

4

LEGITIMIDADE REFORÇADA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1

Legalidade e legitimidade: teorias sobre a legitimidade do Direito

Até o presente momento, o trabalho procurou descrever analiticamente a releitura do princípio da legalidade administrativa. Ocorre que a legitimidade da atuação estatal também passa por um processo de mudança, o que gera conseqüências importantes para o Direito Administrativo.

Diversas teorias e importantes autores procuraram, ao longo da história, explicar a legitimidade do Direito. Em verdade, o termo “legitimidade” não apresenta significado unívoco, admitindo, pelo menos, duas acepções: a) em primeiro lugar, expressa a idéia de fundamentação normativa do poder estatal (“legitimidade propriamente dita”) e b) de outro lado, significa os meios utilizados pelas autoridades constituídas para conseguirem o consenso ou a aceitação social (legitimação).¹ Em uma acepção abrangente, citada por Simone Goyard-Fabre, a legitimidade “constitui uma proteção contra o capricho ou a anarquia, contra a arbitrariedade ou a insensatez”.²

Diversos modelos de legitimidade surgiram ao longo da história, o que demonstra também uma profunda divergência teórica no que tange à relação entre legitimidade e legalidade.

Na antiguidade clássica, a idéia germinal da legitimidade do poder fundava-se em critérios teocêntricos, espacialmente na observância da tradição e no respeito à autoridade do sagrado.³

¹ DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. *Teoria da legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*, São Paulo: Landy, 2006, p. 30.

² GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 273.

³ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275; DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. *Teoria da legitimidade do*

Esse jusnaturalismo divino é substituído, com o *Leviatã* de Hobbes, por um direito natural racional que legitimará, após um procedimento contratualista (contrato social), a instituição das leis positivas. Essa visão racional vai ser confirmada depois com Rousseau e na Revolução Francesa de 1789. Transmuda-se, com isso, de uma legitimidade baseada no sagrado e nas qualidades especiais de uma pessoa para uma legitimidade contratualista, preponderantemente racional.

Posteriormente, o advento do positivismo jurídico no século XIX, gerador do apego exagerado à lei, vai enfraquecer a idéia de legitimidade que perderia, naquele momento, o seu conteúdo substancial de ordem moral.⁴ Na lição de Norberto Bobbio:

“Com o advento do positivismo jurídico, o problema da legitimidade foi completamente subvertido. Enquanto segundo todas as teorias precedentes o poder deve estar sustentado por uma justificação ética para poder durar, e portanto a legitimidade é necessária para a efetividade, com as teorias positivistas abre caminho a tese de que apenas o poder efetivo é legítimo.”⁵

Max Weber justificava a dominação legítima, que gerava a permanência do poder, a partir de princípios de autoridade racionais, tradicionais e afetivos. Em consequência, ao tratar da dominação legítima, sob o enfoque da sociologia, Weber explicitou, com pretensão de neutralidade valorativa, que a legitimidade admite historicamente três modelos: a) legitimidade racional-legal: a legitimidade decorreria do cumprimento das regras e procedimento legais; b) tradicional: baseada na crença das tradições, dos costumes e do sagrado; c) carismática: fundada na crença, confiança ou fascínio na personalidade, carisma ou no heroísmo de um líder.⁶

Como visto, especialmente com o advento do positivismo jurídico, a concepção racional-legal de legitimidade explica a dominação nos Estados modernos e acarreta, na visão de Max Weber, uma espécie de “desencantamento

Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna, São Paulo: Landy, 2006, pp. 36-37.

⁴ DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. *Teoria da legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*, São Paulo: Landy, 2006, p. 40.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*, 11ª. edição, São Paulo: Paz e Terra, 2004, pp. 91-92.

⁶ WEBER, Max. *Economia e sociedade*, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

do mundo”, vez que a magia e os mitos foram substituídos pela cientificidade e burocracia.⁷

A legalidade, nesta ótica racionalista, seria uma espécie de “modelo moderno da legitimidade”.⁸ No positivismo Kelseniano, o princípio da legitimidade se confunde com a própria validade das normas jurídicas. A partir do momento em que uma norma se insere validamente na pirâmide normativa, ela será legítima.⁹ Afasta-se, com essa visão, qualquer critério valorativo ou moral do campo da legitimidade, aproximando-a da própria noção de legalidade.

