração Pública, acaba por descrevê-los em três modalidades:

1. aqueles que se originam de mera ampliação do direito de informação do administrado;
2. aqueles que representam um processo de consulta direta à sociedade e
3. aqueles que se expressam através de um concerto ou negociação entre a Administração e a sociedade.²⁰⁰

A classificação é utilíssima, pois se baseia no critério do tipo de procedimento adotado para a concretização da participação, colocando em três blocos distintos institutos que desenham, caso a caso, uma maior ou menor intensidade da participação na formação da decisão administrativa. O critério pode ser aproveitado para a diferenciação dos institutos criados pelo ordenamento brasileiro. No primeiro bloco, teríamos a audiência pública; no segundo, o referendo e o plebiscito administrativos e, no terceiro, os conselhos e comissões participativos e as organizações sociais (considerada a regra a elas imposta de celebração periódica de contratos de gestão — Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1998).

Dentre os autores italianos, destaca-se Franco Levi. O tratadista distingue os institutos de participação popular em três tipos:

1. os de democracia direta, como o referendun;
2. os de democracia representativa, como a previsão de órgãos participativos deliberativos, órgãos eletivos para a gestão escolar e a representação dos usuários nos órgãos de gestão de serviços públicos e
3. os relativos a procedimentos administrativos que consentem na intervenção de todos os interessados no processo decisório da Administração.

200. Cf. CHEVALLIER, Jacques. *Science Administrative*, op. cit., p. 416/418.

A classificação do italiano só peca por distinguir a participação procedimental da direta e da representativa, que, repetimos, não deixam de se dar em procedimentos administrativos específicos.

6.2 A doutrina brasileira e a classificação dos institutos de participação

No Brasil, cada vez é maior o empenho dos juristas no estudo dos institutos de participação popular na Administração Pública. Classificá-los, entretanto, ainda é aventura de poucos. Dentre estes, encontramos Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, citando Ferrier, classifica os institutos de participação popular na Administração Pública sob dois rótulos genéricos:

1. as formas de participação direta (o direito de ser ouvido e a *enquête*) e
2. as formas de participação indireta (participação em órgãos de consulta, em órgãos de decisão, participação por meio do ombudsman e por via do Poder Judiciário).²⁰¹

Como já dissemos, por razões metodológicas, excluímos do conceito de institutos de participação popular na Administração Pública aqueles que se concretizam por via do Poder Judiciário.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, autor de ampla e valiosa monografia sobre a participação política do cidadão, identifica treze institutos de participação popular na Administração Pública, dividindo-os entre aqueles que importam na “simple influência” do administrado e os que impõem a “vinculação decisional”.²⁰² Arrola o ilustre administrativista os seguintes institutos:

1. representação política;
2. plebiscito;
3. referendo;

201. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação Popular ...*, op. cit., p. 134/139.

202. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*, op. cit., p. 123/141.

4. coleta de opinião;
5. debate público;
6. audiência pública;
7. colegiado público;
8. co-gestão paraestatal;
9. assessoria externa;
10. delegação atípica;
11. provocação de inquérito civil;
12. denúncia aos Tribunais ou Conselhos de Contas;
13. reclamação relativa à prestação de serviços públicos.

Alguns destes institutos não têm a natureza eminentemente administrativa, como a denúncia aos tribunais de contas e a provocação de inquérito civil, por possuírem, em tese, desdobramentos tanto no âmbito do Poder Legislativo (do qual o tribunal de contas é órgão auxiliar) como no âmbito do Judiciário (através de ação declaratória de improbidade administrativa, ou ação civil pública, no caso do inquérito civil).

Outros, como a representação política e a assessoria externa, são institutos autônomos em relação aos de participação popular na Administração Pública. De toda a sorte, boa parte dos institutos indicados pelo eminente publicista fluminense serão analisados nos próximos capítulos do presente estudo.

Por último, é necessário citar Fabiana de Menezes Soares que, passando em resumo a obra de diversos autores, prefere dividir os institutos de participação popular na Administração Pública em duas modalidades somente:

1. formas de participação “na fase preparatória” e
2. formas de participação “na fase decisória”.²⁰³

203. Cf. SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de Participação*, op. cit., p. 153.

A ilustre administrativista chega a essa conclusão apontando, ainda, que, segundo os diferentes “graus de intensidade”, os institutos participativos na Administração Pública podem ser divididos em vinculantes e não vinculantes.

6.3 Conclusão

Como conclusão, pode-se observar que não há consenso entre os juristas em relação à classificação dos institutos de participação. Além disso, é necessário notar que a doutrina estrangeira, notadamente a doutrina européia, em regra centrada nas diversidades do direito local, não pode ser automaticamente importada para o Brasil, que possui uma estruturação estatal diferente da encontrada naqueles países.

Mesmo assim, há lições da doutrina forânea que são incorporáveis ao nosso ordenamento, bem como há contribuições bastante significativas da doutrina nacional acerca dos institutos de participação na Administração Pública.

Nossa posição pode ser resumida, localizando diversos critérios de classificação úteis ao estudo dos institutos de participação popular na Administração Pública do direito brasileiro.

Desse modo, visando diferenciar os institutos de participação pelo critério da força vinculante, ou do grau de poderes atribuídos diretamente aos administrados, visualizamos:

1. institutos de participação vinculante, ou de gestão participativa, ou de vinculação decisional (v.g. conselhos deliberativos);
2. institutos de participação não vinculante, ou institutos de técnica consultiva, ou de simples influência (v.g. consulta pública);
3. institutos de participação autônoma e vinculante (v.g. organizações sociais).

Distinguindo a condição pessoal ou o status do administrado que participa do processo decisório, temos:

1. institutos de participação interna (excepcionais, com participação exclusiva de servidores);

2. institutos de participação externa (a maioria, admitem a participação de particulares no processo decisório).

Adotando o critério da posição do administrado em face da Administração, na relação jurídica de participação, temos:

1. institutos de participação orgânica (conselhos, comissões, comitês);
2. institutos de participação funcional (consultas e audiências públicas, referendo);
3. institutos de participação cooperativa (organizações sociais).

Pelo critério da natureza *jus-política* da decisão, diferenciaríamos os institutos em:

1. institutos de participação em decisões concretas ou individualizáveis;
2. institutos de participação em decisões normativas ou não individualizáveis.

Levando-se em conta a natureza da participação, podemos classificar os institutos como:

1. institutos de participação direta, ou de democracia direta;
2. institutos de participação indireta, ou de democracia representativa.

Por fim, pelo critério distintivo do tipo do procedimento adotado, teríamos:

1. institutos de mera ampliação do direito de informação do administrado (audiências públicas);
2. institutos de consulta direta à sociedade (referendo);
3. institutos de concerto ou negociação (conselhos deliberativos, organizações sociais).

Dessa forma, é possível ter uma boa idéia de como se comportam os institutos de participação na Administração Pública contemplados pelo direito brasileiro, e analisados, com maiores detalhes, na terceira parte deste trabalho.

PARTE III

A aplicação dos institutos de participação popular na administração pública

O objetivo dessa parte final do trabalho é pesquisar as manifestações concretas dos institutos de participação popular na Administração Pública do direito brasileiro.

Muito embora sejam bastante reduzidas as manifestações de nossos Tribunais acerca dos institutos de participação popular na Administração Pública, serão apontados os aspectos jurídicos mais polêmicos da aplicação concreta desses institutos.

Essa parte foi dividida em três capítulos: o primeiro trata dos institutos que podem assumir caráter deliberativo ou vinculante da Administração (referendo, plebiscito, conselhos deliberativos e eleição para funções de chefia, direção ou confiança); o segundo cuida das formas geralmente não vinculantes ou “meramente opinativas”, que surgem, ademais, de uma ampliação do direito de informação do administrado (audiência pública, consulta pública, orçamento participativo, ouvidoria pública) e o terceiro, finalmente, focaliza as organizações sociais e outros institutos não só vinculantes, mas autônomos, para utilizar a classificação de Canotilho descrita no capítulo sexto, supra.

Capítulo 7

Institutos Participativos de Caráter Deliberativo ou com Força Vinculante

7.1 Participação vinculante, aspectos gerais

Muitos dos institutos de participação popular na Administração Pública assumem caráter deliberativo ou possuem força vinculante, melhor dizendo, decorrem da estruturação de processos de formação de atos administrativos, com a participação da sociedade no momento da tomada de decisão.

Nesses casos, o cidadão toma parte, diretamente ou através de representantes, do ato de decidir e compartilha, é necessário reconhecer, dos poderes constitucionais atribuídos à Administração Pública.

Vale observar que, ao assim atuar, o cidadão não desvirtua a repartição constitucional de poderes. A decisão continua sendo tomada pela Administração, em nada sendo usurpada a divisão constitucional de poderes e funções estatais. Há, isto sim, uma estruturação aberta do processo de construção da decisão administrativa, de modo a possibilitar ao cidadão exercitar, como que em devolução, os poderes que ele próprio delegou constitucionalmente à Administração.

Rememore-se que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal) e que a organização do Estado, mediante divisão de poderes, visa, acima de tudo, garantir o exercício do poder popular em face do poder estatal, ou melhor, garantir a liberdade do cidadão através do controle do exercício do poder pelo Estado.²⁰⁴

204. Cf. SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 114.

Ao radicar o princípio da participação popular em todo o ordenamento constitucional,²⁰⁵ como princípio de organização que orchestra, além do mais, o exercício de todas as funções estatais (jurisdição, legislação e administração), o constituinte estabeleceu a necessária conciliação entre o princípio da participação e o da divisão de poderes.

Equivocado, portanto, será pensar que a participação popular inibe, restringe ou enfraquece o poder da Administração Pública, deduzido em face da separação de poderes estabelecida constitucionalmente. Correto, face à constatação da existência do princípio jurídico da participação popular, é compreender que, no ordenamento constitucional brasileiro, só existe divisão de poderes com participação popular. A participação, dessa forma, não se opõe ao exercício harmônico dos poderes atribuídos constitucionalmente à Administração, porque, simplesmente, não existe positivamente a atribuição de poderes à Administração sem participação popular.

O exercício dos poderes inerentes à função administrativa do Estado brasileiro, reprise-se, no sistema constitucional inaugurado em 1988, dar-se-á de forma aberta, possibilitando a participação do administrado, sempre que assim dispuser a lei, na esteira dos múltiplos comandos constitucionais permissivos da adoção de institutos participativos, como anteriormente vimos.

Daí a possibilidade de o cidadão participar direta ou indiretamente da própria tomada de decisão pela Administração, sem, obviamente, retirar da Administração os poderes que lhe são inerentes, na forma indicada no art. 84 da Constituição Federal, entre outros, mas compartilhando do exercício desses poderes como possibilita, de forma genérica, o parágrafo único, do art. 1º, da Constituição Federal, e os princípios constitucionais da democracia, do Estado de Direito e da participação popular na Administração Pública.

Dentre os institutos positivados pelo ordenamento brasileiro, que possibilitam essa participação vinculante, escolhemos, para uma análise genérica, os conselhos deliberativos, o referendo e o plebiscito administrativos e, por fim, a eleição para funções de chefia, confiança ou direção, dos quais passamos a tratar.

205. Verificar o que defendemos a propósito no Capítulo 4 da presente obra.

7.2 Conselhos deliberativos

Já constatamos que os conselhos deliberativos estão entre os institutos de participação popular na Administração Pública mais frequentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Consultando a legislação brasileira, especialmente a mencionada no quinto capítulo deste trabalho, verifica-se que os conselhos previstos em nosso direito, de forma geral, não são unicamente deliberativos ou exclusivamente consultivos. Exercem, de praxe, algumas funções deliberativas e outras consultivas.

Devem, no entanto, ser analisadas separadamente, dadas as suas diferentes implicações jurídicas, as atribuições consultivas e deliberativas desses conselhos. Aliás, ainda que sejam raros na prática, haverá sempre a possibilidade da criação legal de conselhos exclusivamente deliberativos.

Desse modo versaremos, neste ponto, destacadamente, sobre os conselhos deliberativos, observando que, na verdade, nos encontramos a verificar o regime jurídico do exercício de funções deliberativas pelos conselhos de participação popular na Administração Pública.

Quando nos referimos a conselhos deliberativos, por outro lado, nos referimos também a órgãos com a mesma estrutura jurídica, muito embora contenham outra denominação — as comissões de usuários, ou comitês deliberativos, por exemplo.

Feitas essas considerações introdutórias, é possível iniciar constatando que os conselhos deliberativos se caracterizam por serem órgãos colegiados, criados por lei ou mediante autorização legal, que contam, necessariamente, com participação de representantes da Administração e representantes da sociedade, com a missão de tomar decisões em assuntos cuja competência lhes tenha sido estendida. Concretizam os conselhos, dessa forma, um deslocamento do poder decisório do eixo central da Administração Pública (chefia do Poder Executivo) para a periferia de sua estrutura orgânica, em movimento de desconcentração.²⁰⁶

206. Sobre o significado da expressão desconcentração no Direito Administrativo verificar DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 296; MELLO, Celso Antonio

Observe-se, de início, que, diante de sua integração à estrutura orgânica da Administração, os conselhos não possuem personalidade jurídica e, dessa forma, não gozam em regra de autonomia gerencial, administrativa ou financeira,²⁰⁷ não podem contrair obrigações, não respondem judicialmente pelos seus atos²⁰⁸ e, somente em casos excepcionais, que envolvam o exercício de suas prerrogativas decisórias, possuem capacidade postulatória judicial.²⁰⁹

Decorre, ainda, dessa posição institucional dos conselhos deliberativos o fato de subordinarem-se à estrutura hierárquica da Administração Pública. Sendo assim, em regra, caberá recurso hierárquico das decisões tomadas pelos conselhos deliberativos, pois a desconcentração da competência decisória não elimina o sistema de controles hierárquicos inerentes à organização público-administrativa.

Portanto, a decisão ilegal tomada por um conselho deliberativo pode ser anulada pela autoridade administrativa a que se subordina organicamente (Ministro de Estado, Presidente da República, por exemplo). Também é possível, pela mesma razão, a revogação, pela autoridade hierarquicamente superior, das decisões de caráter discricionário tomadas pelo conselho deliberativo, mediante juízo de conveniência, o que, certamente, dependerá de motivação técnica, jurídica e política.

Ainda tratando de sua posição estrutural na organização administrativa, deve-se ressaltar que os conselhos deliberativos podem se situar tanto no seio da Administração Direta, integrando a estrutura da chefia do executivo ou de ministérios e secretarias (v.g. Conanda – Conselho Nacional dos Direitos da

Bandeira de. *Curso ...*, op. cit., p. 81; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, op. cit., p. 54/56; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 57, entre muitos outros.

207. Há exceções a esta regra como, por exemplo, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher — Lei nº 7.333, de 29 de agosto de 1985, art. 2º —, que, segundo define a referida lei, possui autonomia administrativa e financeira.

208. Cf. acórdão proferido no RESP nº 74.706/DF, Superior Tribunal de Justiça, *DJ*, 24 nov. 1997, p. 61103.

209. Cf. acórdãos proferidos no RESP nº 23.748/SP, Superior Tribunal de Justiça, *DJ*, 30 ago. 1993, p. 17.273; ROMS nº 2.499/MG, Superior Tribunal de Justiça, *DJ*, 11 out. 1993, p. 21.339 e AR nº 413/GO, Superior Tribunal de Justiça, *DJ*, 14 abr. 1997, p. 12.673.

Criança e do Adolescente — Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991, que se integra à estrutura da Presidência da República, art. 1º, §1º) como na Administração Indireta, integrando a estrutura de autarquias (como, por exemplo, o Conselho Deliberativo da SUDAM — Lei Complementar nº 67, de 13 de junho de 1991) ou de outras pessoas jurídicas criadas por lei, para a execução de funções administrativas específicas.

De sua condição de órgão público decorre, da mesma forma, a prerrogativa dos conselhos participativos de obterem informações, sem restrição, de todos os demais órgãos públicos, como também de pessoas privadas, que sejam necessárias para subsidiar as decisões administrativas que venham a tomar;²¹⁰ impondo-se aos conselhos, evidentemente, que preservem o sigilo de informações, cuja divulgação possa afetar a segurança nacional ou a intimidade dos indivíduos (Constituição Federal, art. 5º, X e XXXIII).

As decisões tomadas pelos conselhos deliberativos são, obviamente, atos administrativos e, por vezes, atos normativos.²¹¹ Nessa qualidade, são decisões sujeitas a amplo controle jurisdicional, inclusive, em nossa opinião, quando relacionadas a aspectos técnicos que possam comportar verificação objetiva em processo judicial.²¹² De outro lado, por sua natureza, as decisões dos conselhos são imperativas e quando a lei assim o determinar, ou a situação emergencial o justificar, auto-executórias,²¹³ obrigando, ademais, a autoridade administrativa a colocá-las em prática, salvo nulidade ou revogação solenemente motivada.

210. O Superior Tribunal de Justiça, neste sentido, decidiu no ROMS nº 6.013/RS, *DJ*, 26 ago. 1996, p. 29.658, sobre o Direito dos Conselhos Tutelares de Crianças e Adolescentes de obterem certidão de nascimento ou óbito gratuita dos serviços de registro privados.

211. Verificar, a propósito, as decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas na ADIMC nº 1.398/DF, *DJ*, 18 out. 1996, p. 39.844, no RMS nº 21.123/RJ, *DJ*, 07 dez. 1990, p. 14.639 e principalmente no CA nº 35-RJ, *DJ*, 01 dez. 89, p. 17.759, todas sobre as competências e o poder normativo do Conselho Monetário Nacional.

212. Vale observar, como adendo de Direito processual, que a competência para julgar mandado de segurança contra Ministro de Estado, praticado na condição de presidente de conselho deliberativo, não é da competência do STJ, mas das varas federais de primeiro grau, segundo recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, MS nº 3.002/DF, *DJ*, 18 out. 1993, p. 21.824 e do Supremo Tribunal Federal, RMS nº 21.560/DF, *DJ*, 18 dez. 1992, p. 24.375.

213. Cf. ROMS nº 8.294/MG, Superior Tribunal de Justiça, *DJ*, 30 mar. 1998, p. 26, Rel. Min. Ary Pargendler.

A autoridade administrativa, aliás, uma vez obrigada explícita ou tacitamente pela lei que criou o conselho deliberativo, tem, evidentemente, o dever de dotar o conselho dos meios necessários a sua constituição e funcionamento, tais como destinar local adequado para a realização de reuniões, efetuar publicação de suas decisões, entre outras.²¹⁴

As decisões dos conselhos deliberativos são tomadas pela forma típica dos órgãos colegiados, isto é, por maioria simples ou qualificada. Em regra, são os regimentos internos desses conselhos que delimitam esse procedimento, podendo exigir para determinados casos maior ou menor quorum para deliberação. Nada obsta, porém, que a lei, ao criar o conselho deliberativo, já delimite em maior detalhe o seu modo de funcionamento, reservando menor espaço normativo ao regimento interno.

Quanto à forma de composição, a legislação prevê diversos modos: a participação majoritária do Poder Público (os representantes dos administrados têm minoria de votos e os do Poder Público a maioria);²¹⁵ a participação paritária (há igual número de participantes e votos do Poder Público e da sociedade)²¹⁶ e a participação majoritária dos administrados (o Poder Público têm minoria dos votos e os administrados a maioria).²¹⁷

O Supremo Tribunal Federal, muito embora não tenha se manifestado de forma definitiva sobre o assunto, parece ter a tendência de refutar, por suposta inconstitucionalidade, os conselhos que não se formem com participação majoritária do Poder Público. Afirmamos isso com base no voto proferido pelo

214. Esse assunto foi tratado, no caso do Município de São Paulo, por uma ação civil pública movida pelo Ministério Público de São Paulo (Processo nº 730/96, da 9ª Vara da Fazenda Pública – Ap. Cível nº 66.530-5/0 TJSP) em face da Municipalidade que, com impulsos autoritários, boicotava sistematicamente as atividades do Conselho Municipal de Saúde, tendo decidido o MM. Juízo Singular e a E. Segunda Câmara de Direito Público do TJSP de acordo com a opinião que ora defendemos.

