

Estado, Administração Pública e a posição do administrado

Alessandra Obara Soares da Silva¹

Sumário: 1 Estado. 1.1 Os modelos de Estado. 1.2 O Estado subsidiário. 2 Administração pública. 2.1 Administração pública burocrática. 2.2 Administração pública gerencial. 2.3 Administração pública conformadora. 3 A posição do administrado. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Estado

O constitucionalista português Jorge Miranda define o Estado como “comunidade e poder *juridicamente* organizados, pois só o direito permite passar, na comunidade, da simples coexistência à coesão convivencial e, no poder, do fato à instituição”². O Estado compreende, assim, um povo, um território e um poder, organizados pelas normas que regem a vida em comunidade.

Tendo em vista que o poder deve ser regulamentado, e tudo que é regulamentado é limitado, as comunidades elegem uma forma de exercício do poder, ou seja, uma forma de governo, apta a estruturar e a institucionalizar a distinção entre governantes e governados. Já a maneira como é sistematizado o poder e o seu exercício corresponde ao sistema de governo, que nada mais é que uma forma de organização interna do

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Juíza do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, biênio 2010/2011. Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Especialista em Direito Tributário pela COGEAE, PUC-SP.

2 MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 3.

poder, ou seja, a institucionalização das relações entre governantes, com a delimitação de suas funções.³

Tércio Sampaio Ferraz Junior esclarece que não se pode precisar com exatidão o momento do nascimento da forma Estado, sendo certo que no Velho Continente as guerras do final do século XV levaram Espanha, França e Inglaterra a se organizarem em Estados. Na Itália, essa organização ocorreu apenas no século XVII. Apesar da imprecisão das datas, a certeza é que a noção de soberania é inerente à organização estatal, em todos os casos⁴. Por valiosas, transcrevemos as palavras de Ferraz Junior:

“Pode-se dizer, pois que o Estado Moderno surge de duas vertentes distintas na compreensão do poder político. Uma é a visão jurídica, com base na noção de império. A outra é a visão econômica, com base na ideia de gestão da coisa pública.

A primeira concepção – jurídica – do poder o vê como um conjunto de positivamente no sentido de que os objetivos do poder são ou conduzem a uma estrutura circular: o objetivo do poder é o bem comum, o bem comum é a obediência às leis que o poder estabelece. A visão jurídica do poder, do ponto de vista da velha soberania, é eminentemente ética no sentido de que o respeito à lei é primário nas relações de governo. Já a visão econômica do governo como arte, uma arte que, conforme as finalidades, nos ensina a dispor as coisas e as pessoas, é diferente, posto que o centro está na ideia de cálculo (Foucault, 1982, p. 188 e ss).

A arte de governar está menos ligada a uma sabedoria prática, isto é, ao conhecimento da equidade, do bom julgamento, da justiça, e muito mais a um cálculo. A ideia é de que governar bem é adaptar-se às circunstâncias que permitem o exercício do governo.”⁵

A sistematização e regulamentação do poder sofreram grandes alterações no curso da história da humanidade. Com a evolução da sociedade organizada, evoluíram as formas de exercício do poder, admitindo-se,

3 MIRANDA, Jorge, *Formas e sistemas de governo*, cit., p. 3.

4 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007. p. 414.

5 Ibidem, p. 422-423.

hoje, três referenciais éticos, na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: a licitude, como referencial moral; a legalidade, como referencial jurídico; e a legitimidade, como referencial político.⁶

Analisaremos sucintamente a evolução do Estado e da forma de sistematização do poder para verificar a evolução da posição do administrado na gestão da coisa pública. Antes, vale lembrar que “gestão” e “gerência” são termos distintos, com diferentes significados. Como destaca Maria Paula Dallari Bucci, no direito positivo brasileiro, há uma clara diferenciação entre os dois termos. De fato, a Norma Operacional Básica da Saúde (NOB 1996) prevê expressamente que gerência é a administração de uma unidade ou órgão da área, ao passo que gestão é a “atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (...) mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria”⁷. Disso, destacamos que a atividade de gestão é amplíssima, não só abrangendo a gerência, mas também todas as atividades necessárias à resolução de problemas e a atribuição de zelar pelo funcionamento eficiente da atividade gerida. Há uma relação de continência entre gestão e gerência, esta contida naquela.

Nesse sentido, quando o ordenamento jurídico fala em gestão democrática, quer se referir à participação democrática nas atividades de planejamento e direção, atividades de cunho decisório, portanto.