Essa identidade entre legitimidade e legalidade é combatida principalmente após a Segunda Guerra Mundial, momento em que o mundo presenciou tempos de escuridão supostamente legitimados por uma ordem jurídica constituída.

Guglielmo Ferrero, na clássica obra *Poder, os gênios invisíveis da Cidade*, vai contestar a legitimidade racional e sua identificação com a legalidade. Após apresentar quatro princípios que justificariam o acesso e permanência no poder (hereditário, eletivo, aristo-monárquico e democrático), Ferrero afirma que nenhum governo nasce legítimo, já que a legitimidade dependeria do decurso do tempo e da aceitação, obediência, da população. O autor considera que cada período histórico teve o seu princípio de legitimidade, sendo certo que o século XX é marcado pela legitimidade democrática, mas com uma aplicação “às avessas”: ao invés do governo fundamentar seu poder na soberania do povo, ele inventa uma pretensa vontade popular que gera poderes arbitrários e conduz à guerra.¹⁰ Em síntese, Ferrero pretende demonstrar que a legitimidade é basicamente um princípio político (e não jurídico).

Ao contrário de Weber que adota uma visão sociológica da legitimidade, Ferrero vai abordar esse importante tema a partir de considerações históricas e políticas. Em sua visão, a legitimidade seria um remédio contra o “medo do poder” que aflige governantes e governados. Nas palavras de Antonio Carlos de

⁷ Idem.

⁸ - GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 282.

⁹ - KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*, 4ª. edição, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 171.

¹⁰ - GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 287.

Almeida Diniz, a “legitimidade é o recurso de que se deve valer o poder para exorcizar o medo e a desconfiança recíprocos”.¹¹

Noberto Bobbio, ao tratar da fundamentação do poder, coloca o problema da legitimidade como uma forma de se evitar um governo baseado exclusivamente na força.¹² O poder político deve ter uma justificação ética, o que acarreta a formulação dos denominados “princípios de legitimidade”, divididos em três grandes categorias, cada uma delas formada por dois princípios antitéticos: a vontade, a natureza e a história.¹³

A primeira categoria (doutrinas voluntaristas) refere-se à uma vontade superior: os governantes podem receber o poder de uma autoridade divina ou do povo. Utilizando-se da figura de uma pirâmide, Bobbio demonstra que o poder fundamentado na autoridade divina tem uma concepção descendente, pois o poder desce do vértice à base. Já na concepção ascendente do poder, em que ele sobe da base ao vértice, a autoridade última do poder é a vontade do povo.¹⁴

Quanto à segunda categoria (doutrinas naturalistas), a natureza é o instrumento de legitimidade do poder. O primeiro princípio de legitimidade, aqui, está relacionado com a natureza como força originária, que estabelece, sem qualquer vinculação com a vontade humana, quem deve comandar (fortes, sábios) e quem deve obedecer (fracos, ignorantes). O outro princípio de legitimidade seria justificado com a natureza enquanto ordem racional. Os jusnaturalistas modernos, adeptos desta visão racional, identificam as leis naturais com as leis da razão.¹⁵

Por fim, a terceira categoria apontada por Bobbio (doutrinas históricas) fundamenta o poder estatal ora na tradição histórica, em que o soberano legítimo seria “aquele que exerce o poder desde tempo imemorial”, ora no uso prolongado da força (“prescrição histórica”).¹⁶

¹¹ DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. Teoria da legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna, São Paulo: Landy, 2006, p. 155.

¹² Segundo Norberto Bobbio, se um governo fosse baseado apenas na força, não se teria como distinguir o poder político do poder de um “bando de ladrões”. BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade, 11ª. edição, São Paulo: Paz e Terra, 2004, p.87.

¹³ BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade, 11ª. edição, São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 89.

¹⁴ Op.cit.

¹⁵ Op.cit. p.90.

¹⁶ Em relação à teoria da prescrição histórica, Bobbio se vale da lição de Edmund Burke.