215. Por exemplo, o Conselho Nacional de Informática e Automação — Lei nº 8.741, de 03 de dezembro de 1993 e do Conselho Monetário Nacional — Lei nº 8.646, de 7 de abril de 1993.

216. O Conselho Gestor do Cadastro Nacional do Trabalhador, Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991, por exemplo, possui (art. 65) seis representantes do Governo Federal; três das Centrais Sindicais e Confederações de Trabalhadores e três das Confederações Nacionais de Empresários.

217. É o caso, por exemplo, do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, Lei nº 7.533 de 29 de agosto de 1985, e do Conselho Nacional de Saúde, Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

Ministro Néri da Silveira, na ação direta de inconstitucionalidade (Medida Cautelar) nº 854/RS,²¹⁸ onde se concedeu medida cautelar para suspender, até decisão final, a eficácia do §1º, do art. 27, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e do art. 2º e seus parágrafos, da Lei nº 9.672, de 19 de junho de 1992, do mesmo Estado. Diz o Ministro em seu voto:

Não sou inteiramente contrário a essa prática. Penso que a Constituição quer precisamente mudar o sistema no âmbito das comunidades universitárias, mas, aqui, se trata de um órgão que tradicionalmente realiza um trabalho de assessoramento superior, no plano do ensino nos Estados. Não me parece que, pela íntima vinculação entre as deliberações desse Conselho, seus pronunciamentos e o funcionamento da própria Secretaria de Educação do Estado, o que quer dizer da própria administração direta do Estado, no campo da educação, esse órgão possa ter uma autonomia de tal ordem diante do Chefe do Poder Executivo. **Pela própria maioria inequívoca que teriam na sua composição os membros cuja escolha não depende do Governo, o Conselho poderia até inviabilizar o funcionamento dessa área educacional, ou de um plano educacional, que o Governador e os Secretários pretendessem desenvolver, desde que se estabelecesse uma situação de conflito com o Conselho Estadual de Educação, órgão, portanto, que há de ser considerado integrado no plano da administração direta do Estado** (grifamos).

Como se vê, a composição do órgão, no caso, majoritariamente formada pelos administrados, foi um dos fatores que corroborou para que o Exmo. Ministro considerasse o instituto participativo inconstitucional, face ao fato de que, pretensamente, estaria a norma criadora do Conselho Estadual de Educação a confiscar do Poder Executivo parte de suas competências constitucionalmente asseguradas, via separação de poderes.

Por tudo que já dissemos na abertura deste capítulo e pelo que expusemos no capítulo 4 do presente estudo, é evidente que discordamos da posição do Exmo. Ministro, acima transcrita.

218. *DJ*, 06 out. 1995, p. 33.127.

Vale reforçar nosso ponto de vista asseverando, em primeiro lugar, que, como vimos, é muito comum a participação minoritária do Poder Público em conselhos deliberativos, o que, ao menos no âmbito não menos importante do Governo Federal, não tem levado à inviabilização do funcionamento da máquina administrativa. Reitere-se, a propósito, que os objetivos da participação são totalmente opostos aos argumentos utilizados no v. acórdão. A participação do cidadão não inviabiliza, mas, ao contrário, tocada pelos novos ventos democráticos, ela viabiliza e torna mais eficiente a atuação da Administração.

Em segundo lugar, note-se que, inobstante os representantes do Poder Público serem minoritários em face dos representantes da sociedade, a Administração, por sua estrutura técnica e decorrente poder de convencimento, sempre terá melhores condições de aprovação de suas propostas que os representantes da sociedade; mesmo porque estes últimos não defendem interesses homogêneos, mas são, invariavelmente, portadores da vontade diversificada dos diferentes grupos sociais interessados na definição das políticas públicas.

Aliás, quanto menor a participação da Administração no conselho deliberativo, mais autêntico ele se torna do ponto de vista do atendimento do princípio participativo, sem que se afronte, como já dissemos acima, o princípio da divisão e harmonia dos poderes. A decisão continua sendo tomada pela Administração, frise-se, que poderá anular decisões ilegais, em sede homologatória ou recursal, quando for o caso, e, até mesmo, revogar decisões inconvenientes, desde que motive suficientemente essa revogação.

Não estamos, é bom salientar, discutindo o caso concreto da ADIMMC nº 854/RS. Somente partimos de uma das posições ali sustentadas para defender que nada há de inconstitucional na criação, como as legislações federal, estadual e municipal diversas vezes fazem, de conselhos deliberativos em que a participação de representantes do Poder Público é paritária ou minoritária em face da participação dos administrados.

Ao lado da discussão sobre a forma de composição dos conselhos deliberativos de participação popular na Administração Pública, o Supremo Tribunal Federal tem também controvertido, sem, igualmente, exarar uma posição definitiva sobre o modo de escolha dos representantes da sociedade nesses conselhos.

A legislação ordinária é bastante variada também nesse ponto. Ilustrativamente, podemos constatar a existência de conselhos em que a escolha dos representantes da sociedade se faz de forma (1) incondicionada pelo Chefe do

Poder Executivo,²¹⁹ Ministro²²⁰ ou secretário; conselhos formados (2) a partir de indicações da sociedade civil, mas, ainda assim, por escolha do Executivo;²²¹ conselhos cuja (3) escolha dos representantes populares pelo Executivo deva ser referendada pelo Legislativo;²²² conselhos em que essa escolha se dá (4) por eleição direta pelos administrados²²³ ou (5) pela composição de listas, em processo eleitoral direto ou indireto, submetidas ao Executivo para derradeira escolha,²²⁴ entre outros.

Há pelo menos três precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. A ADIMC nº 821/RS²²⁵ tratou da suspensão cautelar, por alegada inconstitucionalidade, dos arts. 238 e 239, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul que instituíram o chamado Conselho de Comunicação Social, com função de normatizar e orientar a atuação dos órgãos de comunicação social pertencentes ao Estado. O referido conselho seria composto por representantes do legislativo e da administração estaduais e alguns escolhidos mediante indicação da sociedade civil. Prevaleceu, no caso, o voto do Ministro Octávio Gallotti, segundo o qual, dentre os diversos fundamentos da ação direta de inconstitucionalidade:

[...] parecem-me bastarem — a fim de emprestar relevo à fundamentação jurídica do pedido — as questões vinculadas à separação dos Poderes e à exclusividade de iniciativa do Chefe do Executivo, bem como, à competência privativa deste para exercer a direção superior e dispor sobre a organização e o funcionamento da administração.

219. Vg. o Conselho Monetário Nacional — Lei nº 8.646, de 07 de abril de 1993.

220. Vg. o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador — Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990.

221. Vg. o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher — Lei nº 7.533, de 29 de agosto de 1985.

222. O caso, por exemplo, do disposto originalmente pelo art. 230, §1º, da Constituição do Estado do Ceará, relativamente à escolha de integrantes do Conselho Estadual de Educação, suspenso cautelarmente, veremos em seguida, pelo Supremo Tribunal Federal (ADIMC nº 143/CE).

223. Vg. o Conselho Tutelar Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.422, de 12 de outubro de 1991, e o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, Decreto nº 408, de 27 de dezembro de 1991.

224. A exemplo do que ocorre com a escolha de juízes dos tribunais superiores.

225. *DJ*, 07 maio 1993, p. 08.327.

Na ADIMC nº 143/CE,²²⁶ questionou-se a constitucionalidade do art. 230, §1º, da Constituição do Estado do Ceará, que instituía o Conselho Estadual de Educação, remetendo a nomeação de parte de seus membros — representantes da sociedade — ao Legislativo. Prevaleceu cautelarmente, neste caso, o voto do Ministro Carlos Velloso, para quem:

Tirantes as hipóteses inscritas na Constituição Federal, os atos de nomeação para cargos da Administração são da competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

O Ministro Carlos Velloso teria a oportunidade, mais uma vez, de conduzir a maioria na já citada ADIMC nº 854/RS,²²⁷ ocasião em que se apreciaria, também cautelarmente, a constitucionalidade do §1º, do art. 207, da Constituição do Rio Grande do Sul, que estabelece a composição do Conselho Estadual de Educação, determinando que um terço seja de livre escolha do Governador do Estado e os demais de indicação da comunidade escolar. Em que pese inexistir, neste caso, participação do Legislativo na escolha dos representantes da sociedade no conselho participativo, reiterou o Exmo. Ministro os mesmos fundamentos da suposta inconstitucionalidade da Constituição cearense, centrando seus argumentos na violação das competências privativas do Executivo (art. 84 da Constituição Federal).²²⁸

Na oportunidade, discordou veementemente o Ministro Sepúlveda Perence, que expressou ironicamente sua inconformidade:

Continuo à espera de saber o que esta Corte entende pelas potencialidades de concreção da “**gestão democrática do ensino público**”, prevista como um dos princípios da organização da educação na Lei Fundamental (grifos do próprio Ministro).

226. Julgamento em 02.09.1993. Esta ADI acabou extinta sem julgamento do mérito, em 23.05.2002, por desinteresse do autor, *DJ*, 29 maio 2002.

227. *DJ*, 06 out. 1995, p. 33.127.

228. No mesmo sentido, os mais recentes acórdãos proferidos na ADI nº 606/PR, *DJ*, 28 maio 1999, e ADI nº 578/RS, *DJ*, 18 maio 2001.

Dos três precedentes citados, ainda que não manifestem uma posição definitiva da Excelsa Corte de Justiça brasileira, tiram-se as seguintes observações: violariam a competência privativa de exercer a direção superior da administração federal e o princípio da separação de poderes: (1) a indicação de representantes para a composição de conselho participativo de forma mista (uma parte pelo Legislativo outra por indicações da sociedade civil); (2) a nomeação ou o referendo da indicação de representantes da sociedade pelo Legislativo; (3) a mera indicação por entidades da sociedade civil.

Em que pese respeitarmos a posição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e, notadamente, a sua preocupação com o perfeito desempenho da Administração Pública, temos mais uma vez que discordar dessas posições. Insistimos que não nos pomos a discutir os casos concretos tratados nas referidas ações diretas de inconstitucionalidade, que possuem outras variantes a direcionar a posição da Suprema Corte, mas somente as conclusões genéricas sacadas dos votos acima colacionados. E, nesse sentido, não há qualquer inconstitucionalidade na forma de escolha dos representantes que participarão dos conselhos em causa.

Ora, uma das funções genéricas do Legislativo é controlar e fiscalizar a atuação da Administração Pública (art. 49, X, da Constituição Federal). Indicar representantes ou referendar a indicação de representantes que venham atuar em conselho deliberativo de participação popular na Administração encontra-se dentro do arco de possibilidades oferecidas genericamente ao Legislativo pelo art. 49, X, da Constituição Federal, representando uma forma a mais de controle e fiscalização da Administração.

Lembre-se, ademais, que o exercício pelo Executivo das funções privativas que lhe atribui o art. 84, da Constituição Federal, notadamente o controvertido inciso II, não se dá em regime despótico ou arbitrário.

O Executivo, nos regimes democráticos, exerce suas competências privativas, mas, nesse exercício, é controlado pelo Legislativo. Afinal, também é fundamento da separação de poderes (ao lado da divisão de funções entre os órgãos primários de exercício do poder) a existência de mecanismos de freios e contrapesos.²²⁹

229. Cf. SALDANHA, Nelson, *op. cit.*, p. 118 et seq.

Por fim, se a participação do Legislativo não nos parece representar uma indevida intromissão nas competências privativas do Executivo, é muito mais improvável que a mera indicação de representantes por entidades da sociedade civil, submetida, ademais, ao crivo final do Executivo, possa representar afronta ao art. 84, II, da Carta Fundamental. Esse sistema de indicação de representantes para a composição de conselhos deliberativos de participação popular na Administração Pública é o mais comum no âmbito da Administração Federal, sem nunca ter sido objeto de questionamento judicial.

Reflita-se, principalmente, que, se esses agentes comporão um órgão público na condição de representantes da sociedade, nada mais correto que a própria sociedade, através de suas organizações, indique esses representantes.

Os institutos ora comentados representam, de certa forma, uma novidade no âmbito da Administração Pública brasileira, acostumada, durante séculos, à atuação unilateral, senão autoritária e arbitrária. Mas não são inconstitucionais, repita-se. São possibilidades criadas pela incorporação, ao nosso ordenamento constitucional, do princípio da participação popular na Administração Pública, nada mais. A Lei Maior de 1988, ao lado de aperfeiçoar o sistema de controle do Executivo pelo Legislativo, passou a submeter a Administração a uma nova modalidade de controle — o controle social — incorporado aos institutos de participação popular na Administração Pública.

A última observação que se deve fazer acerca da composição dos conselhos deliberativos de participação popular na Administração Pública é que seus membros, segundo dispõe a esparsa legislação que regula a matéria, muito freqüentemente possuem mandato.

A atribuição de mandato visa, certamente, dotar de garantias mínimas os representantes populares, nos conselhos administrativos, para que possam livremente emitir seus juízos, opiniões ou críticas. A outorga de mandato, por disposição expressa de lei, ao representante popular em conselho deliberativo, por seu turno, impede que a Administração, no curso do mesmo, venha a cassá-lo,²³⁰ ressalvadas as hipóteses excepcionais previstas igualmente em lei, como, por exemplo, o cometimento de improbidade administrativa pelo representante.

230. Cf. MS nº 10.213, STF, Rel. Min. Victor Nunes, ADJ 02.05.1963, p. 226, *RTJ*, n. 27, p. 14.

A propósito, é útil esclarecer que o representante popular nos conselhos exerce *munus* público e deve ser considerado, neste sentido, agente público, mais especificamente um particular em colaboração com a Administração, para efeitos de responsabilização administrativa, civil e criminal.

Em remate, ainda que não diga respeito diretamente ao objeto do presente estudo, é importante ao menos assinalar que não é só no âmbito do Direito que os conselhos deliberativos de participação popular na Administração têm sido pesquisados. A novidade trazida pela redemocratização do Estado brasileiro animou teóricos da Ciência da Administração, que têm revelado discordâncias acerca da eficiência desse instituto. Muitos analisam bastante favoravelmente a atuação dos conselhos participativos,²³¹ constatando a melhora na atuação da Administração Pública, como decorrência de sua existência. Outros enxergam com desconfiança os conselhos, em face de sua posição orgânica, ou seja, em face de sua integração à estrutura organizacional da Administração Pública, dizendo que eles nada resolvem em termos práticos e somente amortecem o impacto das “reivindicações comunitárias” ou que são instrumentos de manipulação da vontade popular pelo governo.²³²

7.3 Referendo e plebiscito administrativos

O art. 14, I e II, da Constituição Federal, estabelece que a soberania popular é exercida pelo sufrágio universal, pelo voto secreto e, nos termos da lei, por plebiscito e referendo. O art. 49, XV, do Diploma Fundamental, complementa esta norma, disciplinando que é competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar referendo e convocar plebiscito.

231. Cf. PINHEIRO, Roseni. A Dinâmica dos Conselhos Municipais de Saúde do Estado do Rio de Janeiro. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 5, p. 64/98, 1996; AIRES, Ildimar Cruz; VENUTO, Adriana; BATISTA, Cláudia de Cássia. O Programa de Implantação do Sistema Único de Saúde em Minas Gerais. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 3, p. 5/18, 1996 e JACOBI, Pedro. Participação e Gerência dos Serviços de Saúde: Desafios e Limites do Município de São Paulo. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 2, p. 32/43, 1992.

232. Cf. VIRGENS, Luiz Marcolino Souza das; SANTOS, Selene Herculano dos. Os Conselhos Governo-comunidade: Teoria e Realidade. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 9/16, 1989 e RODRIGUES FILHO, José. Participação Comunitária e Descentralização dos Serviços de Saúde. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, p. 119/129, 1992.

Ao tratar do plebiscito e do referendo, os constitucionalistas, de modo geral, referem-se a eles como formas de participação popular na atividade legiferante do Estado.²³³ Esse enfoque restrito refletiu-se, por exemplo, na Constituição Paulista, que tratou desses institutos na seção que dispõe sobre o processo legislativo (art. 24, §3º).

Acontece que, na verdade, a Constituição Federal não impede a utilização do referendo e do plebiscito, como institutos de participação popular na Administração Pública, e nem limita seu emprego ao processo legislativo.

Têm razão, dessa forma, Fabiana de Menezes Soares²³⁴ e Diogo de Figueiredo Moreira Neto,²³⁵ para quem tanto o plebiscito como o referendo podem ser utilizados pela Administração Pública brasileira, nos moldes do que acontece em outros países, como instrumento eminentemente administrativo de participação popular.²³⁶

O plebiscito administrativo, dessa forma, pode ser definido como o procedimento de consulta popular aberto a todos os cidadãos, prévio à tomada de uma decisão administrativa, que vincula a Administração ao cumprimento de seu resultado; enquanto o referendo pode ser caracterizado como o procedimento de consulta popular, posterior à tomada de uma decisão pela Administração Pública, cujo resultado condiciona a efetividade dessa decisão. A diferença bastante pequena entre os dois institutos encontra-se no fato de que o plebiscito inicia o procedimento decisório da Administração Pública, enquanto o referendo é ato terminativo desse procedimento.

Pouco freqüentes na prática brasileira, o plebiscito e o referendo administrativos dispensam lei específica para sua convocação. A competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49, XV, da Constituição Federal) refere-se somente ao referendo e plebiscito legislativos, não alcançando a faculdade da Administração Pública, inerente aos poderes arrolados no art. 84 da Consti-

233. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 304 e SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 126.

234. Op. cit., *Direito Administrativo ...*, p. 163/165.

235. Op. cit., *Direito da Participação ...*, p. 110.

236. A Lei Orgânica do Município de São Paulo prevê a realização genérica de plebiscitos e referendos administrativos — art. 10 e art. 45.

tuição Federal, de adotar procedimentos decisórios abertos à participação dos administrados.

Outrossim, nada impede que lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo venha a regular a utilização, em hipóteses genéricas e abstratas, do plebiscito e do referendo administrativos, a título de regular a organização da Administração Pública (art. 84, VI).

Ademais, não há necessidade de que o Congresso Nacional exerça a competência prevista no art. 49, XV, para que os Estados, Municípios e o Distrito Federal possam realizar plebiscitos e referendos administrativos, desde que, obviamente, em matérias que sejam de sua competência.²³⁷ Afinal, disciplinar a realização de plebiscitos e referendos, quaisquer que sejam suas modalidades, não é da competência legislativa privativa da União,²³⁸ muito embora autorizar o referendo e o plebiscito legislativos, na órbita federal, seja da competência exclusiva do Congresso Nacional.

O plebiscito e o referendo administrativos, ademais, serão organizados pela própria Administração Pública, que poderá realizar convênio com a Justiça Eleitoral para tanto.²³⁹ Não há obrigatoriedade de voto nos plebiscitos e referendos administrativos, pois a regra do art. 14, §1º, I e II, refere-se evidentemente ao processo eleitoral, ou seja, ao escrutínio de escolha dos representantes populares que atuarão no Poder Legislativo e na Chefia do Poder Executivo e não à realização de plebiscitos ou referendos, notadamente os administrativos.²⁴⁰

237. O Supremo Tribunal Federal acolheu representação para considerar inconstitucional a emenda 16 à Constituição do Rio Grande do Sul que subordinava a referendo a implantação de usinas nucleares em território do Estado, tendo em vista tratar de competência material da União — RP nº 1.130/RS, *DJ*, 30 nov. 1984, p. 10.438.

238. Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 104 et seq.

239. Não se aplicam ao caso os precedentes do Supremo Tribunal Federal relativos aos plebiscitos para a criação, desmembramento ou extinção de Municípios, v.g. ADI nº 733/MG, *DJ*, 30 jun. 1995, p. 18.213, pois a Lei Complementar nº 1, de 09 de novembro de 1967, recebida pelo atual ordenamento constitucional, somente determina a competência da Justiça Eleitoral para organizar plebiscitos relativos à criação de municípios.

240. A obrigatoriedade do voto no plebiscito para a definição da forma e sistema de governo (art. 2º, ADCT) decorreu de disposição expressa da Lei nº 8.624, de 04 de fevereiro de 1993, art. 3º.

O administrado que participar de plebiscito ou de referendo administrativo tem legitimidade para atacar judicialmente suas vicissitudes, ou requerer o cumprimento pela Administração da decisão popular. O Superior Tribunal de Justiça possui precedente, em caso análogo, que trata de plebiscito para a criação de Município, que é aplicável ao plebiscito e referendo administrativo:

O Eleitor que votou em plebiscito com o escopo de criar Município está legitimado para requerer mandado de segurança, visando a manutenção do topônimo proposto na ocasião da consulta.²⁴¹

O mesmo Supremo Tribunal Federal, conduzido pelo voto do Ministro Décio Miranda, acolheu representação para considerar inconstitucional face ao princípio da harmonia e independência dos poderes, dispositivo da Constituição do Rio Grande do Sul que impunha a realização de referendo para a aprovação ou rejeição de autorizações ou concessões realizadas pela Administração Pública Estadual.²⁴² O precedente não é mais aplicável, face ao advento da Constituição de 1988 e à consagração do princípio da participação popular na Administração Pública.

7.4 Eleição para funções de chefia e de direção

O último dos institutos de participação popular na Administração Pública de caráter vinculante, sobre o qual voltaremos nossa atenção, em que pese não ser muito freqüente, é certamente o mais polêmico de todos entre nós.

No direito brasileiro, podemos reunir os seguintes exemplos, todos interessantemente baseados no art. 206, VI, da Constituição Federal, que dispõe sobre a gestão democrática do ensino público. Dessa forma, a Constituição do Estado do Amazonas (art. 199, II, b), a Constituição do Estado de Santa Catarina (art. 162, VI), a Constituição do Estado de Minas Gerais (art. 196, VIII) e a Lei Complementar nº 36, de 18 de junho de 1990, do Estado de

241. Cf. ROMS nº 5.614/PI, *DJ*, 02 set. 1996, p. 31.023, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros.

242. Cf. RP nº 1.131/RS, *DJ*, 02 set. 1983, p. 13.144, *RTJ*, n. 107, p. 533.

Rondônia estabeleceram, no âmbito dos respectivos Estados, a necessidade de eleição para o provimento de cargos de diretor de escola pública.

A experiência não chegou, ao que se sabe, a gerar frutos, pois o Supremo Tribunal Federal suspendeu cautelarmente, em diferentes ações diretas de inconstitucionalidade, todas as referidas normas estaduais. Os precedentes da Corte Constitucional²⁴³ revelam ácida controvérsia sobre o tema e merecem ser analisados com maior profundidade.

Na ação direta de inconstitucionalidade 490/AM, o Ministro Octavio Gallotti insiste na tese, já defendida em outros precedentes sobre a participação popular na Administração Pública, de que o instituto da eleição para cargos de direção contraria as prerrogativas inerentes ao exercício do Poder Executivo. Diz o Ministro:

O arrolamento, entre as diretrizes estabelecidas no art. 206 da Constituição Federal, da “gestão democrática do ensino público” (inciso VI), não basta para servir de exceção, segundo entendo, não só ao princípio da livre escolha dos cargos em comissão (art. 37, II) como à regra fundamental do regime presidencialista (art. 84, II e XXV), que outorga, ao Chefe do Poder Executivo, a direção superior da Administração e o provimento dos cargos públicos.

A qualidade de gestão (definida como democrática) não se confunde com a modalidade da investidura, se mesclada de inspiração corporativa, como preconiza a Constituição amazonense, ou puramente orientada, ao revés, pelos critérios de democracia representativa, isto é pela ação de um governador, eleito por sufrágio universal (...).

Também se pratica a democracia com a participação opinativa da comunidade escolar, e a publicidade dos atos de gestão, abrindo-se oportunidade ao exercício do direito de petição e representação, enfim, ao desempenho do poder de fiscalização da atividade dos administrados. Não somente com a designação desses gestores.

243. Cf. ADI nº 490/AM, ADI nº 123/SC, ADI nº 640/MG, ADIMC nº 387/RO, ADI nº 244/RJ e RP nº 1.473/SC.

Concordamos com o voto do eminente Ministro no que se refere à parte final, onde esclarece as amplas possibilidades do exercício da democracia, ou, como preferimos falar, da participação popular na Administração Pública. Certamente, a eleição de diretores, gestores ou chefes não é a única forma de participação; as diferentes formas de consulta aos administrados, a transparência da administração, as formas de fiscalização são, como vimos no curso do presente trabalho, institutos de participação tão importantes quanto a possibilidade de escolha de gestores, ou até mais.

Não podemos, no entanto, concordar, por tudo que já dissemos anteriormente a respeito do tema, com a afirmação de que a previsão de eleições para determinadas funções públicas, cuja atividade primordial seja a chefia direta da prestação de serviços públicos à comunidade local, avilte o núcleo dos poderes privativos da chefia do executivo. Entendemos, e mais uma vez reiteramos, que o núcleo de poderes atribuídos ao Executivo, por força da divisão constitucional de poderes, deva ser, necessariamente, combinado com o princípio da participação popular na Administração Pública, sem o que estaríamos ignorando uma sorte imensa de normas constitucionais, sem falar dos princípios do Estado de Direito e da democracia, inspiradores da participação popular no exercício da função administrativa.

Mas a polêmica prossegue. Nos autos das ações diretas de inconstitucionalidade 123/SC e 640/MG, os Ministros da Corte Suprema emitem praticamente os mesmo votos, vencendo, por maioria, a tese da inconstitucionalidade do provimento de cargos de diretor de escola por eleição. Três são os fundamentos dos votos vencedores que merecem destaque. O Ministro Carlos Velloso defende, centralmente, a idéia de que a eleição contraria o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal:

Acontece, como bem acentua o Ministério Público Federal, que tal dispositivo deve ser interpretado em consonância com os demais princípios constitucionais estabelecidos pela mesma Constituição. E um deles, de observância por parte dos entes políticos, é o que está inscrito no inciso II do art. 37 da Constituição: os cargos públicos são providos mediante concurso público de prova ou de provas e títulos (regra geral), ou — e agora vem a exceção — ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Ora, se os cargos em comissão são do Poder Executivo, ao chefe deste

cabe efetivar a nomeação e a exoneração, com exclusividade, conforme acentuou o eminente Ministro Celso de Mello, quando do julgamento da cautelar pedida na ADIn 387-RO (RTJ 135/905, 907).

O Ministro Francisco Rezek insiste na tese da violação de prerrogativa da Chefia do Poder Executivo:

Agora, quando se cuida, como ocorre na hipótese, por força de norma constitucional local, de fazer com que a própria escolha resulte do processo eleitoral, excluída a prerrogativa do governante, excluída a prerrogativa daquele que, eleito pelo povo, investiu-se do poder de fazer escolhas como essa, o que temos é algo contrário à sistemática constitucional do provimento da função pública

O Ministro Moreira Alves, por sua vez, alude à inconstitucionalidade formal da legislação estadual instituidora de eleições para funções de chefia, pois, no seu entender:

[...] a circunstância de que ao art. 206 alude a Lei Federal e não a uma Constituição de Estado, senão vamos ter gestões democráticas diferenciadas quando, na realidade, o que há aqui é um princípio geral aplicável a todo o ensino nacional.

A minoria vencida conta com os votos, não menos convincentes, dos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Diz o eminente Ministro Marco Aurélio:

A forma de escolha dos diretores e vice-diretores das escolas públicas além de consubstanciar temperamento a atuação discricionária do chefe do Poder Executivo, atendendo aos anseios da sociedade no que voltados para o critério de mérito, mostra-se em harmonia com o princípio segundo o qual o ensino será ministrado com base na gestão democrática. Aqui, sim, tem-se a fixação, pela Carta da República, de princípio, com é dado notar no inciso VI do artigo 206 nela inserto (...).

Não posso, na espécie, vislumbrar sequer arranhão ao Diploma Maior. Se de um lado é certo que compete ao Chefe do Poder Executivo o exercício da administração superior, de outro, não menos correto é que o próprio artigo 84, inciso XXV, remete, quanto ao provimento dos cargos públicos, ao que estipulado na lei.

O Ministro Sepúlveda Pertence, por seu turno, fala do assunto com especial veemência:

Queria mesmo dizer, com todo o respeito, que a invocação da regra do art. 37, II — que se fizera, a meu ver, com correção na ordem constitucional decaída para evitar a introdução de um mecanismo de descentralização democrática na escolha de dirigentes do ensino público (v.g., Rp 1473) — é um exemplo primoroso do que se tem chamado de interpretação retrospectiva da Constituição, consistente em amoldar-se a Constituição nova aos assentamentos da ordem constitucional pretérita, de modo a que, não obstante a mudança, tudo continue exatamente com era. Não vejo como fugir à evidência, para mim, de que o art. 206, VI, autorizou a criação de modalidades novas de provimento dos cargos de gestão dos estabelecimentos de ensino público, desde que para concretizar a diretiva de sua democratização.

Da inconstitucionalidade formal também não me convenço, na medida em que a Constituição mesma — além de situar a educação e o ensino no âmbito da competência legislativa concorrente (art. 24, IX) — prevê o estabelecimento de sistemas estaduais de ensino: há pois, margem bastante a não impormos, aos Estados, também nesse assunto, a nossa vocação unitarista persistente.

A matéria, como se nota, é bastante complexa e polêmica. Por tudo o que já afirmamos em relação à consagração do princípio constitucional da participação popular na Administração Pública e a respeito de seu entrosamento, em interpretação sistemática da Constituição Federal, com o princípio da

separação e harmonia dos poderes, ou com o exercício de prerrogativas inerentes ao regime presidencialista pelo Chefe do Poder Executivo, tendemos a adotar a visão da minoria, ou seja, dos votos vencidos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio. Mas algumas observações, para além do constante nos referidos votos, nos parecem importantes e passamos a fazê-las.

Em primeiro lugar, é necessário reconhecer que, embora com alguns condicionamentos (reforçados, agora, pela aprovação da Emenda Constitucional nº 19, que alterou a redação do inciso V, do art. 37, da Constituição Federal), a Constituição é realmente clara ao dispor que os cargos em comissão são de “livre nomeação e exoneração” (art. 37, II). Não nos parece, também, que a expressão constante do inciso II, do art. 37, “declarados em lei”, possibilite ao legislador, além da faculdade de definir quais cargos serão providos em comissão, determinar que alguns cargos em comissão não serão de livre provimento e nomeação, submetendo-se à eleição prévia, vinculativa da Chefia do Executivo.

Mas é certo que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional possibilitam não somente o provimento de cargos e empregos como também de funções.²⁴⁴ As regras dos incisos I e V, do art. 37, são claras nesse sentido; a primeira, ao dispor sobre “os cargos, empregos e funções públicas” e a seguinte, ao regulamentar o preenchimento de “funções de confiança”, diferentemente do que o faz para os cargos em comissão. Junte-se a essas duas regras a do inciso II do art. 37, que não inclui as funções públicas no rol que depende de aprovação prévia em concurso público para o provimento e teremos emoldurado um quadro perfeitamente lógico que não deixa de se adequar ao instituto da eleição para escolha de ocupantes de postos de chefia e direção.

Temos, então, o seguinte quadro:

1. a Constituição impõe livre nomeação e exoneração para os cargos em comissão, o que veda o seu provimento mediante processo eleitoral, afinal, neste caso, a nomeação não seria livre (o Chefe do Executivo vincular-se-ia ao resultado do escrutínio) e muito menos a exoneração, pois os eleitos teriam direito ao cumprimento do mandato;

244. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 361; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 359 e MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, op. cit., p. 298.

2. a Constituição, entretanto, diferencia expressamente os cargos em comissão das funções públicas (art. 37, I), também chamadas pelo constituinte de funções de confiança (art. 37, V), pois, embora a Constituição dispense o preenchimento das funções — tanto quanto os cargos de confiança — da realização de prévio concurso público, não estabelece expressamente que as funções sejam de livre nomeação e exoneração, como os cargos de confiança, determinando, além disso, que as funções de confiança sejam, necessariamente, preenchidas pelos servidores ocupantes de cargos efetivos.

Do que se conclui que há ampla possibilidade de a legislação infraconstitucional, em cumprimento aos ditames constitucionais que proclamam o princípio da participação popular na Administração Pública, estabelecer processos eletivos para o preenchimento de funções públicas — também denominadas funções de direção, chefia ou confiança — com servidores já ocupantes de cargos efetivos.

O processo eletivo em causa deve, necessariamente, envolver toda a coletividade dos administrados diretamente interessados na gestão do serviço público, ao qual o processo eletivo se refere, sob pena de afronta aos princípios democrático e da isonomia. Daí a dificuldade, na prática, de adotar o mecanismo para serviços muito abrangentes e organizados de forma muito centralizada.

Mas em relação à tão discutida “gestão democrática” de unidades escolares públicas, espalhadas por todo o território, com coletividades interessadas bem definidas (professores, demais funcionários, comunidade local de pais e alunos), não há dificuldade alguma na realização desse processo eleitoral.

A eleição, ademais, poderá ter maior ou menor caráter vinculante, a depender do que dispuser a lei. Menos vinculante, se possibilitar a escolha de listas de indicados, que serão discricionariamente escolhidos pela Chefia do Executivo. Mais vinculante, se impuser a escolha de apenas um, o majoritariamente votado, decisão popular que vinculará totalmente ao Chefe do Poder Executivo, ressalvados os casos de declaração de nulidade do processo de escolha.

Vale anotar, em que pese ser de extrema evidência, que todo esse procedimento depende necessariamente de lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, editada na esfera das competências da respectiva unidade federativa,

que fixe as regras do pleito e crie as funções de direção, chefia ou confiança a serem providas eletivamente.

Concluimos, assim, a descrição dos aspectos jurídicos mais relevantes dos institutos de participação popular na Administração Pública de caráter vinculante, anotando e comentando aqueles que, no limite de nossa compreensão, são seus traços jurídicos mais polêmicos.

Capítulo 8

Institutos Participativos de Caráter não Vinculante, de Consulta, ou Meramente Opinativos

8.1 Aspectos gerais dos institutos de caráter não vinculante

Menos polêmicos que os institutos de participação popular na Administração Pública de caráter vinculante, mas também bastante frequentes no direito brasileiro e não menos importantes, os institutos de caráter não vinculante de consulta ou meramente opinativos surgem a partir da ampliação do alcance jurídico do direito de informação e do direito de petição do administrado.

O direito de informação, também chamado de direito de receber informações dos órgãos públicos, é consagrado pela Constituição Federal no art. 5º, XXXIII e XXXIV, e deve ser necessariamente associado ao princípio da publicidade contemplado pelo art. 37. Ele não constitui verdadeira novidade no prisma do Direito Constitucional e Administrativo, vez que associado à verdadeira essência da Administração Pública,²⁴⁵ que é pública, como seu próprio nome diz, mas tem assistido em todo o mundo²⁴⁶ e, especialmente, nos

245. Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 239.

246. Cf. PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Fundamentos...*, op. cit., p. 251-252.

países de recente democratização, como é o caso do Brasil, a uma pronunciada ampliação; tornando-se comum a referência ao mesmo como sinônimo de transparência administrativa²⁴⁷ — *government in the sunshine*, como costuma dizer a doutrina norte-americana²⁴⁸ — de modo a realçar que a Administração Pública democrática é aquela que nada deve esconder do administrado, aquela em que o segredo só é admitido em casos excepcionais.

Esse direito pronuncia-se em dois diferentes graus:²⁴⁹ o primeiro, como direito individual — “Direito de obter dos órgãos públicos as informações que digam respeito ao seus interesses particulares”;²⁵⁰ o segundo, como direito coletivo — “direito da coletividade à informação”,²⁵¹ ou seja, direito de todos os administrados de tomar conhecimento dos “atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos” ou de “acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo” (art. 37, §§1º e 3º, II, da Constituição Federal).

Esta última acepção, isto é, o direito de informação como direito geral da coletividade é que interessa aos estreitos limites deste trabalho. É que se encontra justamente nesse grau coletivo de aplicação do direito à informação o ponto de imbricação deste com os institutos de participação popular na Administração Pública, sempre lembrando que delimitamos o uso dessa expressão para a referência aos instrumentos que se concretizam *uti socius, uti cives*, melhor dizendo, no amparo dos interesses da sociedade.²⁵²

Associado ao direito de informação, neste caso, está o direito de petição (art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal). Direito de origem clássica, associado

247. Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios ...*, op. cit., p. 242. Ver também LEMASURIER, Jeanne. Vers une Démocratie Administrative: du Refus d’Informer au Droit d’être Informé. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, n. 5, p. 1.239/1.269, 1980.

248. Cf. GELLHORN, Ernest; LEVIN, Ronald. *Administrative Law and Process*. St. Paul: West, 1990, p. 158.

249. Cf. PASTOR, Juan Alfonso Santamaria. *Fundamentos ...*, op. cit., p. 253 e BRAIBANT, Guy; QUESTIAUX, Nicole; WIENER, Céline. *Le Contrôle de l’Administration et la Protection des Citoyens*. Paris: Cujas, 1989, p. 236.

250. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários ...*, op. cit., v. 1, p. 52.

251. Cf. SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 230.

252. Ver Capítulo 5, supra.

ao *right of petition* britânico que remonta à Magna Carta de 1215,²⁵³ o direito de petição tem recebido diversas críticas por seu desuso;²⁵⁴ no entanto, em sua dimensão coletiva, na acepção de direito à busca “dos interesses gerais da coletividade”,²⁵⁵ ele tem assistido a progressos, tanto quanto o direito à informação, atuando como complemento daquele, face à institucionalização crescente da participação popular na Administração Pública.

Melhor explicando, podemos afirmar que os institutos de participação popular na Administração Pública de caráter não vinculante derivam, em regra, de uma conjugação dos direitos de informação e de petição, em sua dimensão coletiva. Ora, se o administrado possui o direito de requerer da Administração informações que lhe interessam particularmente e de peticionar ao Poder Público contra ilegalidades ou abusos, como forma de garantia de sua liberdade individual, tem esse mesmo administrado, por outro lado, numa dimensão coletiva, o direito de participar da tomada de decisões da Administração Pública, exercitando o direito de receber informações que sejam do interesse da coletividade e de apresentar suas sugestões, críticas, protestos, em prol do interesse geral, obtendo as respectivas respostas e uma decisão administrativa devidamente motivada.

Logo, é a partir da combinação do princípio constitucional da participação popular na Administração Pública com os direitos fundamentais de petição e informação, em sua dimensão coletiva, que se fundamentam institutos como a audiência e a consulta públicas, o orçamento participativo e, até mesmo, a participação do administrado em conselhos ou comitês consultivos e através do chamado *ombudsman*, também denominado entre nós de ouvidor público ou defensor do povo.

Serão analisados aspectos jurídicos genéricos desses institutos na seqüência do presente capítulo, excetuando-se o conselho consultivo, pois tudo o que já foi dito no capítulo anterior relativamente aos conselhos deliberativos —

253. Cf. SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 381/383; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 168; e MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 250.