1.1 Os modelos de Estado

Os Estados, uma vez organizados e independentemente da forma de governo adotada, pretenderam, num primeiro momento, ampliar os seus territórios, para assim ampliar a sua área de domínio. Delimitados os territórios, com a vigência da norma pela qual os conquistados deviam obediência aos conquistadores, prevaleceu, em regra, a forma de governo absolutista, em que o poder era concentrado nas mãos de

6 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder*: parte I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 221.

7 BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (Coords.). *Estatuto da cidade*: comentários à Lei federal 10.257/2001. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 336.

uma ou de poucas pessoas, a quem incumbia editar as normas, executar e zelar pela sua execução, além de julgar e dirimir os mais diversos conflitos que surgissem. O Estado, nesse quadro, intervinha em tudo na vida da comunidade: dela exigia os tributos nas mais variadas formas de imposição e a ela fornecia (ou deveria fornecer) os meios básicos de sobrevivência.

No século XVIII, a concentração de poder nas mãos de uma ou pouquíssimas pessoas gerou a insatisfação daqueles que não detinham função decisória ou capacidade de influenciar as decisões, sequer aquelas que envolvessem diretamente seus próprios interesses sociais, econômicos ou patrimoniais. Nesse contexto, a mais famosa revolução, a francesa, em 1789, levada a efeito pela burguesia (a então classe operária), deu por encerrado o absolutismo.

Rafael Munhoz de Mello, acompanhando lição do doutrinador português Sérvulo Correia, afirma que o marco histórico que identifica o surgimento do Estado de Direito é a Revolução Francesa, uma vez que com ela se consagrou a legalidade nos textos constitucionais como princípio regulador da conduta dos governantes.⁸

É o embrião do princípio da legalidade, com a submissão do poder às normas de direito que devem obrigatoriamente habilitar o próprio exercício do poder. Nesse contexto histórico, a Administração Pública fica adstrita também às finalidades legais, ou seja, à observância do interesse público. Busca-se a realização do bem-estar social, com o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos – cujo leque é ampliado com a evolução da humanidade –, e o necessário atendimento, pelo Estado, das necessidades básicas de cada um e de todos os administrados, sem esquecer o custeio do Estado pela sociedade, com o pagamento de tributos.

Superado o absolutismo, firmou-se o modelo liberal de Estado, em que vigiam os princípios da proteção à liberdade, propriedade e igualdade, com atuação essencialmente negativa do Estado. Nesse momento histórico, cabia ao Estado tão somente a abstenção da

8 MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e princípio da legalidade. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Coord.). *Devido processo legal na administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 143-186.

prática de qualquer ato tendente a violar a liberdade, igualdade e propriedade dos administrados. A circulação da riqueza ficava a cargo da própria sociedade, com a “autorregulamentação” dos mercados pela “mão invisível”.⁹

Sem negar a existência do direito e do princípio da legalidade a limitar a atuação estatal, no Estado Liberal, especialmente na doutrina alemã, questionava-se a extensão desse princípio e o verdadeiro conceito de lei, com a recorrente distinção entre ato administrativo (julgado ao princípio da legalidade) e ato *interna corporis*, materializado pela estruturação do Estado ou referente às relações especiais de sujeição. Esses últimos atos seriam autônomos, ou seja, não submetidos à juridicidade.¹⁰

Como se vê, o afastamento do princípio da legalidade dos atos que supostamente teriam efeitos meramente internos mostra-se como um resquício do regime absolutista, no qual não havia limites para atuação do administrador. A Administração era, assim, unilateral e investida ainda de alto poder de imperatividade.

Todavia, os princípios liberais acabaram por criar uma profunda desigualdade social, já que incentivaram a concentração de riquezas, sem a preocupação coletiva com o bem-estar social. Houve, assim, um grande aumento da pobreza, com a ausência do Estado defendida pelos liberais. Nesse quadro de profundas desigualdades sociais e grandes carências das camadas mais pobres, após a Segunda Guerra Mundial, nasceu o Estado Social, que partia do pressuposto da existência e necessidade de eliminação da desigualdade entre os homens. Valorizaram-se os direitos sociais e econômicos (além da igualdade, propriedade e liberdade, que não foram deixados de lado), a fim de assegurar existência digna aos mais pobres, herança do liberalismo.

O Estado, ao qual cabiam anteriormente apenas abstenções, passou a assumir a qualidade de devedor: seria necessário implementar,

9 COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 20, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.

10 Ibidem, p. 46-63.

fomentar, desenvolver os direitos sociais e econômicos para garantir existência digna, especialmente aos mais necessitados.