Após enunciar os seis princípios de legitimidade, divididos nas três categorias acima citadas, Bobbio demonstra que a legitimidade está estreitamente vinculada à obrigação política, vez que apenas existiria dever de obediência ao poder legítimo, sendo consagrado um direito de desobediência (resistência) ao poder ilegítimo.¹⁷

Charles Eisenmann, desconectando a legitimidade da legalidade, afirma que, sob o aspecto jurídico, a legitimidade passa por um acordo com determinado ordenamento normativo, mas não pode se resumir à essa relação, sob pena de se consagrar uma legitimidade formalista.¹⁸ O problema, no entanto, de se estabelecer um conteúdo valorativo para a legitimidade é o risco de se retornar à concepções jusnaturalistas e consagrarem-se opções ideológicas de caráter metajurídico.

Outro estudo importante sobre o tema encontra-se na obra *Legalidade e legitimidade* de Carl Schmitt.¹⁹ Ao escrever sobre a legitimidade de uma Constituição, o autor, destoando dos ensinamentos de Hans Kelsen, afirma que a legitimidade do texto constitucional não depende de sua criação em conformidade com as leis vigentes naquele período. O Poder Constituinte, no momento da elaboração da Constituição, teria a liberdade de estabelecer a disciplina normativa e a organização política do Estado. Historicamente, afirma Schmitt, seriam admissíveis duas formas de legitimidade: a dinástica, apoiada na autoridade do rei, e a democrática, sustentada na vontade popular.

A legitimidade da atuação do Estado, na visão de Schmitt, repousa no poder estatal de decisão²⁰, inclusive em momentos de exceção em que o Estado pode fazer leis, contrariando, se for o caso, a legalidade vigente. Esse poder decisório que legitima o Estado decorre da necessidade de continuidade da

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*, 11ª. edição, São Paulo: Paz e Terra, 2004, p.91.

¹⁸ EISENMANN, Charles. La légitimité juridique des gouvernements, In: *La légitimité*, Paris: PUF, 1967, p. 123.

¹⁹ SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*, Madri: Aguilar, 1971.

²⁰ Nas palavras de Antonio Carlos Diniz, “Carl Schmitt, numa vertente neo-hobbesiana, relacionará a legitimidade da construção normativa com a própria autoridade política decisionista. *Auctoritas non veritas facit legem* é o lema hobbesiano sempre enfatizado por Schmitt.” DINIZ, Antonio Carlos Diniz, *Legitimidade*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*, Coord.: Vicente de Paulo Barreto, Rio Grande do Sul: Editora Unisinos, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 516.

comunidade política que se encontra ameaçada em momentos de crise. Nessa esteira, a legitimidade não se confundiria com a legalidade.

Merece destaque, ainda, nessa ilustração das importantes teorias que surgiram ao longo da história para justificar a legitimidade, que estaria intimamente ligada à própria organização estatal e ao exercício do poder político, a análise sucinta da teoria discursiva do Jürgen Habermas. O filósofo alemão entende ser a legitimidade o principal instrumento de coesão social.

Habermas afirma que a teoria política não resolveu de forma satisfatória a tensão entre a soberania do povo e os direitos humanos: a) soberania do povo: os direitos à comunicação e à participação seriam responsáveis pela garantia de autonomia dos cidadãos, garantindo resultados legítimos; b) direitos humanos clássicos: garantem aos cidadãos a autonomia privada (liberdade) para seguirem seus projetos pessoais e fundamentam uma soberania das leis que seriam legítimas por si mesmas. Enquanto o republicanismo priorizou a autonomia pública dos cidadãos, o liberalismo enfatizou a autonomia privada (prevalência dos direitos humanos).²¹

Como solução, Habermas defende uma interdependência entre a autonomia pública e a privada. Nessa linha de pensamento, as regulamentações seriam consideradas legítimas a partir do momento em que elas pudessem ser aceitas por todos os eventuais implicados que participassem de um discurso racional. É justamente dentro dos discursos que os cidadãos poderão formar uma vontade política racional. Os direitos humanos, nesse ponto, institucionalizariam as condições ideais para a formação dessa vontade política, possibilitando o exercício da soberania popular. Essa correlação necessária entre autonomia privada e pública é assim sintetizada pelo autor:

“Dessa maneira, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente. O nexos interno entre democracia e Estado de direito consiste em que se, por um lado, os cidadãos só podem fazer uso adequado de sua autonomia pública se forem suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada que esteja uniformemente assegurada; por outro, só podem usufruir uniformemente a

²¹ - HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: *Direito e legitimidade*, São Paulo: Landy, 2003, p. 70.

autonomia privada se, como cidadãos, fizerem o emprego adequado dessa autonomia política.”²²

Como conseqüência, a legitimidade não pode advir de um “direito moral superior”, mas sim de um processo discursivo racional, em que exista o assentimento de todos os possíveis atingidos pela regulamentação, participantes do discurso racional.²³ Os próprios participantes institucionalizariam os pressupostos comunicativos e os procedimentos necessários para a formação da vontade política. O uso público da razão seria garantido pelos direitos à comunicação e à participação.