254. Ibid; e também FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários ...*, op. cit., p. 53 e FERRAZ, Sérgio. *Organização do Estado. O Poder e a Sociedade. Participação do Povo no Processo Decisório*. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 11., 1986. *Anais...* p. 96.

255. SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 382.

retirando-se a volumosa polêmica relacionada ao seu caráter vinculante — aplica-se a este instituto.

8.2 Audiência pública

A audiência pública é o instituto de participação popular na Administração Pública, de caráter não vinculante, consultivo ou meramente opinativo, inserido na fase instrutória do processo decisório, consistente na realização de uma sessão pública aberta a todos os interessados e voltada ao esclarecimento e à discussão de todos os aspectos e problemas envolvidos em uma determinada decisão administrativa.

A legislação federal, como visto anteriormente, prevê a realização da audiência pública em diversos casos: na fase preparatória do procedimento licitatório para contratações de grande valor — art. 39, combinado com o art. 23, I, “c”, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 —, disposições estas, é bom lembrar, que se aplicam igualmente aos contratos de concessão e permissão de serviço público, por força do art. 14, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; na gestão do Sistema Único de Saúde — art. 12, da Lei nº 8.689, de 27 de julho de 1993; no processo decisório da Agência Nacional de Petróleo — art. 19, da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (regulada pelo Decreto nº 2.455, de 14 de janeiro de 1988); nos processos decisórios da Agência Nacional de Energia Elétrica — art. 4º, §3º, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996; em processos decisórios da Agência Nacional de Telecomunicações — art. 53, da Resolução nº 1, do Conselho da ANATEL; na atividade de preservação do meio ambiente — art. 2º da Resolução nº 009/87, do Conselho Nacional do Meio Ambiente,²⁵⁶ por exemplo; na definição das políticas urbanas — Estatuto das Cidades, art. 2º, XIII e art. 40, §4º, I, da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. As Constituições estaduais e as leis municipais brasileiras são, ademais, reincidentes na previsão de audiências públicas nos mais diversos procedimentos administrativos; exemplos disso são o art. 192, §2º, da Constituição do Estado de São Paulo, e os arts. 9º, III; 159, §2º, e 217 da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

256. Cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de Oliveira. As Audiências Públicas e o Processo Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, n. 15, 1997, p. 939.

Se as *public hearings*,²⁵⁷ do direito anglo-saxão, encontram-se na origem desse instituto participativo, como tem sido afirmado, não será engano dizer que muitos países da Europa continental também têm adotado as audiências públicas em seus ordenamentos, com algumas variantes entre si e em relação ao seu modelo original.²⁵⁸

No direito brasileiro, nos casos especificados em lei, a falta da realização de audiência pública, previamente à decisão administrativa, invalida todo o procedimento administrativo, ou os atos que sucederam a omissão da Administração Pública. A realização de audiência pública é formalidade essencial, pois se relaciona à devida instrução da decisão administrativa. Quando não prevista em lei, será facultado ao Chefe do Poder Executivo convocar a audiência pública, previamente à decisão que tomará, por força dos poderes que lhe são atribuídos pelo art. 84, II.²⁵⁹

A audiência pública não possui um regime jurídico perfeitamente delimitado na legislação brasileira, mas recebeu alguns regramentos gerais importantes na chamada Lei de Processo Administrativo — Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.²⁶⁰ A possibilidade de sua utilização em qualquer caso de relevância e de interesse geral e regra de publicação dos resultados estão entre estas (art. 32 e 34). Isso não impede, entretanto, que deduzamos, por meio da analogia, ou da aplicação direta de princípios constitucionais e processuais (muitos inseridos na própria Lei nº 9.784), determinadas regras imprescindíveis ao funcionamento da audiência pública. Regras que visam, na verdade, possibilitar ao administrado exercer plenamente seu direito de requerer esclarecimentos, fazer críticas ou dar sugestões e contribuições a respeito de uma determinada decisão que será tomada pela Administração; regras que permitam, enfim, a perfeita concretização da participação popular na Administração Pública.

257. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*, op. cit., p. 128.

258. França, Suécia, Espanha e Alemanha estão entre esses países segundo depreendemos das lições de BRAIBANT, QUESTIAUX E WIENER. *Le Controle ...*, op. cit., p. 242/246.

259. Em geral, no entanto, a audiência é facultativa, v. art. 32 da Lei Federal nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

260. No Estado de São Paulo, vigora a Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, também sobre processo administrativo, o art. 29, trata da convocação de audiência pública.

Gordillo,²⁶¹ ao empreender valoroso estudo sobre as audiências públicas no direito argentino, afirma que há um conjunto de princípios jurídicos aplicáveis ao funcionamento das mesmas, decorrentes do princípio do devido processo legal, reconhecido constitucionalmente.

Assiste razão ao mestre argentino. A audiência pública, como todos os institutos de participação popular na Administração Pública (assunto tratado no capítulo 6, supra), caracteriza-se por ser uma fase do processo administrativo decisório ao qual se aplicam os princípios inseridos nos incisos LIV e LV, do art. 5º da Constituição Federal brasileira. Dessa forma, pode-se deduzir do imperativo constitucional do devido processo legal e da ampla defesa, e da própria lógica inerente às audiências públicas, algumas regras que devem ser comentadas.

Em primeiro lugar, é necessário observar que a audiência pública deve possibilitar o acesso de todos os interessados. Não fosse assim, afrontar-se-ia o próprio caráter público da audiência, a isonomia dos administrados que, interessados no desfecho das atividades da Administração, têm igual direito a influir nos processos de decisão e, por fim, diminuir-se-ia a eficiência da participação, isto é, o proveito que a Administração retira do processo de participação com a anuência ou a contribuição dos administrados para a realização das políticas públicas. Se o número de interessados for tão grande, de modo que inviabilize a discussão pública, pois é da natureza do instituto que haja discussão dos assuntos e não o monólogo de alguns, ou uma baderna generalizada, há a necessidade de credenciamento dos participantes e realização de mais de uma audiência, de modo a comportar a participação de todos os interessados.

Os participantes, além disso, devem ser ampla e previamente informados pela Administração a respeito da pauta que será discutida na audiência pública, como forma de possibilitar que elaborem com antecedência suas intervenções com base nas dúvidas, críticas ou concordâncias que possuírem em relação à posição esboçada pela Administração Pública, para a resolução dos assuntos tratados. Os participantes devem ter conhecimento prévio, inclusive, das regras de debate (tempo de intervenção, direito à réplica, entre outros)

261. Cf. GORDILLO, Augustín. *Después de la Reforma del Estado*. Buenos Aires: Fundación, 1996, p. VIII-2 et seq.

que, como bem observa Gordillo,²⁶² não devem ser excessivamente rígidas e burocráticas, pois, se assim forem, prejudicarão o debate e contrariarão a oralidade e o informalismo²⁶³ inerentes ao procedimento.

Sob o influxo do princípio do impulso oficial, ou oficialidade, do processo administrativo,²⁶⁴ a audiência deve ser presidida, sempre, por uma autoridade pública formalmente designada para a tarefa e auxiliada por, no mínimo, um secretário. A autoridade deve ter poderes para instalar a sessão e encerrá-la, dar a palavra e suspendê-la, quando for o caso, conduzindo a audiência de acordo com as regras previamente divulgadas e resumindo os debates para que sejam lavrados num termo pelo secretário; isso quando não se optar pela gravação dos debates por algum outro meio tecnologicamente seguro e fidedigno. O secretário, além de lavrar a ata da sessão, deve registrar as inscrições dos participantes que quiserem se manifestar.

É importante que técnicos da Administração, os quais contribuíram internamente para a deliberação prévia discutida em audiência pública, participem da audiência. Os debates orais entre estes e os cidadãos contribuirão, certamente, para a formação de opinião por parte da autoridade administrativa que preside a sessão.

A autoridade administrativa que preside a sessão, ademais, deve estar atenta a três princípios básicos de condução das audiências públicas que os britânicos bem expressam como *openness, fairness and impartiality*²⁶⁵ — abertura, lealdade e imparcialidade.²⁶⁶ A autoridade, no caso, representa a Administração Pública que, ao realizar audiência pública, conduz ainda a instrução do processo decisório. Dessa forma, não deve existir, a priori, uma posição inflexível de parte da Administração, nem a autoridade que preside a sessão deve tomar a defesa da posição divulgada previamente pela Administração; daí a importância da presença de técnicos que façam essa defesa. A autoridade deve estar aberta à opinião popular e, por outro lado, abrir-se aos participantes,

262. Cf. GORDILLO, Augustín. *Después ...*, op. cit., p. VIII-8.

263. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 400-401.

264. *Ibid.*

265. Cf. BRAIBANT; QUESTIAUX; WIENER. *Le Controle ...*, op. cit., p. 248.

266. Os princípios encontram correspondente na Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999, v. art. 2º, *caput*, III, IV e X.

dando-lhes todas as informações necessárias, sanando todas as suas dúvidas; deve ser leal, preservando as regras do debate, possibilitando a ampla participação de todos e deve, por fim, ser imparcial, isto é, deve se portar como o magistrado se portaria no processo judicial, possibilitando que os debatedores contendam com igualdade de armas.

É de se notar que a posição imparcial da Administração, em casos nos quais há direto interesse da própria Administração, não é algo estranho a nossa prática administrativa. Nos processos disciplinares é justamente essa a posição da Administração Pública.²⁶⁷ Mas há casos, é importante não esquecer, em que a posição imparcial da Administração ver-se-á mais destacada, pois ela atuará na audiência pública sem ter um interesse direto no seu resultado. É o que ocorrerá, certamente, com as audiências públicas a serem utilizadas no processo para a tomada de decisões sobre conflitos entre usuários e concessionários ou permissionários de serviços públicos, como facultam genericamente os arts. 3º; 7º, II; 29, XII e 30, parágrafo único, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

A autoridade que conduz a audiência possui, ademais, o direito de interrogar os presentes, após suas próprias intervenções, para que esclareçam fatos de seu conhecimento a todos os presentes. A prerrogativa é também fruto do princípio da oficialidade, atuante em todos os processos administrativos.

A participação na audiência pública deve ser gratuita, por força do princípio da gratuidade,²⁶⁸ inexistindo a possibilidade de cobrança de custas pela participação. É razoável, no entanto, que a Administração cobre o valor de custo de cópias de volumosos documentos, quando especialmente solicitados pelos participantes.

Admite-se que os participantes exibam documentos na audiência, inclusive perícias ou laudos técnicos, que deverão ser, evidentemente, juntados ao expediente administrativo, aperfeiçoando a fase de instrução do processo decisório. Testemunhas de fatos relevantes para a discussão podem também ser ouvidas na audiência pública. Ou seja, admite-se a produção de todas as

267. Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 177-178, que se refere à imparcialidade como impessoalidade.

268. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 401.

provas que forem compatíveis com o procedimento. A autoridade conducente da audiência pode até mesmo suspendê-la para a realização de uma determinada prova, caso entenda que ela seja relevante, mas não possa ser produzida no ato de realização da sessão pública.

Aplicam-se, por fim, às audiências públicas os princípios da economia processual e da instrumentalidade do processo, impondo que a autoridade que a presida tome sempre o caminho mais célere e de menor custo para a Administração e para os participantes, nunca se desviando de suas finalidades: (1) produzir atos legítimos, de acordo com o interesse público; (2) possibilitar aos administrados influírem com seus argumentos, antes da decisão administrativa e (3) diminuir os riscos de erro nas decisões administrativas, tornando-as mais eficientes.²⁶⁹

O princípio do devido processo legal, enfim, dá a todos os participantes da audiência pública o direito de obterem, em prazo razoável, uma resposta da Administração;²⁷⁰ melhor dizendo, têm os participantes direito a uma decisão administrativa que deverá ser motivada com a consideração de todas as discussões, contribuições e provas, fruto da audiência pública.

Esses são os ingredientes mínimos para que uma audiência pública se dê com eficiência e seriedade, face aos seus objetivos jurídicos, tornando-se verdadeiramente um instituto de participação popular na Administração Pública devidamente integrado a um processo decisório, em que pese seu caráter não vinculante de consulta ou meramente opinativo.

O Supremo Tribunal Federal possui um precedente relativo às audiências públicas — ADIMC nº 1606/SC,²⁷¹ que não é motivo de grande polêmica. Suspendeu-se, no caso, por afronta ao princípio da separação de poderes, o §7º do art. 120, da Constituição do Estado de Santa Catarina, que vinculava a realização de audiências públicas pelo Executivo às datas marcadas pela Assembleia Legislativa. Tanto o voto do Ministro Moreira Alves, como do Ministro Sepúlveda Pertence, proferidos no caso, não vêm inconstitucionalidade na

269. Cf. GORDILLO, Augustín. *Después ...*, op. cit., p. VIII-6.

270. Cf. MASHAW, Jerry; MERRIL, Richard; SHANE, Peter. *Administrative Law – The American Public Law System*. St. Paul: West, p. 270.

271. Cf. *DJ*, 31 out. 1997, p. 55.540.

realização propriamente dita de audiência pública, mas sim na subordinação do Executivo às datas agendadas pelo Legislativo, com o que concordamos.

8.3 Consulta pública

A consulta pública possui um procedimento mais simples que a audiência pública, nem por isso sendo menos eficiente do ponto de vista do proveito que a Administração obtém com a participação. A grande diferença entre a audiência pública e a consulta pública, em nosso ordenamento, está no fato de que na consulta não vigora o princípio da oralidade, inexistindo sessões públicas de debates orais.

O instrumento ainda é pouco freqüente entre nós e parece ter inspiração na *enquête*, que a jurisprudência francesa primeiramente consagrou²⁷² e acabou se estendendo para quase todos os países democráticos da Europa.²⁷³

Entre nós, além da regra geral que faculta à Administração Federal a convocação de consulta pública em casos de motivado interesse geral (art. 31, da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999),²⁷⁴ vários são os exemplos específicos que conseguimos recolher da legislação, e. g. o art. 19, III, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, também chamada Lei Geral das Telecomunicações, que estabelece a obrigação da Agência Nacional de Telecomunicações em submeter à consulta pública os atos normativos que vier a produzir e o art. 43, II, da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 — Estatuto das Cidades.

No caso indicado pela Lei Geral de Telecomunicações, o Regimento Interno da Agência — Resolução nº 1, do Conselho da Agência Nacional de Telecomunicações — regulamenta de forma bastante precisa a consulta pública, o que facilita imensamente o trabalho de explicitar o seu regime jurídico. Vale a citação:

272. Na França as *enquêtes* foram reguladas legalmente em 12 de julho de 1983, Cf. VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. *Le Système Français de Protection des Administrés Contre l'Administration*. Paris: Sirey, 1991, p. 129.

273. Cf. WIENER, Céline; HAMON, Francis. *La Participation e les Activités Sociales et Culturalles*, op. cit., p. 338/340.

274. Também há norma sobre o tema na Lei nº 10.177 de 30 de dezembro de 1998, art. 28, do Estado de São Paulo, anteriormente referida.

Art. 69. A proposta de ato normativo formulada por conselheiro, pelo Poder Executivo, pelo Conselho Consultivo ou pelo Ouvidor será, por intermédio do Presidente, submetida à apreciação prévia do colegiado, o qual, se a admitir, remeterá o assunto à consulta pública.

Parágrafo único. Qualquer pessoa, física ou jurídica, poderá encaminhar à Agência proposta de ato normativo, a qual, depois de preparada pelas unidades encarregadas, será levada ao Conselho Diretor para a apreciação prévia a que se refere o caput.

Art. 70. A consulta pública será formalizada por publicação no Diário Oficial da União, com prazo nunca inferior a dez dias.

§1º Qualquer pessoa poderá formular críticas ou sugestões acerca dos projetos de atos normativos submetidos à consulta pública.

§2º Caberá ao Presidente encaminhar à apreciação do Conselho Diretor a proposta final de resolução, bem como as críticas e sugestões derivadas da consulta pública (...).

Art. 71. O Conselho Diretor é obrigado a, antes de editar a resolução, examinar as críticas e sugestões encaminhadas em virtude da consulta pública, devendo expor em documento próprio as razões para a adoção ou não das medidas, que será arquivado na Biblioteca, ficando à disposição de todos os interessados.

Como se vê, bastante simples, a consulta pública consiste em procedimento de divulgação prévia de minutas de atos normativos (de interesse geral), visando que, no prazo determinado pela Administração (no caso analisado, no mínimo de dez dias), todos os eventuais interessados ofereçam críticas, sugestões de aperfeiçoamento ou peçam informações e resolvam dúvidas a seu respeito. A Administração tem o dever de documentar todas as consultas e respondê-las publicamente, antes de tomar sua decisão final, de modo a instruir e fundamentar o processo decisório.

A Agência Nacional de Telecomunicações, além de publicar as consultas no Diário Oficial, como determina a regulamentação, tem adotado com muito êxito um procedimento que proporciona maior acesso, ainda, ao público, além de proporcionar maior agilidade e economia processual ao processo decisório. Ela divulga as consultas públicas pela Internet, podendo receber pela própria rede mundial as eventuais contribuições dos administrados. Pela mesma Internet pode-se ter acesso a todos os atos normativos da agência, todas as minutas em consulta, todas as contribuições, críticas e sugestões enviadas por outros interessados, em impressionante prática de *government in the sunshine*, ou transparência administrativa, melhor dizendo.

A consulta pública tem se tornado muitíssimo freqüente no Brasil, a partir dos permissivos gerais da legislação federal gradativamente incorporados às leis locais, e tende a tornar-se, com o apoio dos meios tecnológicos de comunicação remota cada vez mais disponíveis aos administrados, um importante instituto de participação popular na Administração Pública: simples, transparente e eficiente.

8.4 Orçamento participativo

O chamado orçamento participativo não encontra, ao que pudemos pesquisar, símile na legislação de outros países. É, portanto, fruto da criatividade dos operadores jurídicos brasileiros e tem ganhado espaço na prática das Administrações estaduais e municipais.

O Município de Porto Alegre utiliza o orçamento participativo como instrumento de gestão há praticamente quinze anos,²⁷⁵ sendo seguido por muitos outros, tais como Joinville,²⁷⁶ Ribeirão Preto,²⁷⁷ Recife,²⁷⁸ Belo Horizonte,²⁷⁹

275. Cf. GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan. *Orçamento ...*, op. cit., p. 45.

276. Cf. FIGUEIREDO, Rubens; LAMOURNIER, Bolívar. *As Cidades que Dão Certo*. Brasília: MH, 1996, p. 19.

277. Cf. PALOCCI FILHO, Antônio. *Dando a Volta por Cima*. São Paulo: Scritta, 1996, p. 12.

278. Cf. SOLER, Salvador. *Poder Local, Participação Popular, Construção da Cidadania*. Depoimento em trabalho org. por Renata Villas-Bôas e Vera Telles, brochura disponível na Biblioteca do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da USP, p. 60.

279. Cf. SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito ...*, op. cit., p. 209 et seq.

São Paulo. Entre os Estados, Minas Gerais prevê a participação popular na elaboração da proposta orçamentária expressamente (art. 60, II e III e art. 157)²⁸⁰ e Santa Catarina (art. 47). Grande apoio a sua adoção veio, mais recentemente, das disposições da chamada Lei de Responsabilidade Fiscal — Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000, art. 48 —, que estabeleceram a obrigatoria transparência do processo de elaboração das leis orçamentárias.

Na verdade, o chamado orçamento participativo é um instituto de participação popular na Administração Pública não vinculante, de consulta, ou meramente opinativo, como os que foram analisados anteriormente neste capítulo. Tem o objetivo de preparar, sob a condução da Administração, o projeto de lei orçamentária enviado pelo Executivo ao Legislativo. Compreende a realização de seguidas audiências públicas, geralmente regionalizadas, por vezes acompanhadas da eleição de representantes para diferentes conselhos deliberativos.