Foi evidente o súbito agigantamento das atribuições estatais. O indivíduo, que no Estado Liberal não queria a atuação do Estado, no Estado Social passou a exigí-la.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que houve também a ampliação do poder de polícia, que se estendeu a setores ordinariamente não relacionados com a segurança, como as relações entre particulares, já que o Estado afastou-se da ideia de poder de polícia tradicional, que apenas impunha obrigações de não fazer, para impor também obrigações de fazer, como, por exemplo, determinar o cultivo de terras, o aproveitamento do solo, etc.¹¹

Nessa toada, o Estado Social também passou por uma crise, já que os recursos, escassos, ficaram ainda mais raros com o grande e repentino aumento das incumbências públicas, sem a necessária contrapartida da sociedade, em sua grande maioria, de carentes.¹²

Com o incremento das atribuições do Estado, houve aumento da interferência pública na esfera individual, reaproximando particular e Administração, de sorte que se abriram canais de comunicação entre público e privado, inconcebíveis no liberalismo.¹³

A evolução da relação Estado-sociedade é resumida por José Casalta Nabais da seguinte forma: no Estado Liberal, há clara separação entre Estado e sociedade, sendo o polo dominante a sociedade dentro da qual se insere o indivíduo, daí o individualismo. No Estado Social, há interpenetração entre sociedade e Estado, com um certo equilíbrio entre os dois polos.¹⁴

11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceiras na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 31.

12 De fato, não era possível cobrar o financiamento dos direitos sociais da sociedade que era composta, em sua maioria, de pessoas carentes e mais necessitadas de auxílio estatal do que aptas a contribuir com o Estado.

13 NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. Função administrativa e participação popular. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 796, p. 105, fev. 2002.

14 NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 62, nota de rodapé n. 155.

Com a crise do Estado Social, passa-se ao Estado administrativo, na nomenclatura de Almiro do Couto e Silva, que identifica, nesse momento histórico, algumas razões para a crise do princípio da legalidade na contemporaneidade. Na verdade, o que ocorre é a alteração da dinâmica da Administração Pública que, com o grande e repentino aumento das suas atribuições, com a cobrança de eficiência da sociedade e a escassez de recursos (receitas), vê-se obrigada a passar de um modelo burocrático para um modelo gerencial, em nome da eficiência. É, na verdade, a evolução para a concepção de Estado essencial: nem mínimo, nem máximo; não mais onipotente. Como destaca Juarez de Freitas, passa a ser essencial que o Estado cuide de regulação, retirando-se, “em parte, da execução direta dos serviços, mas mantendo-se titular da prestação de serviços públicos, de maneira irrenunciável”.¹⁵

Pari passu com a evolução do Estado, evoluiu o conceito de interesse público, como resumidamente lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O princípio do interesse público adquire nova roupagem. No período do Estado Liberal, o interesse público a ser protegido era aquele de feição utilitarista, inspirado nas doutrinas contratuálistas liberais do século XVIII e reforçado pelas doutrinas de economistas como Adam Smith e Stuart Mill. O direito tinha que servir à finalidade de proteger as liberdades individuais como instrumento de tutela do bem-estar geral, em sentido puramente material. Com a nova concepção do Estado de Direito, o interesse público humaniza-se, à medida que passa a preocupar-se não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas também com valores considerados essenciais à existência digna: quer-se liberdade com dignidade, o que exige atuação do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar a toda a coletividade o bem-estar social. O interesse público, considerado sob o aspecto jurídico, reveste-se de um aspecto ideológico e passa a confundir-se com a ideia de bem comum.”¹⁶

15 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 87.

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parceiras na administração pública*, cit., p. 34.

Acompanhando esse ritmo, o próprio conteúdo do princípio da legalidade, inerente ao Estado de Direito, também sofreu alteração. Como lembra Maria Sylvia Di Pietro, substituiu-se a ideia de Estado legal formal pela ideia de Estado vinculado aos ideais de justiça, o que constitui o embrião do princípio da legalidade substancial, que compreende a participação do cidadão (Estado Democrático) e a justiça material (Estado de Direito).¹⁷

A evolução desse princípio fundamental do Estado de Direito – o da estrita legalidade – deveu-se à constatação de que, quando aplicado à risca, não evitaria soluções desarrazoadas ou desproporcionais. Ao contrário, acabaria por torná-las possíveis e, muitas vezes, afastaria a solução mais justa¹⁸. E, como o direito não pode tolerar soluções injustas, caberá ao intérprete buscar, por meio de interpretação sistemática, a solução mais acertada e razoável para o caso concreto.