4.2

O princípio da participação administrativa: por uma legitimidade reforçada da Administração Pública

A constitucionalização do Direito Administrativo exige que a Administração Pública efetive a Constituição da República. Para tanto, a Administração, não raras as vezes, deverá conciliar, ponderar, os diversos interesses privados ou públicos em jogo a fim de atender, com maior eficiência, a vontade constitucional.

O destaque no processo de constitucionalização, todavia, não é a mera inserção de dispositivos específicos relativos a alguns institutos específicos do Direito Administrativo no texto constitucional, mas sim a consagração de princípios administrativos (princípios setoriais²⁴), tais como os previstos no art. 37, caput: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Da mesma forma, revela-se de fundamental importância a atualização do Direito Administrativo à luz da cláusula do Estado Democrático de Direito, consagrada no art. 1º da Constituição da República.

²² HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direito humanos. In: *Direito e legitimidade*, São Paulo: Landy, 2003, pp. 71/72.

²³ HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Vol. II, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 319.

²⁴ Luis Roberto Barroso divide os princípios constitucionais em fundamentais, gerais e setoriais. Os princípios fundamentais são aqueles que revelam decisões políticas estruturais do Estado (ex: princípio federativo, do Estado democrático de direito, etc.). Já os princípios gerais são importantes especificações dos princípios fundamentais (ex: princípio da legalidade, da isonomia, etc.). Por fim, os princípios setoriais referem-se a determinado tema constitucional (ex: princípios da Administração Pública, etc.). BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 3ª. edição, São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 150 e segs.

Enquanto no Estado de Direito a Administração Pública submetia-se à legalidade, hoje, no Estado Democrático de Direito, além do respeito à lei e à Constituição, deve a atividade administrativa pautar-se por uma legitimidade reforçada. O Direito Administrativo que outrora satisfazia-se com o princípio da legalidade, hoje requer ainda o respeito à legitimidade.

O estudo da legitimidade do Direito passa, indubitavelmente, pela compreensão do princípio democrático em sede administrativa. A legitimidade do Direito Administrativo, além de exigir o respeito aos direitos fundamentais, relaciona-se com a democratização da atuação administrativa.

Supera-se o modelo liberal “agressivo”²⁵ de atuação da Administração por mecanismos consensuais de satisfação do interesse público. Em outras palavras: a Administração Pública deixa de ser vista como um perigo para a sociedade e passa a ser vista como parceira. Em consequência, na eterna tensão entre autoridade e liberdade, a Administração Pública passa a atuar de forma concertada com a sociedade, evitando o uso da coerção e prestigiando o uso do consenso.

Nesse contexto, o denominado “princípio da supremacia do interesse público”²⁶ dá lugar à necessidade de ponderação dos interesses envolvidos na atuação administrativa, seja pelo fato de existirem vários “interesses públicos”, seja pelo fato da Constituição da República consagrar direitos fundamentais que devem ser respeitados e promovidos pelo Estado. Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto ocorre a “passagem de um viciosa relação de supremacia a uma virtuosa relação de ponderação”.²⁷

Com a chegada do “Estado pluriclasse”²⁸, o atendimento aos diversos interesses sociais, por parte do Estado, deve ser desempenhado de forma a compatibilizá-los através da técnica da ponderação²⁹.

²⁵ Segundo Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva: “O modelo normal (praticamente exclusivo) de actuação da Administração Pública era o acto administrativo. Ele era visto como uma manifestação autoritária do poder estadual relativamente a um particular determinado.” SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em busca do acto administrativo perdido, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, P. 40.

²⁶ Com relação à desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, vide: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 231, 2003, p. 142.

²⁸ GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid: Ministerio para las Administraciones Publicas (MAP), 1991, pp. 76 e segs.