No Município de Porto Alegre, por exemplo — experiência ora analisada por ser a mais consolidada no país²⁸¹ —, o processo se dá primeiramente com a realização, em cada região do Município (para essa finalidade o Município foi dividido em 16 regiões), de audiências públicas chamadas de “plenárias temáticas”. Nessas sessões, são eleitos, pelos participantes presentes, os representantes que formarão o “fórum de delegados” — conselho consultivo de participação na elaboração do orçamento. Seguem-se reuniões desse conselho e novas “plenárias”, onde são eleitos os representantes que comporão o “conselho do orçamento participativo”, conselho este que elabora a “matriz orçamentária”, a qual servirá de base para o governo elaborar o projeto de lei orçamentária e remetê-lo ao Legislativo municipal.

O que parece interessante no exemplo analisado é que o grau de institucionalização jurídica e vinculação do administrador público é, em tese, mínimo, pois todo esse complexo processo administrativo não se encontra regulado legalmente: “sua regulamentação não é feita por lei municipal, mas sim, pela própria sociedade, de maneira autônoma” — comentam Genro e Souza.²⁸²

280. Ibid.

281. Todos os fatos aqui narrados colhemos junto à obra já citada de GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan de. *Orçamento ...*, p. 29 et seq.

282. Ibid.

Ainda que se considere que em outras experiências desenvolvidas no Brasil haja uma legislação mínima a regulamentar o instituto (v.g. o caso de Belo Horizonte e também, o mais recente, de São Paulo – Lei Municipal nº 13.615, de 4 de julho de 2003, Diretrizes Orçamentárias), muito não há que se comentar sobre o orçamento participativo. Procedimento que conjuga a realização de audiências públicas e conselhos participativos, tem seu regime jurídico definido, em parte, pelas observações feitas sobre as audiências públicas e, quando for o caso, pelas observações feitas em relação aos conselhos participativos.

O Supremo Tribunal Federal possui um precedente que analisa o orçamento participativo, com caráter não definitivo, por se tratar da análise de medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade. No caso, ADIMC nº 1.747/SC,²⁸³ considerou-se constitucional a realização de audiências regionais do Legislativo, do Executivo e até mesmo do Judiciário, para colher dos administrados propostas de investimentos públicos prioritários, visando à elaboração do orçamento do Estado de Santa Catarina (arts. 47 e 120, da Constituição do Estado de Santa Catarina).

8.5 Ouvidor do povo, defensor do povo ou *ombudsman*

Na verdade, não existe no Brasil a figura do *ombudsman* propriamente dito. O *ombudsman* é instituto originário do direito sueco, onde conta com quase duzentos anos de existência. Da Suécia se espalhou, com o passar dos anos e, mais acentuadamente, após a Segunda Guerra Mundial, para quase todas as partes do mundo, com pequenas variações.²⁸⁴ Mas, no Brasil, em que

283. *DJ*, 02 out. 1998, p. 0002. Esta ação obteve julgamento final em 22.05.2002, *DJ*, 28 jun. 2002, com a seguinte ementa oficial: “Separação e independência dos Poderes: promoção de audiências regionais pela Assembléia Legislativa para colher propostas de investimentos públicos prioritários a incluir no orçamento do Estado: participação de representantes do Executivo e do Judiciário que, despida de caráter compulsório, não ofende o princípio da separação dos poderes; do mesmo modo, não o afronta o encaminhamento do relatório final das propostas à Secretaria da Fazenda, nem a previsão de ser convocado o Secretário para prestar esclarecimento sobre as razões da sua não inclusão de proposta orçamentária de iniciativa do Executivo”.

284. Cf. DUVERGER, Maurice. *Eléments de Droit Public*. Paris: PUF, 1995, p. 288; DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1992, t. 2, p. 227-228; MIRANDA,

pesem as diversas tentativas de aprovação legislativa e, até mesmo, sua inclusão no famoso anteprojeto de constituição preparado pela Comissão Afonso Arinos, o *ombudsman* não foi instituído.

Há, entretanto, inusitada predileção sobre o tema entre nós. A Biblioteca Brasileira de Direito, catalogada pelo Senado Federal, reúne mais de cinquenta títulos, entre artigos para revistas especializadas e monografias sobre o *ombudsman*. Afora certa afeição ao direito escandinavo, a preocupação deve se revelar em razão da freqüente criação, pela Administração brasileira, em todos os níveis de governo, da figura do ouvidor ou defensor dos cidadãos²⁸⁵ e pela incorporação a diferentes órgãos de controle (Tribunais de Contas, Ministério Público, Legislativo)²⁸⁶ de funções que seriam delegadas ao *ombudsman*, caso este instituto realmente existisse em nosso ordenamento.

Importa a análise do primeiro fenômeno, ou seja, a criação pelo ordenamento legal brasileiro da possibilidade de participação popular perante o ouvidor ou defensor do povo.

Como visto no capítulo 5, supra, diversas normas federais têm contemplado a figura do ouvidor: a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, art. 79, cria o Ouvidor Geral da Seguridade Social; a Lei nº 8.490, de 19 de novembro de 1992, art. 19, institui o Ouvidor Geral da República; a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, art. 4º, institui o Ouvidor da Agência Nacional de Energia Elétrica; a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, art. 8º, cria o Ouvidor da Agência Nacional de Telecomunicações; o Decreto nº 97.946, de 11 de julho de 1989, art. 12, cria o Ouvidor do IBAMA.

Nos Estados, a instituição de ouvidorias também tem sido uma constante; o Estado de São Paulo possui um exemplo sempre citado — o Decreto nº 39.900, de 1º de janeiro de 1995, que criou a Ouvidoria da Polícia do Estado

Jorge, op. cit., t. IV, p. 254/257; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos ...*, op. cit., p. 87; TÁCITO, Caio. Ombudsman – O Defensor do Povo. *Revista de Direito Público*, n. 85, p. 43/51; AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira. *O Ombudsman e o Controle da Administração*. São Paulo: Edusp, 1993 e OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Instrumentos Brasileiros de Defesa e Participação dos Administrados. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 677, p. 85.

285. Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, op. cit., p. 421, 427.

286. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação Popular ...*, op. cit., p. 136-137.

de São Paulo. Nos Municípios, o mesmo acontece, sendo exemplo mais antigo o de Curitiba, onde a Ouvidoria Geral existe desde 1986.²⁸⁷

O ouvidor do povo é, na maioria das vezes, indicado pelo próprio Chefe do Poder Executivo (em que pese haver casos de escolha pelo Legislativo). Sua função básica é receber queixas, reclamações e sugestões dos administrados e, decorrentemente, encaminhá-las à Administração, ou para outras instituições que realizem o controle dos agentes públicos e acompanhar o seu processamento junto aos órgãos competentes, na forma do que dispuser a lei ou o regulamento. Ao ouvidor a Administração não pode negar qualquer tipo de informação, devendo, no entanto, o mesmo preservar a divulgação das que sejam, pelo seu caráter, sigilosas. Daí falarmos, no início do presente capítulo, que é possível enquadrar-se o ouvidor entre os institutos de participação popular na Administração Pública, como fruto de uma ampliação do direito de petição e informação.

É comum que o ouvidor goze de mandato, de modo que possua um mínimo de garantias frente ao Chefe do Executivo. O poder de convocar servidores para depor, visando ao esclarecimento de situações de fato, também é comum, muito embora esse depoimento não se incorpore, de imediato, a um processo administrativo decisório ou disciplinar, mas a um mero expediente de investigação prévia de competência da ouvidoria.

Dos institutos de participação popular na Administração Pública, a criação das ouvidorias é certamente o menos inovador e o menos participativo, em tese, pois a atuação do administrado atém-se à elaboração da queixa, reclamação ou sugestão, não mantendo este, ao menos, contato direto com a máquina administrativa, face à intermediação do ouvidor. Em que pese esse fato, o labor das ouvidorias brasileiras tem sido favoravelmente analisado, pois os resultados no sentido de fazer com que a Administração atue legítima e eficientemente têm sido bastante significativos.²⁸⁸

287. Cf. GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. O Ouvidor-Geral. Uma Experiência Municipal. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 83, p. 250/258, 1987.

288. Segundo estatística divulgada pelo IBAP – Instituto Brasileiro de Administração Pública, somente no primeiro trimestre de sua instituição a ouvidoria da Polícia do Estado de São Paulo recebeu e encaminhou 678 (seiscentos e setenta e oito) denúncias, reclamações ou sugestões, número que tem aumentado, mais recentemente, face à confiança que os administrados passaram a ter no órgão, Cf. *Cadernos do IBAP*, São Paulo, n. 1, 1996, p. 58.

Capítulo 9

Institutos de Participação de Caráter Vinculante e Autônomo, Cooperativos ou de Delegação Atípica

9.1 Aspectos gerais dos institutos de caráter vinculante e autônomo

Os institutos de participação popular na Administração Pública de caráter vinculante e autônomo, finalmente, são aqueles que, seguindo a definição já citada de Canotilho, representam o “setor social autogerido”, onde se “verifica uma verdadeira mudança das relações de poder e de domínio”.²⁸⁹ O jurista português exemplifica o instituto com a referência ao art. 82, da Constituição portuguesa, que define três setores de “propriedade dos meios de produção”: o setor público, o setor privado e o **setor cooperativo e social**, localizando-se neste terceiro setor a forma vinculante e autônoma de participação.

Dados mais recentes apontam que “desde junho de 1997” a ouvidoria da polícia paulista encaminhou 4.588 processos, solucionando 2.407. Verificamos, ainda, a existência de ouvidoria no Estado do Paraná, que, segundo dados oficiais, recebeu em 1997 1.898 reclamações, tendo proporcionado o atendimento de 895, e no Estado do Ceará, criada pela Lei nº 12.686, de 14 de maio de 1997, cujas estatísticas não se encontram disponíveis.

289. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 427.

Outros doutrinadores vão se referir a esses institutos com outras denominações. Enterría e Fernández, por exemplo, falam em “formas cooperativas de participação”,²⁹⁰ referindo-se a condutas permanentes e institucionalizadas, executadas mediante a criação, pelos cidadãos, de organizações especiais voltadas à realização de atividades de “interesse geral”.

Wiener e Hamon, por sua vez, vão denominar esses institutos de participação sob a rubrica genérica de “devolução”.²⁹¹ Dizem que a “devolução” se dá quando uma atividade de caráter social ou cultural de interesse coletivo é desenvolvida, inteiramente, por associações particulares, sob financiamento de fundos públicos, mas sem controle pela Administração Pública, salvo a fiscalização “mais ou menos estrita” da destinação dos recursos que lhe foram repassados.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, entre nós, batiza o instituto de “delegação atípica”, dizendo serem “incontáveis as atividades públicas que poderão ser delegadas a entidades privadas de colaboração”.²⁹² No caso, a delegação da atividade de interesse público, segundo o autor, é atípica porque a Administração não necessita, efetivamente, transferi-la ao particular, mas somente reconhecer a atuação do particular como colaborador da Administração.

Como se vê, os referidos doutrinadores praticamente coincidem na abordagem do tema. Podem ser identificadas como institutos de participação popular na Administração Pública de caráter vinculante e autônomo, cooperativos ou de delegação atípica, portanto, todas as pessoas jurídicas que possuam as seguintes características:

1. sejam fruto da iniciativa dos particulares;
2. sejam autogestionárias ou autogeridas, isto é, comandem seus destinos por seus próprios meios, sem intervenção do Poder Público;
3. não tenham finalidade lucrativa;
4. sejam formalmente reconhecidas pela Administração Pública como suas colaboradoras;

290. Cf. ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madri: Civitas, 1989, p. 78 et seq.

291. Cf. WIENER, Céline; HAMON, Francis. *La Participation et les Activités Sociales et Culturelles*, op. cit., p. 346-347.

292. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*, op. cit., p. 136/138.

5. realizem atividades de interesse público inerentes à função administrativa do Estado.

Não é essencial à caracterização dessas entidades, mas é necessário observar que o reconhecimento formal da qualidade de colaboradora da Administração Pública dá a essas pessoas jurídicas, muitas vezes, o direito de receber recursos públicos e outros tipos de incentivo.

No direito brasileiro existem alguns exemplos que se aproximam dessa noção, a saber: a atuação de colaboração com a Administração das Organizações não Governamentais – ONGs; as chamadas entidades de utilidade pública; os chamados serviços sociais autônomos; as organizações sociais, recentemente definidas em lei e as corporações de fiscalização do exercício profissional. É útil analisar cada um desses exemplos, verificando se realmente eles se amoldam à caracterização dos institutos de participação popular na Administração Pública de caráter vinculante e autônomo, acima veiculada.

9.2 Organizações não Governamentais

Organizações não Governamentais, como o próprio nome diz, são pessoas jurídicas privadas, sem caráter lucrativo, criadas por particulares e que podem vir a realizar atividades de interesse público, coincidentes, portanto, com atividades inerentes à função administrativa do Estado.

Bastante atuantes na disseminação dos direitos humanos ou fundamentais, as Organizações não Governamentais têm um papel importante, na atualidade, ora desenvolvendo estudos para auxiliar o diagnóstico de problemas vivenciados pela Administração Pública, ora fiscalizando as atividades desta, ora executando de fato serviços de interesse público não privativos do Estado, como os de educação, saúde, apoio à cultura, preservação do meio ambiente, entre outros.

Nada obsta que a Administração venha a reconhecer a relevância das atividades desenvolvidas por uma determinada ONG, como autêntica colaboradora do Poder Público, ou que venha a financiá-la, ou lhe facultar o uso de bens públicos e o aproveitamento de servidores, como consequência desse reconhecimento. Se isto ocorrer, a ONG se institucionaliza e deixa de ser um veículo

informal de pressão política da Administração Pública, para se transformar em autêntico instituto de participação popular. Instituto de caráter vinculante e autônomo, pois é a própria ONG quem dirige seus destinos, decidindo como gerir as atividades de interesse público a que se vincula estatutariamente.

Caso venha a receber, efetivamente, subvenção econômica da Administração Pública, a ONG deverá prestar contas da aplicação desses recursos, tanto à Administração como ao Tribunal de Contas, por força do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal. O mesmo se dá no caso de a Administração lhe facultar o uso privativo de bens públicos ou a utilização de servidores públicos.

9.3 Entidades de utilidade pública

Muito embora a utilização, no Brasil, da expressão *entidades de utilidade pública* anteceda historicamente a consagração da expressão *organizações sociais*, é necessário reconhecer que, do ponto de vista eminentemente jurídico, as duas expressões encobrem conceitos muito próximos. As chamadas *entidades de utilidade pública* são pessoas jurídicas privadas, corporativas ou fundacionais, sem finalidade lucrativa, que realizam atividades de interesse público e que possuem uma titulação, ou “qualidade jurídica”,²⁹³ reconhecida pela Administração, que lhes dá “benefícios tributários e vantagens administrativas diversas”.²⁹⁴

Suas características genéricas, portanto, se assemelham às das Organizações não Governamentais: (1) são formadas pela iniciativa voluntária dos particulares; (2) são fundações ou associações privadas, sempre sem finalidade lucrativa; (3) realizam atividade de interesse público; (4) podem vir a receber subvenções públicas, submetendo-se, neste caso, ao controle da Administração e do Tribunal de Contas, ou outros incentivos a sua atuação; (5) podem usar privativamente de bens públicos, mediante ato ou contrato administrativo, submetendo-se, neste caso, à fiscalização da Administração

293. Cf. MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil. In: *Papers da Reforma*, 1998, p. 5. Disponível em: <<http://www.mare.gov.br>>.

294. Ibid. e LEITE, Lesley Gasparini. Entidade Privada de Benemerência – Declaração de Utilidade Pública. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 98, p. 273-274, 1991.

e do Tribunal de Contas quanto a sua destinação, ou (6) podem utilizar-se do trabalho de servidores públicos, desde que cedidos formalmente pela Administração.

Além desses traços genéricos, as entidades de utilidade pública possuem características especiais, que as destacam em relação às Organizações não Governamentais em geral: (1) devem se submeter a determinados “limites”²⁹⁵ formais de constituição, visando a sua titulação, ou seja, sua qualificação como entidade de utilidade pública; (2) submetem-se necessariamente ao reconhecimento formal de sua “utilidade pública”.

Logo, é necessário reconhecer que, em tese, as chamadas entidades de utilidade pública amoldar-se-iam perfeitamente à idéia da participação popular na Administração Pública, de caráter vinculante e autônomo. Afinal, através delas os administrados executariam com total autonomia atividades eminentemente administrativas, em que pese não privativas do Estado, em regime jurídico de colaboração com a Administração Pública.

Vale, entretanto, observar que esse instituto tem sido deturpado na prática brasileira. Utilizado há muito tempo pela Administração Pública brasileira, o processo eminentemente político de reconhecimento de utilidade pública acabou abrangendo pessoas jurídicas de toda ordem, muitas com evidente finalidade lucrativa, embora não admitam formalmente (alguns clubes de futebol e universidades ou escolas privadas, por exemplo); outras que não possuem escopo de interesse público, mas tão-somente de “favorecimento mútuo”,²⁹⁶ ou seja, entidades que, embora não possuam finalidade lucrativa, não se dedicam a atividades do interesse de toda a sociedade, mas, apenas, do interesse do grupo de sócios que a constitui ou de um determinado seguimento social (clubes recreativos, ou associações profissionais, por exemplo). Certamente essa deturpação constitui um entrave para que as entidades de utilidade pública assumam completamente a feição de um autêntico instituto de participação popular na Administração Pública.

295. Id., p. 6.

296. Id., p. 15.

9.4 Os serviços sociais autônomos

São chamadas de serviços sociais autônomos as pessoas jurídicas privadas que colaboram com a Administração Pública, desempenhando, sem finalidade lucrativa, atividades de interesse público, tais como assistência social, formação profissional, serviços de saúde, ensino regular, entre outras.²⁹⁷

Diferem das modalidades anteriores, basicamente, por não se originarem da livre iniciativa dos administrados, como ocorre com as Organizações não Governamentais e, obviamente, com as entidades de utilidade pública.

Sim, em que pese serem pessoas jurídicas privadas, formados através do concurso de particulares, os chamados serviços sociais autônomos derivam da vontade legal, ou seja, nascem por impulso estatal e não pela livre iniciativa dos administrados. É assim, ao menos, que dispõem: a Lei nº 8.706, de 14 de setembro de 1993, que comete à Confederação Nacional do Transporte (CNT) o encargo de criar o Serviço Social do Transporte (SEST) e o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (SENAT); o Decreto-lei nº 9.403, de 25 de junho de 1946, que atribui à Confederação Nacional da Indústria (CNI) o encargo de criar o Serviço Social da Indústria (SESI); o Decreto-lei nº 8.621, de 10 de janeiro de 1946, que atribui à Confederação Nacional do Comércio o encargo de criar o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) e o Decreto-lei nº 9.853, de 13 de setembro de 1946, que também atribui a esta última entidade sindical o encargo de criar o Serviço Social do Comércio (SESC).

São características comuns dessas entidades o fato de gozarem de isenção fiscal e terem o direito de receber contribuições compulsórias da sociedade (tributos) que servem para mantê-las economicamente; o fato de terem sua organização institucional definida em linhas gerais pela lei, ou por decreto do Presidente da República e a existência de representação do Poder Público em seus órgãos diretivos.

297. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 308; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, op. cit., p. 108 e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 353 e VIRGILIIS, Olavo de. Considerações em Torno da Personalidade Jurídica do SESI. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 278, p. 385-386, 1982.