²⁹ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, 1ª. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

Democratizar o Estado significa que a sua atuação deve corresponder ao máximo à vontade do povo.³⁰ Com a crise da noção de democracia representativa (indireta), exercida por representantes eleitos, ganha força a defesa da institucionalização de instrumentos de democracia direta ou semi-direta aptos a aproximar o Estado da sociedade.

No âmbito do Direito Administrativo, a participação do cidadão na atuação administrativa é a forma de se concretizar o princípio do Estado Democrático de Direito, conferindo uma legitimidade renovada à Administração.

Dentre os fundamentos filosóficos da participação popular na Administração, a teoria do discurso de Jürgen Habermas e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy destacam-se na atualidade.

Uma das preocupações centrais de Habermas é legitimar o Direito através da adesão dos cidadãos aos procedimentos de sua criação, uma vez que o ordenamento não pode subsistir apenas pelo uso (potencial) da força. A racionalidade comunicativa habermasiana é essencialmente procedimental e reflexiva, na medida em que as pessoas devem obedecer às regras do discurso e as suas idéias devem ser defensáveis através de argumentos.³¹

Sob inspiração Kantiana, a teoria do discurso defendida por Habermas resgata a razão prática, mas acrescenta regras procedimentais que irão regular a interação comunicativa.³² Desta forma, segundo o imperativo categórico de Habermas, “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.”³³ O Direito legítimo, em razão da sua impossibilidade de auto-reprodução, precisa estar aberto para as manifestações do espaço público, sendo

³⁰ O federalista James Madison, já no século XVIII, ressaltava: “Como o povo é a única fonte legítima de poder, e é dele que provém a carta constitucional sob o qual vários braços do governo detém seu poder, parece estritamente compatível com a teoria republicana recorrer a essa autoridade original, não só sempre que for necessário aumentar, diminuir ou remodelar os poderes do governo, mas também sempre que um deles possa usurpar as competências constitucionais dos outros.” MADISON, James. Op. cit., p. 343.

³¹ “A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral.” HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Vol. I, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.32.

³² Neste sentido: NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.282.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Vol. I, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.142.

este considerado um “canal de transmissão dos impulsos comunicativos gerados no mundo da vida às instâncias formais de tomada das decisões.”³⁴

Nesse contexto, a autonomia pública e a privada caminham de mãos dadas, uma vez que somente com a garantia desta última (autonomia privada) permite-se uma efetiva liberdade de participação no processo democrático para tomada de decisões políticas (autonomia pública). Os cidadãos são, ao mesmo tempo, autores e destinatários dos direitos. Assim sintetiza Habermas sobre a legitimidade do Direito:

“Todavia, se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. (...) A co-originalidade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos.”³⁵

A legitimidade na visão habermasiana se dá pelo procedimento (deliberativo) e não por critérios valorativos (conteúdo da norma). Em outras palavras: as normas nas sociedades pluralistas atuais (sociedades pós-convencionais) mais que aceitas devem ser justificadas através do procedimento democrático.

Por esta razão, Habermas, superando os modelos liberal e republicano de democracia, propõe a noção de “democracia deliberativa”, fundamentada no procedimento discursivo. Revela-se fundamental para a efetivação deste modelo democrático a institucionalização de processos e condições de comunicação que permitam um discurso entre cidadãos livres e iguais.³⁶

³⁴ NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.300.

³⁵ HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Vol. I, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 138 e 139.

³⁶ “Todavia, a idéia de democracia, apoiada no conceito de discurso, parte da imagem de uma sociedade descentrada, a qual constitui – ao lado da esfera pública política – uma arena para a percepção, a identificação e o tratamento de problemas de toda a sociedade.(...) Com isso, não se desmente a intuição que se encontra na base da idéia da soberania popular: ela simplesmente passa a ser interpretada de modo intersubjetivista.” ” HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Vol. II, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.24.

Da mesma forma, a teoria de Robert Alexy, influenciada por Habermas³⁷, relativa à argumentação jurídica como discurso racional, encaixa-se no substrato legitimador da participação do cidadão na formação do Direito. Alexy aponta uma série de regras monológicas e dialógicas que garantem a racionalidade do procedimento argumentativo e dos seus respectivos resultados.³⁸ O discurso jurídico, segundo Alexy, seria um caso especial do discurso prático geral.

Há uma tendência hoje de se retirar dos ordenamentos jurídicos dos diversos países a consagração, por vezes implícita, do princípio da participação na Administração Pública como forma de superar o descrédito gerado pela ineficiência do modelo representativo de democracia.

Da mesma maneira, a crise da noção liberal da lei, intimamente vinculada à crise da democracia representativa, demonstra a necessidade de adoção de meios eficazes de legitimação do Direito. Assim como os representantes eleitos representam cada vez menos os interesses do povo, a lei, fruto da atuação desses legisladores, não corresponde suficientemente aos anseios sociais.

Todavia, essa “legitimidade decrescente” também contamina a Administração Pública, acarretando a necessidade de orquestração dos diversos interesses sociais em jogo na implementação de suas decisões administrativas. Daí a importância da participação dos cidadãos nesse processo discursivo como forma de legitimação da decisão a ser tomada que será mais facilmente aceita pelos seus destinatários.

A participação popular no procedimento administrativo revela-se um importante instrumento de democratização da Administração Pública. Na precisa assertiva de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva:

“Isto porque a participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua solução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante

³⁷ Segundo Manuel Atienza, “a teoria de Alexy significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito.” ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*, São Paulo: Landy Editora, 2003, p.160.

³⁸ Sobre as regras do discurso prático geral, vide: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, 2ª. edição, São Paulo: Landy Editora, 2005, pp. 190 e segs.

factor de legitimação e de democraticidade de actuação da Administração Pública.”³⁹

No Direito comparado, verifica-se a consagração expressa do princípio da participação administrativa nas Constituições espanhola (arts. 9º .2 e 105)⁴⁰ e portuguesa (art. 267, I)⁴¹. A Constituição italiana (art. 3º)⁴², por sua vez, estabelece de forma genérica o princípio da participação.

Da mesma forma, o tratado que estabelece uma Constituição para a União Européia, ao lado da democracia representativa, prevê expressamente o objetivo de efetivação do princípio da democracia participativa (art.I-47).⁴³

Em que pese a consagração explícita nos documentos constitucionais acima referidos, o princípio da participação administrativa vem sendo alvo de críticas doutrinárias em razão de seu conteúdo excessivamente impreciso e pelo

³⁹ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 402.

⁴⁰ Art. 9º .2 “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”; Art. 105. “La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.” Fonte: www.planalto.gov.br, acesso em 14/11/2005.

⁴¹ Art. 267, I. “A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática.” Fonte: www.planalto.gov.br, acesso em 14/11/2005.

⁴² Art. 3º. “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese.” Fonte: www.planalto.gov.br, acesso em 14/11/2005.

⁴³ Art. I-47. Artigo I-47º. “Princípio da democracia participativa 1. As instituições, recorrendo aos meios adequados, dão aos cidadãos e às associações representativas a possibilidade de expressarem e partilharem publicamente os seus pontos de vista sobre todos os domínios de acção da União. 2. As instituições estabelecem um diálogo aberto, transparente e regular com as associações representativas e com a sociedade civil. 3. A fim de assegurar a coerência e a transparência das acções da União, a Comissão procede a amplas consultas às partes interessadas. 4. Um milhão, pelo menos, de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados-Membros, pode tomar a iniciativa de convidar a Comissão a, no âmbito das suas atribuições, apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem necessário um acto jurídico da União para aplicar a Constituição. As normas processuais e as condições para a apresentação de tal iniciativa pelos cidadãos, incluindo o número mínimo de Estados-Membros de que aqueles devem provir, são estabelecidas por lei europeia.” Fonte: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/index.htm>, acesso em 14/11/2005.

risco de se transformar o Estado em um “Estado total”.⁴⁴ Agustín Gordillo critica a formulação que se tem emprestado ao princípio da participação:

“El tema de la participación, según queda dicho, pareciera que en nuestros países se ha manejado a un nivel principalmente abstrato e teórico, antes que práctico y concreto, ni siquiera como base fundante de la construcción teórica”⁴⁵

Ainda na Espanha, em que o princípio da participação tem estatura constitucional, alguns autores demonstram preocupação com a disseminação do princípio da participação que estaria em “crise”.⁴⁶ Nesse sentido, Juan Alfonso Santamaría Pastor entende que o denominado princípio da participação não constitui verdadeiramente uma diretriz constitucional de alcance geral e conclui que “La participación es, pues, una línea de actuación posible y lícita en el marco de un Estado democrático, pero en absoluto un precepto constitucional vinculante y de eficacia genérica.”⁴⁷

De lado as referidas críticas, não se pode olvidar que a tendência é a efetivação e evolução teórica do princípio da participação como forma de manifestação consensual da Administração Pública.