Torna-se difícil, levando em consideração essas características, identificar essas pessoas jurídicas como instituições de participação popular na Administração Pública de caráter autônomo e vinculante. São elas, como se vê, pessoas jurídicas híbridas, na maior parte das vezes nascidas numa época em que o ordenamento jurídico brasileiro permitia o atrelamento das atividades sindicais ao Estado. Ademais, o obrigatório recebimento de tributos e a intensa participação do Estado em sua gestão, seja com a definição normativa do modo de composição de seus órgãos de direção, seja com a indicação de representantes da Administração Pública para ali atuarem, reduzem em muito seu caráter autogestionário e oblitera a iniciativa dos administrados. Também é bastante difícil aceitar como constitucionais essas imposições legais à luz dos incisos XVII, XVIII, XIX e XX, do art. 5º, da Constituição Federal, que estatuem com muita abrangência a liberdade de associação.

Assim sendo, embora parcialmente identificados com os institutos que ora analisamos, pois se trata de pessoas jurídicas privadas, sem caráter lucrativo e que atuam na execução de atividades tipicamente administrativas não privatizadas do Estado, cremos que somente a evolução da disciplina legal dos serviços sociais autônomos pode realmente transformá-los em institutos de participação popular de caráter vinculante e autônomo. O único caminho a ser seguido, nesse sentido, é o da eliminação da interferência estatal na organização e gestão dessas pessoas jurídicas.

9.5 As organizações sociais

As chamadas organizações sociais são fruto de recente disciplina legislativa no Brasil. A Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, veio defini-las, no âmbito da Administração Federal, como “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (...)”.²⁹⁸

298. Distinto é o conceito de legal de organizações de assistência social, art. 3º, da Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993 – Lei Orgânica da Assistência Social, mais atinente ao conceito de entidade de utilidade pública outrora examinado.

Ao intentar incentivar a criação dessas organizações sociais, o governo federal certamente teve como objetivo a institucionalização de uma nova forma de participação popular na Administração Pública. Alguns documentos divulgados pelo próprio MARE – Ministério da Administração e Reforma do Estado dão prova disso,²⁹⁹ no que são confirmados pela doutrina.³⁰⁰ Paulo Modesto faz, inclusive, referência expressa às organizações sociais como institutos de participação “corporativa”,³⁰¹ seguindo fielmente as lições de Enterría e Fernández acima citadas.

Resta, entretanto, ir mais a fundo, para saber se realmente o perfil legal das chamadas organizações sociais permite identificá-las como institutos de participação popular na Administração Pública de caráter vinculante e autônomo.

No nível federal, as organizações sociais encontram-se disciplinadas na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 (anteriormente Medida Provisória nº 1.591). O Estado da Bahia, por seu turno, regulou as organizações sociais através da Lei nº 7.027, de 29 de janeiro de 1997, e o Estado do Pará o fez através da Lei nº 5.980, de 17 de novembro de 1996. Com pequenas variantes, as legislações estaduais regulam a matéria da mesma forma que a lei federal, à qual nos atemos em nossa análise.

As organizações sociais assemelham-se em alguns traços às entidades de utilidade pública: nascem aparentemente da iniciativa voluntária dos administrados; têm natureza jurídica privada, fundacional ou corporativa, sem finalidade lucrativa; realizam atividades de interesse público; podem receber subvenções públicas e outros incentivos, inclusive favores fiscais; devem se submeter a determinados requisitos quanto à forma de constituição; submetem-se necessariamente ao reconhecimento formal de sua condição jurídica — de colaborador da Administração Pública.

Há, no entanto, três características básicas que diferenciam as organizações sociais em relação às antigas e já comentadas entidades de utilidade pública: (1)

299. Cf. *Plano Diretor da Reforma do Estado*, op. cit., p. 73-74 e *Organizações Sociais*. In: *Cadernos MARE da Reforma do Estado*, caderno 2, 1998, p. 10/12.

300. Cf. MODESTO, Paulo. *Reforma Administrativa ...*, op. cit., p. 5, 9/15 e NASSUNO, Marianne. *Organização dos Usuários, Participação na Gestão e Controle das Organizações Sociais*. *Revista do Serviço Público*, Brasília, n. 1, p. 27/42, 1997.

301. Cf. MODESTO, Paulo. *Reforma Administrativa ...*, op. cit., p. 9.

a Administração Pública participa necessariamente de sua gestão, pois mantém representantes seus, em considerável número, no chamado “conselho de administração” (art. 3º, I, a, da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998), que, obrigatoriamente, é órgão máximo de deliberação da organização social; (2) o processo de qualificação, isto é, de titulação ou reconhecimento da condição de organização social tem requisitos definidos expressamente em lei e (3) submetem-se as organizações sociais, obrigatoriamente, à dinâmica inerente ao chamado “contrato de gestão”, instrumento que regula o repasse de recursos públicos, a utilização de bens e de servidores públicos pela organização social, e importa na fixação prévia de metas e estatui a verificação periódica de resultados.

O processo de qualificação, em que pese a imensa polêmica que acontece hoje nos meios jurídicos a respeito de sua constitucionalidade, à luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, em nada contraria as características inerentes aos institutos de participação popular na Administração de caráter vinculante e autônomo. É da essência dessas pessoas jurídicas serem formalmente reconhecidas pela Administração Pública como suas colaboradoras. A descrição minuciosa, ou mais rigorosa, dos requisitos para essa titulação somente aprimora o regime jurídico dessas pessoas jurídicas, impedindo talvez que aconteça com elas o processo de deturpação institucional que se deu com as entidades de utilidade pública, conforme acima demonstrado.

O contrato de gestão, embora se configure como instrumento formal de controle sobre as atividades das organizações sociais, não corrompe, por seu turno, a autogestão imprescindível à caracterização dessas pessoas jurídicas, enquanto institutos vinculantes e autônomos de participação na Administração. Essas pessoas voltadas à participação popular são autônomas, pois governam seus destinos, deliberam sobre seus fins e elegem os meios pelos quais eles devem ser atingidos. O contrato de gestão, por seu turno, representa simplesmente um instrumento de aperfeiçoamento do controle da destinação dos recursos, bens, servidores e demais benefícios ou incentivos que sejam eventualmente oferecidos a essas entidades. É um controle de metas, de eficiência. Metas, aliás, que não são impostas pela Administração, mas negociadas em cada celebração pelas partes contratuais, no caso, a organização social e a Administração Pública.

Apesar disso, a compulsória participação da Administração Pública na gestão da entidade, nos moldes preconizados pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, põe por terra a possibilidade de configurar as organizações sociais como institutos de participação popular vinculantes e autônomos.

Com efeito, o legislador caminhou neste caso com os mesmos pés que o sustentaram na regulamentação do regime jurídico dos serviços sociais autônomos, acima comentados, e acabou, desafortunadamente, criando, mais uma vez, uma entidade híbrida (meio governamental, meio particular) de duvidosa constitucionalidade face à liberdade fundamental de associação (art. 5º, XVII, XVIII, XIX e XX, da Constituição Federal).

A explicação é simples. Como pode o Estado impor ao administrado que, ao se associar, ou ao criar uma fundação, preveja de antemão que a Administração Pública participará voluntariamente de sua gestão, sem que a Administração participe do ato constitutivo e, dessa forma, crie uma entidade governamental?

Se a pessoa jurídica criada é governamental, como não submetê-la às restrições inerentes ao regime jurídico administrativo (concursos, licitações, entre outras, explícitas no art. 37 da Constituição Federal, e na legislação federal infraconstitucional)?

Ora, ainda que admitíssemos a possibilidade jurídica de a organização social ser criada sem a participação da Administração Pública, antes do processo de qualificação, como se pode aceitar que uma pessoa jurídica dirigida pela Administração não se enquadrasse na chamada Administração Indireta?

É de se notar que a Administração Pública indica de vinte a quarenta por cento dos componentes do conselho de administração da organização social (art. 3º, I, a, da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998) e participa com voto majoritário na escolha de mais dez a trinta por cento dos representantes eleitos pelo próprio conselho (art. 3º, I, d), o que lhe dá um poder de controle absolutamente avesso à característica autogestionária, típica das entidades participativas de caráter vinculante e autônomo.³⁰²

Esse hibridismo restringe significativamente o leque de entidades interessadas em se transformar em organização social e até mesmo a possibilidade de a Administração indicar representantes para todas as organizações sociais, caso o processo de qualificação se tornasse tão intenso quanto propalado nas

302. No caso da Lei nº 7.027, de 29 de janeiro de 1997, do Estado da Bahia, este controle é ainda maior, tendo a Administração a possibilidade de indicação da maioria dos membros componentes do conselho de administração.

razões que justificaram o projeto, inseridas nos já citados documentos do Ministério da Administração e Reforma do Estado.³⁰³

Nesse passo, a imposição de uma organização dirigida com participação preponderante da Administração Pública afrontaria também, ao lado da ampla liberdade de associação, o princípio da isonomia, isto é, a possibilidade de todos os eventuais interessados que reúnam condições para serem considerados colaboradores da Administração Pública participem das subvenções econômicas e demais incentivos concedidos às organizações sociais, inclusive a faculdade de “absorver atividades de entidade federal extinta”, como dispõe a lei.

Tudo isso leva a entender o seguinte: para que as organizações sociais venham a se transformar, realmente, em institutos de participação popular na Administração Pública de caráter autônomo e vinculante, necessário se faz a revogação da imposição legal de participação da Administração Pública na direção dessas entidades, ou o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, pelos motivos que acima resumimos.

Caso contrário, somente se pode admitir as organizações sociais como entidades da Administração Indireta, com personalidade jurídica de direito privado, que assumam natureza fundacional ou corporativa, submetidas a todas as restrições do regime jurídico administrativo, comuns às pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta. A participação popular, nesse caso, continuaria existindo, incorporando-se, porém, na obrigação de instituição de um conselho participativo e deliberativo (conselho de administração) como órgão de direção da entidade. Mas a organização social, por si só, não se caracterizaria como um instituto autônomo de participação popular na Administração Pública.

9.6 As corporações de fiscalização do exercício profissional

As corporações de fiscalização do exercício profissional sempre foram consideradas como autarquias, caracterizando-se, portanto, como pessoas

303. Cf. *Plano Diretor da Reforma do Estado*, op. cit., p. 73-74 e *Organizações Sociais*. In: *Cadernos MARE da Reforma do Estado*, caderno 2, 1998.

jurídicas de direito público.³⁰⁴ Dessa forma, estariam, a priori, apartadas das pessoas jurídicas ora estudadas e não se configurariam como instrumentos de participação popular na Administração Pública. Entre as entidades corporativas de fiscalização do exercício profissional tem-se, no direito brasileiro, a Ordem dos Advogados do Brasil, o Conselho Federal de Medicina, o Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura, entre muitas outras relacionadas a cada uma das chamadas profissões regulamentadas.

Observe-se que a doutrina e a jurisprudência sempre fizeram invariável coro na definição das corporações de fiscalização profissional como autarquias. Celso Antonio Bandeira de Mello³⁰⁵ as definiu como “a subjetivação de um consórcio de sujeitos que são membros componentes do substrato da pessoa”. Cretella Júnior defendeu, igualmente, a posição segundo a qual na corporação profissional seus membros é que lhe proporcionam existência “formando-lhe o substrato ou estrutura interna”, acrescentando que:

Corporação profissional pública, como a Ordem dos Advogados do Brasil, ou qualquer das seções em que se divide, “espécie do gênero autarquia”, definindo-se como “pessoa jurídica de direito público interno, de índole administrativa, constituída de pessoas físicas habilitadas ao exercício da mesma profissão e que se reúnem para a consecução dos mesmos fins específicos que têm em mira”³⁰⁶

Recentemente, no entanto, a Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, através de disposição inserta em suas “Disposições Gerais, Finais e Transitórias” (art.58), modificou a natureza jurídica dessas entidades passando a defini-las como **pessoas jurídicas de direito privado**.

304. É o que Vital Moreira denomina “auto-regulação pública”. Cf. *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 88, muito embora distinga a auto-regulação da participação, p. 56.

305. Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 84.

306. CRETELLA JR., José. *Administração Indireta Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 222. Ver ainda, no mesmo sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, op. cit., p. 317-318 e FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 85.

O novo regime jurídico dessas entidades encontra-se brevemente delineado no referido diploma legal, em um único artigo, com nove parágrafos, podendo ser resumido da seguinte forma:

- (1) a fiscalização do exercício profissional é definida como serviço público;
- (2) a prestação deste serviço público por particulares — as corporações de fiscalização profissional — deriva de delegação que se opera “mediante autorização legislativa”;
- (3) as corporações gozam de ampla autonomia de “organização, estrutura e funcionamento”;
- (4) sua estrutura deve compreender, necessariamente, um “conselho federal” em cuja composição estejam representados “conselhos regionais”;
- (5) não há vínculo hierárquico ou funcional entre essas corporações e a Administração;
- (6) seus empregados são contratados pelo regime jurídico privado e não podem vir a ser aproveitados em funções junto à Administração;
- (7) são autorizados por lei a fixar, cobrar e executar contribuições da coletividade que lhes é afeta (os profissionais e as pessoas jurídicas fiscalizadas), bem como preços de serviços e multas;
- (8) gozam de “imunidade tributária total” em relação aos seus bens, rendas e serviços;
- (9) possuem prerrogativa de foro, quando litigarem em questões relacionadas com o “exercício dos serviços a eles delegados”.

Há, como se vê, imensa área para polêmica jurídica em torno dessas entidades. Poder-se-ia questionar, por exemplo, se suas atividades seriam serviço público em sentido amplo ou estrito; se as contribuições cobradas não seriam, verdadeiramente, taxas e, dessa forma, dependeriam de prévia definição legal; se o poder de polícia a elas afeto é delegável a particulares; se ao falar em imunidade a lei não quer dizer isenção; entre muitos outros exemplos.

Entretanto, reservamo-nos a tecer comentários em relação, unicamen-

te, às questões pertinentes ao objeto do presente estudo. Cabe-nos, pois, sondar a adequação desse regime jurídico às características que identificamos, de modo geral, nas pessoas que classificamos como institutos de participação popular de caráter autônomo e vinculante, cooperativos ou de delegação atípica.

Relembre-se que, conforme acima expostos, o substrato material, o ânimo de formação, ou ainda, o fator jurídico central na estruturação dessas corporações profissionais residem no consórcio de pessoas físicas, na comunhão de indivíduos, ou ainda, na participação dos administrados.

Essas entidades, ademais, realizam funções que extrapolam a mera mutualidade, melhor dizendo, têm finalidades maiores que o simples favorecimento do grupo social que representam. Na verdade, realizam função tipicamente administrativa. Pode-se dizer que elas substituem a Administração na função de fiscalização e regulamentação do exercício de algumas profissões.

Atendo-se ao exemplo da Ordem dos Advogados do Brasil, verifica-se que a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que regulamenta a entidade, define-a como prestadora de um “serviço público” (art. 44), dá-lhe as prerrogativas inerentes ao regime jurídico administrativo (foro, execução, presunção de legitimidade de atos, imperatividade, coercibilidade entre outras), mas lhe concede uma estrutura completamente autogestionária, autônoma e sem qualquer subordinação, controle ou tutela da Administração Direta (art. 51 e seguintes).

No caso das corporações de fiscalização do exercício profissional, frise-se, não há dirigentes indicados pelo Poder Público. Toda a direção é fruto de eleições, das quais somente participam os membros da entidade.

A admitir-se a constitucionalidade do art. 58, da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, as corporações passaram a contar com o reconhecimento legal de sua personalidade jurídica de direito privado, e a imposição de obediência a algumas normas quanto a sua forma de estruturação, organização e funcionamento, por outro lado, poderia ser encarada como mero requisito para a qualificação dessas entidades como colaboradoras do Poder Público.

Tudo o que vimos, até aqui, faz com que essas entidades se aproximem da caracterização dos institutos participativos sobre os quais versamos. No entanto, deve-se reconhecer, as mesmas não se formam pela iniciativa dos administrados. Muito embora as corporações profissionais contem com a

participação dos administrados como elemento ativo e estruturante de sua natureza jurídica, elas não nascem de sua iniciativa, ou melhor, não são fruto da vontade associativa dos particulares.

Além disso, apesar de as corporações profissionais serem essencialmente autogestionárias ou autogeridas, padecem de um hibridismo jurídico muito grande, o que torna difícil sua adequação à noção de “Terceiro Setor”,³⁰⁷ com a qual trabalhamos para conceituar os institutos participativos autônomos e vinculantes. Melhor dizendo, em que pese a lei declarar de direito privado a personalidade jurídica dessas entidades, as prerrogativas de direito público das quais elas gozam são tão pronunciadas (v.g. poder de taxar; de constituir terceiros em obrigação independentemente de sua anuência; de punir com a aplicação de sanções administrativas; “*imunidade*” — *sic* — tributária; prerrogativa de foro) que se torna impossível deixá-las fora do chamado “setor público”, ou, da Administração Pública Direta e Indireta, para utilizar a expressão do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Em suma, as corporações de regulamentação e fiscalização do exercício profissional, tanto quanto as organizações sociais e os serviços sociais autônomos aproximam-se muito dos institutos participativos de delegação atípica, cooperação ou de caráter autônomo e vinculante. Todos, entretanto, acabam por distanciar-se deste conceito, face o hibridismo excessivo de seu regime jurídico (a iniciativa estatal em sua criação; a presença estatal em sua direção; o excesso de prerrogativas de direito público que lhes são atribuídas). Somente uma alteração da disciplina legal dessas entidades poderá transformá-las em autênticos institutos de participação popular na Administração Pública.

307. O setor que não é público e não é empresarial (comercial ou industrial).

Capítulo 10

Conclusões

10.1 Um resumo das idéias defendidas no presente trabalho

Depois de todo o caminho percorrido, é possível resumir as conclusões deste trabalho.

Concluiu-se, primeiramente, que três fatores básicos fundamentam a adoção pelos ordenamentos jurídicos hodiernos dos institutos de participação popular na Administração Pública.

Em primeiro lugar, no plano político, a evolução da democracia, sua consagração pelo Direito Constitucional e, de certo modo, as dificuldades enfrentadas pelo modelo *liberal-representativo* produziram um terreno bastante fértil à proliferação da chamada *democracia participativa*. Esta, embora não simbolizasse o abandono dos institutos jurídicos da democracia representativa, importou na adoção de outros institutos jurídicos, voltados a tornar possível o *exercício ativo da cidadania*, impondo a abertura da Administração Pública à participação dos cidadãos.

Em segundo lugar, como constou da primeira parte deste estudo, a superação do chamado *paradigma weberiano*, ou ainda, a emergência de um novo modelo de organização da Administração Pública, para fazer frente às propaladas crises do Estado de Bem-Estar e do próprio Direito Administrativo, conduziram à regulamentação crescente de institutos de participação popular na Administração

Pública, com vistas voltadas à eficiência da atuação administrativa; à colaboração entre a sociedade e a Administração; à transparência da Administração e, afinal, à busca de consentimento e adesão dos administrados, cada vez mais necessários para a plena realização dos objetivos da função administrativa.

O derradeiro fundamento dos institutos participativos encontra-se no desenvolvimento de uma concepção material de Estado de Direito. Os institutos de participação popular na Administração Pública, deste ponto de vista, devem ser vistos como um dos instrumentos necessários à efetivação dos direitos fundamentais, ou dos direitos humanos, destinando-se ao aperfeiçoamento do controle da Administração Pública.

Na segunda parte deste trabalho, concluiu-se que a Constituição Federal brasileira trata da participação popular na Administração Pública como um verdadeiro princípio jurídico. Princípio implícito, pois não se encontra arrolado no *caput* do art. 37 ou em qualquer norma constitucional de forma expressa, mas é desvendado a partir da combinação de diversas normas constitucionais (art. 37, §3º, art. 10, art. 29, X, entre outras). Princípio derivado (subprincípio) ou conectado a outros princípios constitucionais, notadamente o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio da eficiência administrativa. Princípio de organização e estruturante da atividade da Administração Pública, pois conduz à formação de processos de decisão e de divisão de funções.