Luciano Parejo Alfonso, ao tratar dos atos administrativos consensuais no direito espanhol, deixa claro que o vínculo entre o consenso e:

“la participación directa de la voluntad de sujetos distintos a la Administración (incluso privados) en el resultado del ejercicio de las potestades administrativas. El *quid novum* de esta forma alternativa de actividad administrativa radica justamente en que la voluntad de los ciudadanos contribuye directamente, como tal, a establecer los términos y condiciones de las relaciones jurídico-administrativas concretas, haciendo emerger éstas al primer plano del Derecho administrativo.”⁴⁸

⁴⁴ A expressão é utilizada por Norberto Bobbio: “O cidadão total e o Estado total são as duas faces da mesma moeda; consideradas uma vez do ponto de vista do povo e outra vez do ponto de vista do príncipe, têm em comum o mesmo princípio: que tudo é política, ou seja, a redução de todos os interesses humanos aos interesses da polis, a politização integral do homem, a resolução do homem no cidadão, a completa eliminação da esfera privada na esfera pública, e assim por diante.” BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*, 9ª edição, São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 55.

⁴⁵ GORDILLO, Agustín. *Participación administrativa*, Revista de Direito Público, vol. 74, 1985, p. 16.

⁴⁶ Alfonso Pérez Moreno ao demonstrar a escassez de tratamento do princípio da participação, afirma a necessidade de seu desenvolvimento na atualidade. MORENO, Alfonso Pérez. *Crisis de la participación administrativa*, in *Actualidade y perspectivas del Derecho Publico a fines del siglo XX: homenaje al professor Garrido Falla (obra colectiva)*, vol. I, Madrid: Complutense, 1992, p. 301-332.

⁴⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. I, Madri: Iustel, 2004, p. 113.

⁴⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español, in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, nº 13, 2003, p. 17.

Eduardo García de Enterría, no entanto, alerta para a impossibilidade de se garantir a participação em todas as atividades administrativas, uma vez que a Administração “participada” é subalterna à lei. A participação administrativa não se justifica na tomada da decisão justa, vez que esta já estaria delimitada pelos valores jurídicos finais consagrados pela lei, mas sim na busca da decisão oportuna dentro do exercício da discricionariedade administrativa. Vale dizer: a participação administrativa tem aplicação no campo da discricionariedade.⁴⁹

As formas de participação administrativa, na concepção de Eduardo García de Enterría, seriam: a) orgânica (cunhada sob o modelo corporativo, na atuação orgânica o cidadão se insere em um órgão da Administração); b) funcional (exercício de funções administrativas pelos cidadãos, sem que estes ingressem na estrutura orgânica da Administração); cooperativa (o administrado, sem deixar de atuar como tal e sem exercer funções materialmente públicas, colabora com o atendimento do interesse público).⁵⁰

A participação administrativa, é oportuno ressaltar, não deve ser interpretada de forma absoluta. Isto porque, ao lado do princípio da participação, convivem outros princípios constitucionais que também devem ser observados. Dessa maneira, a participação não pode prevalecer quando o mínimo de eficiência administrativa estiver ameaçado e a sua efetivação deve ocorrer, na medida do possível, por previsão legal que estabelecerá o procedimento respectivo.

De outro lado, deve-se ter em mente que a participação popular não pode ser considerada como uma solução para a tomada de toda e qualquer decisão administrativa, uma vez que as questões de ordem técnica são naturalmente subtraídas da “decisão popular” e deixadas para *experts*.

No Brasil, a discussão em torno do princípio da participação administrativa é embrionária, o que talvez possa ser explicado pela ausência de consagração expressa deste princípio no texto constitucional.⁵¹

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 9ª. edición, Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p. 86.

⁵⁰ Op.cit, pp. 86 e segs.