Ainda nessa parte, verificou-se a pertinência, do ponto de vista metodológico, de uma conceituação restrita da participação popular na Administração Pública. Dada a vastidão e, conseqüentemente, a indeterminação que adviria de uma noção mais ampla desses institutos, foram excluídos de seu conceito os **instrumentos jurisdicionais**, que possibilitem ao administrado exercer controle sobre as atividades da Administração Pública; foram excluídos, ainda, as **formas de participação contratuais** que, muito embora alcem o administrado à condição jurídica de colaborador da Administração Pública, veiculam a intenção lucrativa do particular e não a vontade graciosa de atuar em prol da sociedade, em prol do interesse público; e foram excluídos, por fim, por motivo análogo, o mero **exercício do direito de defesa**, que apesar de conceder ao administrado a faculdade de influenciar na decisão final da Administração Pública, numa dada lide, não mobiliza o interessado no sentido dos interesses da sociedade, mas, sim, na direção da preservação de seus interesses individuais.

Conceituam-se, pois, em traços genéricos, os institutos de participação popular na Administração Pública como instrumentos legalmente regulados, que possibilitem aos administrados diretamente, ou através de representantes escolhidos especificamente para este fim, tomar parte na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública e que visem tornar mais eficiente a atuação administrativa e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca da adesão, do consentimento e do consenso dos administrados e, afinal, da abertura e transparência dos processos decisórios.

Os institutos de participação popular na Administração Pública mais frequentes no direito brasileiro foram identificados e comparados com os institutos previstos no direito de outros países.

A segunda parte deste estudo, enfim, concluiu que muitos são os critérios de classificação dos institutos de participação popular na Administração Pública incorporáveis ao direito brasileiro, cuja utilidade encontra-se, basicamente, no fato de revelarem ao jurista as características e variações que cada instituto, na prática, pode assumir, a depender de sua regulamentação. Assim, os institutos participativos, no direito brasileiro, podem apresentar variações (1) quanto à força vinculante, ou quanto ao grau de poderes atribuídos diretamente aos administrados; (2) quanto à condição pessoal do administrado; (3) quanto à posição jurídica do administrado em face da Administração; (4) quanto à natureza da decisão a ser tomada pela Administração; (5) quanto à natureza jurídica e política da participação e (6) quanto à modalidade do procedimento adotado.

Nos três últimos capítulos do presente trabalho, foram analisados diferentes institutos participativos do direito brasileiro. Verificou-se preliminarmente a resistência esboçada pelo Supremo Tribunal Federal aos institutos de caráter vinculante (referendo, plebiscito, conselhos deliberativos e eleição para funções de chefia, direção ou confiança), concluindo que não há, de forma geral, antagonismo entre os institutos participativos vinculantes e os poderes privativos do Executivo (art. 84, da Constituição Federal), ou entre os princípios constitucionais da participação popular na Administração Pública e da repartição de poderes.

Os conselhos deliberativos possuem as seguintes características: (1) integração à estrutura orgânica da Administração Pública; (2) carência de

personalidade jurídica; (3) capacidade postulatória excepcional; (4) subordinação hierárquica; (5) irrestrita prerrogativa de informação; (6) decisões sujeitas a amplo controle jurisdicional; (7) presença de administrados e de representantes do Poder Público, escolhidos pela forma e na proporção indicadas por lei; (8) garantia de mandato aos conselheiros.

O referendo e o plebiscito podem ser utilizados como institutos de participação popular na Administração Pública, uma vez que a Constituição Federal não limita seu emprego ao processo legislativo. O referendo e o plebiscito administrativos, concluiu-se ainda, possuem os seguintes traços: (1) dispensam lei específica para sua convocação; (2) dispensam a regulamentação pelo Congresso Nacional do art. 49, XV, da Constituição Federal; (3) são organizados pela própria Administração Pública; (4) contam com voto facultativo; (5) a anulação de seus vícios ou o cumprimento de sua decisão podem ser requeridos perante o Judiciário.

Concluiu-se, também, pela constitucionalidade do preenchimento de funções de chefia, direção ou confiança, mediante eleição, em que pese a existência de precedentes contrários do Supremo Tribunal Federal. O processo eletivo para funções de chefia é adequado aos serviços descentralizados, cuja coletividade interessada na sua fruição e, portanto, na sua perfeita prestação, seja bem delimitada.

Sobre os institutos participativos não vinculantes (audiência pública, consulta pública, orçamento participativo, ouvidorias), concluiu-se, genericamente, que sua origem se encontra na ampliação do alcance jurídico do direito de informação e do direito de petição dos administrados (art. 5º, XXXIII e XXXIV, art. 37, *caput*, §§1º e 3º da Constituição Federal).

A audiência pública, muito embora não possua um regime jurídico perfeitamente delimitado, no Brasil, ante as poucas disposições constantes das leis gerais de processo administrativo, é faculdade genérica da Administração em casos de interesse geral (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 32) e formalidade prévia essencial à prática de alguns atos em nosso ordenamento (v.g. art. 39, combinado com o art. 23, I, c, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) e deve se realizar com a observância de algumas normas gerais, a saber: (1) amplo acesso dos interessados; (2) prévia divulgação da pauta de discussão; (3) oficialidade; (4) abertura, lealdade e imparcialidade na condução dos trabalhos; (5) economia e instrumentalidade processual.

Essas normas, por sua natureza, são igualmente aplicáveis às audiências do *orçamento participativo*.

Quanto à consulta pública, identificou-se sua previsão genérica, nos mesmos moldes que a audiência pública, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 31, e casos de sua adoção no Brasil, notadamente nos processos decisórios da Agência Nacional de Telecomunicações (art. 19, III, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997). O sucesso dessa proposição, justamente na regulamentação e fiscalização de um serviço público que comporta, hoje, os maiores investimentos privados, tem feito aumentar os casos de adoção desse instituto participativo pelo direito brasileiro.

A criação de ouvidorias, em diferentes órgãos da Administração Pública brasileira, inspiradas na figura do *ombudsman*, enfim, é mais um marco da adoção de institutos participativos que derivam da ampliação dos direitos constitucionais de informação e petição. Dos institutos tratados no presente estudo, a ouvidoria é o menos participativo, pois a atuação do administrado fica restrita à apresentação da reclamação. Apesar disso, o trabalho das ouvidorias tem sido bastante significativo, aperfeiçoando o controle de legitimidade da atuação da máquina administrativa.

Por fim, discutiu-se a existência, no direito brasileiro, de institutos de participação popular na Administração Pública vinculantes e autônomos. Esses institutos devem assumir o seguinte figurino: (1) configuram-se por meio da atuação de pessoas jurídicas privadas; (2) fruto da iniciativa de particulares; (3) autogestionárias ou autogeridas; (4) sem finalidade lucrativa; (5) formalmente reconhecidas pela Administração e que (6) colaboram na execução de atividades de interesse público, integrantes da função administrativa do Estado.

As ONGs (Organizações não Governamentais), cuja relevância das ações seja reconhecida expressamente pela Administração Pública, se enquadram perfeitamente entre esses institutos.

As entidades de utilidade pública preencheriam, em tese, a totalidade dos requisitos para serem consideradas verdadeiros institutos participativos, mas a deturpação política do processo de reconhecimento dessas entidades, no Brasil, tende a descaracterizar muitas delas.

Por outro lado, os chamados serviços sociais autônomos, as organizações sociais e as corporações de fiscalização do exercício profissional, muito embora se

aproximem das características dos institutos participativos vinculantes e autônomos, necessitam que evolua sua disciplina legal, para que venham a se enquadrar perfeitamente na categoria jurídica objeto do presente estudo. Os serviços sociais autônomos carecem de plena autonomia de gestão e de iniciativa de particulares na sua criação; as organizações sociais pecam pela presença ostensiva de dirigentes públicos em sua estrutura diretiva e as corporações de fiscalização do exercício profissional, enfim, não se originam, como também ocorre com os serviços sociais autônomos, da iniciativa dos particulares, partindo da lei o impulso de sua criação.

Essas foram, em perfunctório resumo, as idéias desenvolvidas, ao cabo do presente estudo.

10.2 As críticas à participação popular

Apesar de todo o exposto até aqui, as conclusões deste trabalho ficariam incompletas, caso não se comentasse as diversas críticas que os institutos de participação popular recebem de alguns teóricos.

O discurso crítico da participação popular possui, em suma, as seguintes matrizes: a inconveniência política; a paralisação administrativa; a imprecisão conceitual.

Na linha de atacar os institutos participativos por sua inconveniência política, alguns cientistas políticos peroram que os mecanismos de participação não passam de “slogans eleitorais, ritos formais para rivalizar com as burocracias paralisadas ou, então instrumentos excessivamente regulamentados para a integração do cidadão aos processos decisórios”.³⁰⁸

Ainda nessa linha, diz-se que a adoção desses institutos poderia conduzir ao fenômeno do “extremismo do participacionismo”, que, ao contrário de representar um avanço democrático, representaria um verdadeiro risco à democracia.³⁰⁹

308. Cf. WIENER, Celine; HAMON, Francis. *La Participación et les Activités Sociales et Culturales*, op. cit.

309. Cf. SARTORI, Giovanni, op. cit., v. 1, p. 222.

Na linha da paralisação administrativa, alega-se geralmente que o excesso de procedimentos, ou de conselhos, obstruem a rapidez necessária das decisões administrativas, tornando o sistema ineficiente.³¹⁰

Na linha, por fim, da imprecisão conceitual, pondera-se geralmente que o conceito de participação “equivoco e esvaziado ideologicamente”³¹¹ poderia dar lugar a expressões mais precisas dos objetivos e desafios atuais da Administração Pública, por exemplo “transparência administrativa”.³¹²

Todas essas críticas já foram implicitamente respondidas, no corpo deste trabalho.

A conveniência política da participação encontra-se demonstrada por encontrar-se ela na essência da democracia contemporânea. A utilização populista do slogan da participação, ou o fanatismo de alguns grupos pelo “participacionismo”, são vicissitudes que têm relação com os limites políticos do próprio regime democrático. Lembre-se que o sistema político liberal, puramente representativo, não conseguiu impedir a vitória populista, ou o surgimento e a hegemonia de grupos fascistas, que defendiam a participação, é bem verdade, mas numa perspectiva exclusivista e antidemocrática.

Os institutos de participação popular na Administração Pública, insista-se, têm como propósito a plena realização da democracia, em sua acepção contemporânea e, dessa forma, em nada lhe são inconvenientes.

Quanto à pretensa letargia provocada pelos procedimentos participativos ou pelo excesso de conselhos na Administração, há que se rememorar que os verdadeiros institutos de participação popular na Administração Pública não visam protelar ou retardar sua atuação. Muito ao contrário, esses institutos visam tornar mais eficientes as prestações de que se incumbe a Administração Pública, que não mais são convenientemente executadas à moda antiga, com base na imposição unilateral e no temor à punição, mas necessitam do consentimento, da adesão e da colaboração voluntária dos administrados.

310. Id., v. 1, p. 328-329.

311. Cf. MORÓN, Miguel Sanchez. *La Participación ...*, op. cit., p. 271.

312. Ibid.

Imobilista, recorde-se, tornou-se o modelo burocrático. A Administração participativa representa uma reação contra o imobilismo e a lentidão burocráticos. A participação, desde que corretamente inserida nos procedimentos decisórios, impulsiona a Administração à ação, legitima a atuação administrativa. Os conselhos que não decidem e os procedimentos construídos, acintosamente, para que as decisões não sejam tomadas, ou para que matérias polêmicas fiquem sendo eternamente discutidas, sem qualquer desdobramento final, são, na verdade, tristes exemplos de desvio de poder, melhor dizendo, de utilização dos institutos de participação popular com finalidade discrepante daquela ontologicamente a eles ligada: a eficiência da Administração Pública.

Mesmo a crítica conceitual da participação administrativa não pode ser levada a ponto de invalidar o importante papel que esta tem desempenhado nos mais diversos ordenamentos constitucionais e administrativos. Como visto, ainda que se admita a dificuldade e, até mesmo, desconfie-se da utilidade de dar à participação um conceito universalmente aceito e inquestionável, é possível restringir sua noção e identificá-la, com bom grau de precisão, a determinados institutos jurídicos.

10.3 O destino do provedor Antônio Cardoso de Barros

Ao escrever, em 1956, o prefácio da inestimável obra *História Administrativa do Brasil*, fruto inicial das pesquisas patrocinadas pelo antigo DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público), Pedro Calmon deixou registrada uma pequena parábola, baseada numa fictícia sobrevivência do Provedor Antônio Cardoso de Barros, dizendo:

Se o Provedor Antônio Carlos de Souza, que veio com Tomé de Souza, Matusalém do Tesouro Público, ele, bom funcionário, que acabou lastimavelmente às mãos (e nos dentes) dos antropófagos — sobrevivesse milagrosamente às sucessivas gerações e continuasse, com sua pena de pato, a escriturar, atrás da banca de exator pontual, os livros da contabilidade pública, numerando-os conforme os exercícios... lá continuaria, no volume quatrocentos e seis da sua escrita, sem ver motivo (como aquele chefe de seção de Machado de Assis) para lavrar com diferente letra os títulos do Deve e Haver. Sim senhores. Cal-

culemos que o probo sujeito varou o período difícil de 1549 — quando se lhe começam os lançamentos — até 1624, quando a sua repartição foi investida pelo vendaval da invasão estrangeira. Tomando sob o braço os manuscritos (ou recompondo-os depois, como foi possível) passou simplesmente a trabalhar fora da capital, nos acampamentos a que se recolhera a resistência; e mal venceu esta, tornou honradamente ao primitivo lugar. Aí ficou, pacientemente conservado, até as agitações da liberdade, que não lhe afetaram a estabilidade, as contas e o espírito. A liberdade (em 1822) aproveitou com jurídicos escrúpulos os escriturários do regime anterior, exatamente como sessenta e sete anos mais tarde a República, com análoga equanimidade, reteve nos cargos os serventuários da Monarquia. Mudaram os rótulos e os indivíduos, os reis na metrópole e os capitães gerais na colônia, as idéias na Europa e os sentimentos na América, os sistemas e os nomes; mudaram fórmulas, figuras, bandeiras, insígnias, místicas, compromissos, exterioridades, critérios, métodos, forças, tendências e destinos; mudaram os processos, os modos e fazer, os valores, a ordenação das coisas e até elas próprias, na desintegração prismática dos juízes; mudaram sobretudo os conceitos da vida (ou os ângulos pelos quais foi encarada através dos tempos). Somente ele não mudou. Ele, o serviço, ele, o tributo, ele, a presença do Poder, ele, o Estado, ou pessoalmente, o seu agente, esse Antônio Cardoso de Barros de todos os períodos, que continuou a pôr em coluna os algarismos e, se lograsse tão prodigiosa vida, legitimamente, necessariamente, protegido por quantos textos legais lhe ampararam a função desde 1549, estaria ainda a cobrar e a pagar, atrás de sua vulnerável banca de trabalho (hoje diríamos, do guichê do Erário).³¹³

313. Cf. CALMON, Pedro. Prefácio à Primeira Edição. In: *História Administrativa do Brasil*. Brasília: Funcep, 1984, p. 5-6.

A passagem simboliza, com imagens inesquecíveis, a inflexibilidade e o conservadorismo sobre os quais repousa a Administração Pública brasileira. Mudam as fórmulas, os discursos, as exterioridades, as formas, enfim; mas não se altera materialmente a Administração, a qualidade do serviço, o humor dos guichês, a burocracia e a falta de visibilidade no exercício do Poder.

Todas as idéias defendidas no presente estudo se opõem a esse atavismo conservador. A aplicação concreta dos institutos de participação popular na Administração Pública deve necessariamente conduzir a sua mudança. Transparência, colaboração do administrado, eficiência e, enfim, participação são fios condutores dessa mudança, que não deve estacionar nas aparências e nas formas, mas atingir a fundo os costumes autoritários, há séculos entronizados na Administração Pública brasileira.

É bem verdade que a história dos institutos de participação popular na Administração Pública brasileira encontra-se, ainda, no começo. Deste começo, certamente, muitos hão de desconfiar e, conseqüentemente, haverão de mal-dizer os institutos participativos. Outros encararão as primeiras experiências, boas ou más, com olhos diversos, como bem salientou Gordillo:

Para quienes piensan que la jerarquía y la autoridad no son valores absolutos sino en tanto y cuanto sirven al cumplimiento de fines superiores para toda la sociedad; para quienes piensen que la democracia no es sólo una forma de llegar al poder sino también una forma de ejercerlo; para quienes crean que toda la sociedad debe participar de tantas formas como sea posible en las decisiones públicas que van a afectar su forma de vida; para todos ellos, puede ser que tales experiencias muestren un ejemplo interesante para analizar críticamente y eventualmente perfeccionar con miras a su experimentación.³¹⁴

Estamos entre estes últimos. Cremos que o aprofundamento do processo democrático, que a compreensão e o cumprimento dos princípios e desígnios da Constituição de 1988 e, como conseqüência, a concretização dos institutos de participação popular na Administração Pública farão, mais cedo ou mais

314. Cf. GORDILLO, Augustín. *La Administración Paralela*, op. cit., p. 131.

tarde, cair a alta muralha que separa a Administração Pública, em nosso país, dos interesses maiores da sociedade.

Quem sabe, dessa forma, venhamos a permitir que o insigne Provedor Antônio Cardoso de Barros desfrute do merecido descanso.

Referências

- AIRES, Ildimar Cruz. O Programa de Implantação do Sistema Único de Saúde em Minas Gerais. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 3, 1996.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1996.
- ALVES, Alaôr Caffé. *Estado e Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira. *O Ombudsman e o Controle da Administração*. São Paulo: Edusp, 1993.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BEISSEL, Simone. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections au Luxemburg. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A Cidadania Ativa*. São Paulo: Ática, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BRAIBANT, Guy; QUESTIAUX, Nicole; WIENER, Céline. *Le Contrôle de l'Administration et la Protection des Citoyens*. Paris: Cujas, 1989.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Droit Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 1995.
- CAGGIANO, Mônica; HERMAN, Salem. *Oposição na Política*. São Paulo: Angelotti, 1995.
- CALMON, Pedro. Prefácio à Primeira Edição. In: *História Administrativa do Brasil*. Brasília: Funcep, 1984.