⁵¹ Algumas obras nacionais, no entanto, tratam do referido princípio, destacando-se, dentre outras: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação popular na Administração Pública*, Revista Trimestral de Direito Público, vol. 1, 1993, p. 127-39; MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*, São Paulo: RT, 1992; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política (legislativa, administrativa e judicial)*, Rio de Janeiro: Renovar, 1992; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002; SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito*

Em verdade, encontra-se apenas uma referência expressa à participação administrativa no capítulo relativo à Administração Pública: trata-se do art. 37, §3º da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, que prevê a participação do usuário na Administração Pública, mas a regulação ficou a cargo da legislação ordinária.⁵²

Malgrado a falta de menção expressa do “princípio da participação” no texto constitucional, pode-se apontar como fundamento do referido princípio a própria cláusula do Estado Democrático de Direito inserida no art. 1º da Constituição da República.

Conforme anteriormente assinalado, a evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, longe de se restringir a uma questão puramente de nomenclatura, demonstra a necessidade de se evoluir no pensamento jurídico e nas suas instituições. O acréscimo do adjetivo “democrático” não pretende afirmar que o Estado de Direito era necessariamente autoritário, mesmo porque o poder era exercido por representantes democraticamente eleitos e a Administração submetia-se à legalidade.

O que se extrai da consagração do Estado Democrático de Direito é a necessidade de se reforçar a democracia nos Estados contemporâneos e, em especial, no ordenamento jurídico brasileiro, abalada pela crise da democracia representativa e do mito liberal de completude da lei.

A crescente previsão de mecanismos de participação administrativa pelos diplomas legais reforça a tendência de efetivação da participação administrativa.

A Lei nº 10.257/01, ao instituir o denominado Estatuto da Cidade, consagrou uma série de normas relativas à participação administrativa, revelando um dos mais importantes diplomas legais de efetivação da democracia, conforme demonstra o elenco exemplificativo abaixo descrito:

a) a participação é elevada ao patamar de diretriz geral da política urbana (art. 2º, II);

b) outra diretriz geral diz respeito à necessidade de audiência pública do Poder Público municipal e da população interessada “nos processos de

Administrativo de participação, Belo Horizonte: Del Rey, 1997; e TÁCITO, Caio. Direito Administrativo participativo, Revista de Direito Administrativo, vol. 209, 1997, p.1-6.

⁵² Todavia, a Constituição da República faz alusão à participação dos cidadãos na Administração em diversos dispositivos: arts. 5º, XXXIII; XXXIV, a; 10; 37, §3º; 198, III; 204, II; 216, §1º.

implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população” (art. 2º, XIII);

c) gestão orçamentária participativa como instrumento de política urbana através de debates, audiências e consultas públicas (art. 4º, III, f e art. 44)

d) exigência da participação da sociedade civil quando a efetivação dos instrumentos de política urbana acarretarem dispêndios de recursos públicos (art. 4º, § 3º);

e) audiência pública e debates com a participação da população no processo de elaboração do Plano Diretor (art. 40, § 4º, I); e

f) “os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania” (art. 45).

Da mesma forma, a Lei nº 10.079/04, que trata das denominadas parcerias público-privadas, prevê em seu art. 10, inciso VI, a realização de consulta pública para análise da minuta do edital de licitação e do contrato de concessão.

As leis criadoras das denominadas agências reguladoras procuram estabelecer instrumentos de participação do cidadão (usuário) na regulação do respectivo setor como forma de reforçar a legitimação democrática da regulação abalada pela deslegalização⁵³. Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma com precisão:

“é através da participação, como requisito inarredável da democracia material, que se satisfaz a condição de legitimidade indispensável aos processos de produção e de aplicação de normas deslegalizadas, uma vez que ocorrida a deslegalização, aquela condição já não mais poderá ser satisfeita pela legitimação representativa, própria da democracia indireta.”⁵⁴

⁵³ - Podem ser citados exemplificadamente: art. 4º, §3º da Lei nº 9.427/96 (ANEEL); art. 3º, X e XI da lei nº 9.472/97 (ANATEL).

⁵⁴ - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 182.

Existem, ainda, diversos diplomas legais no ordenamento pátrio que estabelecem a participação administrativa, de forma a corroborar a tese principiológica da participação.⁵⁵

⁵⁵ - Dentre outros, destacam-se: Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) – arts. 9º, §4º e 48; Lei nº 9.784/99 (Processo administrativo federal) – arts. 3º, 9º; etc.