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- CANANEIA, Giacinto della. Le Citoyen et l'Administration. *Revue Française d'Administration Publique*, n. 67, p. 408/411, 1993.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.
- CASSESE, Sabino. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections en Italie. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984, p. 23/25.
- CASSESE, Sabino. Les Conditions de Participation du Citoyen à la Vie Administrative. In: DELPÉRÉE, Francis (Org.). *La Participation Directe du Citoyen à la Vie Politique et Administrative*. Bruxelles: Bruylant, 1986.
- CHEVALLIER, Jacques. *L'État de Droit*. Paris: Montchrestien, 1994.
- CHEVALLIER, Jacques. L'État de Droit. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, v. 2, p. 376, 1988.
- CHEVALLIER, Jacques. Le Droit Administratif entre Science Administrative et Droit Constitutionnel. In: *Le Droit Administratif en Mutation*. Paris: PUF, 1993.
- CHEVALLIER, Jacques. *Science Administrative*. Paris: PUF, 1994.
- CRETELLA JR., José. *Administração Indireta Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- DAHL, Robert A. *Poliarquia*. São Paulo: Edusp, 1997.
- DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Brasília: UNB, 2001.
- DAHL, Robert A. *Um Prefácio à Teoria Democrática*. Rio de Janeiro: Zahar, 1989.
- DALFINO, Enrico. Basi per il Diritto Soggettivo di Partecipazione. In: AMOROSINO, Sandro (Org.). *Le Transformazioni del Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1995.
- DALLARI, Adilson Abreu. Município e Participação Popular. *Revista de Direito Público*, n. 57-58, p. 209, 1981.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que É Participação Política*. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1993.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) et al. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

- DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- DROMI, Roberto. Renovación en el Derecho Público. In: *Transformaciones del Derecho Público*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1993.
- DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.
- DUBOIS, Françoise; ENGUÉLÉGUÉLÉ, Maurice; LEFÈVRE, Géraldine; LOISELLE, Marc. La Contestation du Droit Administratif dans le Champ Intellectuel et Politique. In: *Le Droit Administratif en Mutation*. Paris: PUF, 1993.
- DUVERGER, Maurice. *Eléments de Droit Public*. Paris: PUF, 1995.
- ENGUÉLÉGUÉLÉ, Maurice; DUBOIS, Françoise; LEFÈVRE, Géraldine; LOISELLE, Marc. La Contestation du Droit Administratif Dans le Champ Intellectuel et Politique. In: *Le Droit Administratif en Mutation*. Paris: PUF, 1993.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. Principes et Modalités de la Participation à la vie Administrative. In: DELPERÉE, Francis (Org.). *La Participation Directe du Citoyen à la vie Politique et Administrative*. Bruxelas, 1986.
- ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madri: Civitas, 1989.
- FAGUNDES, Seabra. Da Participação Popular na Aplicação dos Princípios Constitucionais Atinentes à Administração Pública. In: CONGRESSO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL, 16. *Anais...v. 1*.
- FARIA, José Eduardo. *A Crise Constitucional e a Restauração da Legitimidade*. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Necessidade de Participação Popular para a Efetividade da Justiça Criminal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) et al. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- FERRAZ, Sérgio. Organização do Estado. O Poder e a Sociedade. Participação do Povo no Processo Decisório. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 11., 1986. *Anais...*
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia Possível*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Revisão da Doutrina Democrática. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 1, 1994, p. 19/37.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FERRIER, Jean-Pierre. La Participation de Administrés aux Décisions de L'Administration. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, n. 3, 1974.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FIGUEIREDO, Rubens; LAMOURNIER, Bolívar. *As Cidades que Dão Certo*. Brasília: MH, 1996.
- FORSTHOFF, Ernst. Concepto y Esencia de Estado Social de Derecho. In: *El Estado Social*. Madrid: CEC, 1986.
- FREITAS, Oscar Xavier de. Participação Popular e Tribunal do Júri. Sistema de Controles. In: GRINOVER, Ada Pelegrini (Coord.) et al. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- FROMONT, Michel. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections en RFA. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984.
- FROMONT, Michel. La Participation et l'Aménagement de l'Espace. In: DELPÉRÉE, Francis (Org.). *La Participation Directe du Citoyen à la Vie Politique et Administrative*. Bruxelles: Bruylante, 1986.
- FROWEIN, Jochen. Les Référendums, Aspects de Droit Compare. In: DELPÉRÉE, Francis (Org.). *La Participation Directe du Citoyen à la Vie Politique et Administrative*. Bruxelles: Bruylante, 1986.
- GALBRAITH, John Kenneth. *A Cultura do Contentamento*. São Paulo: Pioneira, 1992.
- GELLHORN, Ernest; LEVIN, Ronald. *Administrative Law and Process*. St. Paul: West, 1990.
- GENDIN, Alvarez. *Tratado General de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosch, 1994.
- GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan de. *Orçamento Participativo – A experiência de Porto Alegre*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1997.
- GIANNINI, Massimo Severo. *El Poder Público – Estados y Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas, 1991.
- GLYNN, Patrick et al. A Globalização da Corrupção. In: ELLIOTT, Kinberly Ann (Org.). *A Corrupção e a Economia Global*. Brasília: UNB, 2002.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Ações Populares e Participação Política. In: GRINOVER, Ada Pelegrini (Coord.) et al. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. O Ouvidor-Geral. Uma Experiência Municipal. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 83, p. 250/258, 1987.
- GORDILLO, Agustín. *Después de la Reforma del Estado*. Buenos Aires: FDA, 1996.
- GORDILLO, Agustín. *La Administración Paralela*. Madrid: Civitas, 1997.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo – Parte General*. Buenos Aires: Macchi, 1995.
- GORDON, George J.; MILAKOVICH, Michael. *Public Administration in America*. New York: St. Martin's, 1995.

- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1997.
- HAMON, Francis; WIENER, Céline. La participation et les Activités Sociales et Culturelles. In: DELPÉRÉE, Francis (Org.). *La Participation Directe du Citoyen à la Vie Politique et Administrative*. Bruxelas, Bruylante, 1986.
- HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- HAYEK, F.A. *Droit, Législation et Liberté*. Paris: PUF, 1985.
- HELD, David. *Modelos de Democracia*. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.
- HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos*. São Paulo: Cia. das Letras, 1996.
- HOLMGREN, Kurt. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections en Suède. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984.
- JACOBI, Pedro. Participação e Gerência dos Serviços de Saúde: Desafios e Limites do Município de São Paulo. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 2, p. 32/43, 1992.
- JOIN-LAMBERT, Christian. Questions a l'Etat. In: *L'Etat Moderne et l' Administration*. Paris: LGDJ, 1994.
- KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- KONIJNENBELT, Willen. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections aux Pays Bas. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984.
- LAMOURNIER, Bolívar; FIGUEIREDO, Rubens. *As Cidades que Dão Certo*. Brasília: MH, 1996.
- LEITE, Lesley Gasparini. Entidade Privada de Benemerência – Declaração de Utilidade Pública. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 98, p. 273-274, 1991.
- LEJEUNE, Yves. L'Introduction du Référendum en Droit Belge. In: DELPÉRÉE, Francis (Org.). *La Participation Directe du Citoyen à la Vie Politique et Administrative*. Bruxelas: Bruylante, 1986.
- LEMASURIER, Jeanne. Vers une Démocratie Administrative: du Refus D'Informar au Droit D'être Informé. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, n. 5, p. 1.239/1.269, 1980.
- LEVI, Franco. Partecipazione e Organizzazione. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, v. II, 1977.
- LINCOLN, Abraham. *Great Speeches*. Nova York: Dover, 1991.
- LOMAR, Paulo José Villela; DI GIORGI, Beatriz M. Garboggini; PRUDENTE, Eunice A. de Jesus; MATSCHINSKE, Maria Liliane R. *O Direito de Participação Popular nas Constituições Federal e Estadual e nas Leis Orgânicas dos Municípios da Região Metropolitana da Grande São Paulo*. 1993. Disponível em dois tomos na Biblioteca do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

- MASHAW, Jerry; MERRIL, Richard; SHANE, Peter. *Administrative Law – The American Public Law System*. St. Paul: West, 1994.
- MATHIOT, André. Bureaucratie et Démocratie. In: *Pages de Doctrine*. Paris: PUF, 1980, v. 1.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1993, t. IV.
- MODEEN, Tore. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections en Filande. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984.
- MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil. In: *Papers da Reforma*, 1998. Disponível em: <<http://www.mare.gov.br>>.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1988.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- MOREIRA, Vital. *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.
- MORÓN, Miguel Sánchez. *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1980.
- MORÓN, Sanches. Notas Sobre la Función Administrativa. In: PEDRIERI, Alberto; ENTERRÍA, García de (Org.). *La Constitución Española de 1978*. Madri: Civitas, 1984.
- NASSUNO, Marianne. Organização dos Usuários, Participação na Gestão e Controle das Organizações Sociais. *Revista do Serviço Público*, Brasília, n. 1, p. 27/42, 1997.
- NIGRO, Mario. Il Nodo della Partecipazione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, n. 1, 1980.
- OFFE, Claus. *Capitalismo Desorganizado*. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- OFFE, Claus. *Capitalismo Desorganizado*. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de Oliveira. As Audiências Públicas e o Processo Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, n. 15, 1997.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Instrumentos Brasileiros de Defesa e Participação dos Administrados. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 677, 1992.

- ORIANNE, Paul. La Participation et les Activités Économiques. In: DELPÉRÉE, Francis (Org.). *La Participation Directe du Citoyen à la Vie Politique et Administrative*. Bruxelas: Bruylante, 1986.
- OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o Governo*. São Paulo, Comunicação, 1992.
- PALOCCI FILHO, Antônio. *Dando a Volta por Cima*. São Paulo: Scritta, 1996.
- PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, Participação e Processo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini (Coord.) et al. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madri: Editorial CERA, 1988.
- PINHEIRO, Roseni. A Dinâmica dos Conselhos Municipais de Saúde do Estado do Rio de Janeiro. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 5, p. 64/98, 1996.
- PONTIER, Jean-Marie. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections en France. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984.
- RAWS, John. *Justice et Démocratie*. Paris: Seuil, 1996.
- RIDLEY, F. F. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections en Grande-Bretagne. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984.
- RIVERO, Jean. A Propos des Métamorphoses de l'Administration d'Aujourd'hui. In: *Pages de Doctrine*. Paris: PUF, 1980, v. I.
- RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1994.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- RODRIGUES DO AMARAL, Antônio Carlos. As Relações Governamentais e a Democracia Participativa. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 16, 1996.
- RODRIGUES FILHO, José. Participação Comunitária e Descentralização dos Serviços de Saúde. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, p. 119/129, 1992.
- SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a Democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SANTOS, Selene Herculano dos; VIRGENS, Luiz Marcolino Souza das. Os Conselhos Governo-Comunidade: Teoria e Realidade. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, 1989.
- SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada*. São Paulo: Ática, 1994, v. 1.
- SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madri: Alianza, 1992.
- SILVA, Fernando Diogo da. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections em Portugal. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

- SMITH, Eivind. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections en Noruège. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984.
- SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito Administrativo de Participação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SOLER, Salvador. *Poder Local, Participação Popular, Construção da Cidadania*. Depoimento em trabalho org. por Renata Villas-Bôas e Vera Telles, brochura disponível na biblioteca do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da USP.
- SPILIOTOPOULOS, Epaminondas. Contrôle Juridictionnel et Nouvelles Protections en Grèce. In: DEBBASCH, Charles (Org.). *Administration et Administrés en Europe*. Paris: ECNRS, 1984.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SUSTEIN, Cass R. *After the Rights Revolution – Reconceiving the Regulatory State*. Harvard, 1990.
- TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 1/6, 1997.
- TÁCITO, Caio. Ombudsman – O Defensor do Povo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 85, 1988.
- TIMSIT, Gérard; BELLOUBET-FRIER, Nicole. La Administration en Chantiers. *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, Extrait, Paris, 1994.
- TOFFLER, Alvin. *O Choque do Futuro*. 5. ed. São Paulo: Record, 1994.
- VEDEL, Georges; DELVOLVE, Pierre. *Le Système Français de Protection des Administrés Contre l'Administration*. Paris: Sirey, 1991.
- VEDEL, Georges; DELVOLVE, Pierre. *Droit Administratif*. Paris: Puf, 1992.
- VENUTO, Adriana; BATISTA, Cláudia de Cássia. O Programa de Implantação do Sistema Único de Saúde em Minas Gerais. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 3, p. 5/18, 1996.
- VIRGENS, Luiz Marcolino Souza das; SANTOS, Selene Herculano dos. Os Conselhos Governo-Comunidade: Teoria e Realidade. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 9/16, 1989.
- VIRGILIIS, Olavo de. Considerações em Torno da Personalidade Jurídica do SESI. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 278, p. 385-386, 1982.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) et al. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica, 1996.
- WIENER, Céline; HAMON, Francis. La Participation et les Activités Sociales et Culturelles. In: DELPÉRÉE, Francis (Org.). *La Participation Directe du Citoyen à la Vie Politique et Administrative*. Bruxelas: Bruylante, 1989.
- WIENER, Céline; QUESTIAUX, Nicole; BRAIBANT, Guy. *Le Controle de l'Administration et la Protection des Citoyens*. Paris: Cujas, 1989.

Índice Remissivo

- Abertura, lealdade, imparcialidade – 8.2.
Abuso do poder – 3.1.
Ação popular – 5.1.
Administração pública gerencial – 2.2.
Agência nacional de energia elétrica – 5.3.
Agência nacional de telecomunicações – 5.3.
Agência nacional do petróleo – 5.3.
Ampla defesa – 8.2.
Art. 10 da CF – 4.2.
Art. 187 da CF – 4.2.
Art. 194 da CF – 4.2.
Art. 198 da CF – 4.2.
Art. 1º da CF – 4.1., 7.1.
Art. 204 da CF – 4.2.
Art. 205 da CF – 4.2.
Art. 206 da CF – 4.2., 7.4.
Art. 225 da CF – 4.2.
Art. 227 da CF – 4.2.
Art. 29 da CF – 4.2.
Art. 37 da CF – 4.1., 7.4., 8.1.
Art. 49, X da CF – 7.2.
Art. 5º, XXXIII e XXXIV da CF – 8.1.
Art. 84 da CF – 7.1., 7.2.
Assistência social – 4.2.
Atividades da administração pública – 2.1.
Audiência pública – 5.3., 8.2.
Burocracia – 2.2.
Capacidade postulatória dos conselhos – 7.2.
Classificação dos institutos de participação – 6.1., 6.2., 6.3.
Clientelismo – 1.1.
Colaboração técnica – 6.1.
Comissão coordenadora regional de pesquisas na Amazônia – 5.3.
Comitê do fundo nacional do meio ambiente – 5.3.
Comitê nacional dos refugiados – 5.3.
Concessionários de serviços públicos – 8.2.
Conferência nacional de saúde – 5.3.
Conselho consultivo da agência nacional de telecomunicações – 5.3.
Conselho curador do fundo de desenvolvimento social – 5.3.
Conselho curador do fundo de garantia – 5.3.
Conselho de alimentação escolar – 5.3.
Conselho de comunicação social – 5.3.
Conselho de saúde – 5.3.
Conselho deliberativo da política do café – 5.3.
Conselho deliberativo da Sudam – 5.3.
Conselho deliberativo da Sudene – 5.3.
Conselho deliberativo do fundo de amparo do trabalhador – 5.3.
Conselho federal gestor do fundo de defesa dos direitos difusos – 5.3.
Conselho gestor do cadastro nacional do trabalhador – 5.3.
Conselho monetário nacional – 5.3.

Conselho nacional de assistência social – 5.3.
 Conselho nacional de ciência e tecnologia – 5.3.
 Conselho nacional de educação – 5.3.
 Conselho nacional de informática e automação – 5.3.
 Conselho nacional de recursos hídricos – 5.3.
 Conselho nacional de seguridade social – 5.3.
 Conselho nacional de turismo – 5.3.
 Conselho nacional de vitivinicultura – 5.3.
 Conselho nacional do idoso – 5.3.
 Conselho nacional dos direitos da criança e do adolescente – 5.3.
 Conselho nacional dos direitos da mulher – 5.3.
 Conselhos, comissões e comitês – 5.3., 7.2.
Conservation – 5.4.
 Consulta pública – 8.3.
 Contrato de gestão – 9.5.
 Controle da administração – 3.4., 7.2.
 Controle político da administração – 5.1.
 Coronelismo – 1.1.
 Corporações de fiscalização do exercício profissional – 9.6.
 Criação de institutos participativos – 5.2.
 Criança e adolescente – 4.2.
 Crise do direito administrativo – 2.2.
 Crise do Estado de Bem-Estar – 2.2.
 Cultura do diálogo – 2.2.
 Defesa procedimental – 6.1.
 Delegação atípica – 9.1.
 Democracia participativa – 1.2., 1.3., 5.1.
 Democracia representativa – 1.1., 5.1.
 Democracia semidireta – 1.2.
 Desconcentração administrativa – 7.2.
 Devido processo legal – 5.1., 8.2.
 Direito de informação – 8.1.
 Direito de petição – 8.1.
 Direitos fundamentais – 1.1., 3.2.,
 Direitos humanos – 3.3.
 Discricionariedade administrativa – 3.3.
 Eficiência administrativa – 2.1., 4.3., 4.4.
 Eleição para cargos em conselhos – 7.2.
 Eleição para funções de direção – 5.3., 7.4.
 Emenda Constitucional nº 19 – 1.2., 4.3., 7.4.
Enquête – 5.3., 5.4., 8.3.
 Entidades de utilidade pública – 9.3.
 Estado de Bem-Estar – 2.1., 2.3.
 Estado de Direito – 3.1., 3.2., 3.3., 3.4., 4.4., 7.1.
 Estado de pluralidade de classes – 5.1.
 Estado Democrático – 1.1., 1.1., 1.2., 3.1., 4.4., 7.1.
 Estado Providência – 2.1.
 Estatuto das cidades – 5.3.
 Freios e contrapesos – 7.2.
 Função de confiança – 7.4.
 Funções estatais – 1.1.
 Gestão democrática do ensino – 4.2., 7.2., 7.4.
 Intervencionismo estatal – 1.1., 2.1.
 Legalidade – 3.1., 3.3., 3.4.,
 Legitimidade – 2.2., 3.4.,
 Lei de responsabilidade fiscal – 5.3.
 Liberalismo – 1.1.
 Licitações – 5.3.
 Mediação de conflitos sociais – 5.1.
 Neoliberalismo – 2.2.
Ombudsman – 5.4., 8.5.
 Orçamento participativo – 5.3., 8.4.
 Ordem dos Advogados do Brasil – 9.6.
 Organização Não Governamental – 9.2.
 Organização social – 4.2., 5.3., 9.5.
 Ouvidoria pública – 5.3., 8.5.
 Paradigma *weberiano* – 2.2., 2.3.,
 Participação consultiva – 6.1.
 Participação cooperativa – 6.1., 6.3., 9.1.
 Participação de trabalhadores – 4.2.

- Participação devolução – 6.1., 9.1.
Participação direta ou pessoal – 6.1., 6.2., 6.3.
Participação funcional – 6.1., 6.3.
Participação ideológica – 6.1.
Participação indireta – 6.2., 6.3.
Participação interna, externa e inter-orgânica – 6.1., 6.3.
Participação na fase decisória – 6.2.
Participação na fase preparatória – 6.2.
Participação não vinculante – 6.1., 6.3.
Participação negociação – 6.1.
Participação no judiciário – 1.3., 3.4.
Participação no legislativo – 1.3., 3.4.
Participação orgânica – 6.1., 6.3.
Participação pericial – 6.1.
Participação psicológica – 6.1.
Participação vinculante – 6.1., 6.3., 7.1.
Participação vinculante e autônoma – 6.1., 6.3.
Petições coletivas – 5.4.
Planejamento da política agrícola – 4.2.
Planejamento econômico – 2.1.
Planejamento municipal – 4.2.
Plebiscito administrativo – 5.3., 7.3.
Política cultural – 2.3.
Política econômica – 2.3.
Política pública – 5.1.
Preservação do meio ambiente – 2.3., 4.2.
Princípio da participação – 1.2., 1.3., 4.4.
Princípio da publicidade – 8.1.
Princípios de organização – 4.1.
Princípios implícitos e explícitos – 4.4.
Princípios, normas e regras jurídicos – 4.1.
Procedimento administrativo – 5.1.
Procedimento de informação pública – 5.4.
Recurso hierárquico das decisões dos conselhos – 7.2.
Referendo administrativo – 5.3., 7.3.
Reforma administrativa – I.2., 2.2., 4.3.
Revogação das decisões dos conselhos – 7.2.
Seguridade social – 4.2.
Separação de poderes – 7.1.
Serviços públicos – 2.1.
Serviços públicos de saúde – 4.2., 5.3.
Serviços sociais autônomos – 9.4.
Simplificação administrativa – I.2.
Sobrecarga da administração pública – 2.1.
Status Activae Civitatis – 1.3., 4.1.
Teoria dos jogos – 5.1.
Transparência administrativa – I.2., 2.3., 8.1.
Usuários de serviços públicos – 8.2.
Welfare State – 2.1.