Importante destacar que no Brasil, quando colônia portuguesa e, algum tempo depois, mesmo após a declaração de independência, experimentamos a monarquia absolutista. Algum tempo após a proclamação da república, passamos ao Estado Democrático de Direito. Houve ainda o período da ditadura, que suprimiu as liberdades democráticas do brasileiro. Ao final, esse período de retrocesso do Estado de Direito provocou o fomento da democracia brasileira, anseio que permeou todo o texto constitucional de 1988. Ressaltamos que o Estado de Direito caracteriza-se principalmente pela submissão do Estado às normas previamente estabelecidas, sendo certo que, como afirma Almiro do Couto e Silva, hoje reconhece-se que o Estado de Direito apresenta aspectos formais e materiais. Em suas palavras:

“No primeiro sentido – aspecto material – elementos estruturantes do Estado de Direito são as ideias de justiça e de segurança jurídica. No outro, o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes, dentre os quais têm importância especial: a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais;

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parceiras na administração pública*, cit., p. 35.

18 COUTO E SILVA, Almiro do, *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*, cit., p. 47.

b) a divisão das funções do Estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por ‘freios e contrapesos’ (*checks and balances*); c) a legalidade da Administração Pública e, d) a proteção da boa-fé ou confiança (*Vertrauensschutz*) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis.”¹⁹

No mesmo sentido, Lúcia Valle Figueiredo destaca que o Estado de Direito não pode ser considerado apenas na sua acepção formal²⁰, mas lembra que a configuração desse modelo estatal não depende da consagração da democracia, de sorte que:

“O Estado somente poderá ser democrático se e quando o povo exercer efetivamente o poder por meio de seus representantes, ou, em algumas circunstâncias diretamente. Além disso, e, efetivamente, ademais disso, mister que os direitos fundamentais constem das cartas políticas e sejam cabalmente respeitados. Em consequência, o Estado de Direito é estado de legitimidade.”²¹

Mas no mundo, hoje, firmado o Estado de Direito Democrático (como em Portugal) ou o Estado Democrático de Direito (como no Brasil), com a consagração da fórmula do Estado provedor dos direitos individuais essenciais (Estado devedor) e garantidor da vida em sociedade, há quem aponte nova crise do Estado, com o súbito aumento das suas atribuições e a consequente pressão da sociedade para ter satisfeitas todas as suas necessidades, somado à impossibilidade real de a totalidade do povo arcar com os custos do agigantamento das prestações estatais.²²

Ganha força então o Estado subsidiário que, sem deixar de ser um Estado de Direito, nem refutar a fórmula da democracia, afasta, proporcional

19 COUTO E SILVA, Almiro do, Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo, cit., p. 46.

20 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 11, fev. 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04 jan. 2010.

21 Ibidem.

22 Sobre os custos dos direitos, apontando a importância de pagar tributos e a verdadeira razão da existência dos impostos e contribuições confira: HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: WW Norton, 2000.

e razoavelmente, o Estado de algumas atividades que podem ser melhor prestadas pela própria sociedade, quando organizada em comunidades menores, ou até individualmente.

1.2 O Estado subsidiário

O desenvolvimento da ideia de Estado subsidiário, concebido há longa data, evidencia a necessidade de aproximação entre Administração e particular, no sentido de organizar o exercício da função administrativa para conferir maior eficiência e bem-estar social no dia a dia dos administrados.

Em outras palavras, no Estado subsidiário, que não chega a ser propriamente um modelo de Estado autônomo, há uma otimização no desenvolvimento das atividades necessárias para garantir a vida digna em sociedade, com a Administração envidando esforços para realizar atividades de maior amplitude e permitindo que os administrados, individualmente ou organizados em pequenos grupos, possam cuidar de interesses locais comuns.

A subsidiaridade da atuação estatal decorre, apontam alguns, da incapacidade do Estado como eficiente prestador de serviços públicos. Da ineficiência ou comprovada impossibilidade de atender a contento todas as necessidades da sociedade, ganha força a ideia de diminuição das atividades estatais, respeitando-se os direitos individuais, sem deixar de tutelá-los. Ao Estado cabe abster-se de exercer atividades que o particular pode exercer sozinho, com seus próprios recursos. É incentivada a atividade de fomento estatal para colaborar com o sucesso do particular no desempenho das atividades voltadas para o bem comum. Não se pode esquecer que o lucro não é (nem poderia ser) excluído, já que a riqueza (e a sua circulação) é que gera o bem-estar social almejado pelo ordenamento jurídico.²³

Na lição de Silvio Luís Ferreira da Rocha, o princípio da subsidiariedade “propõe algo de novo entre a intervenção total do Estado e a

23 Nesse sentido é o artigo 3º, IV, da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

supressão da autonomia privada e o liberalismo clássico e sua política de intervenção mínima do Estado”²⁴. Acrescenta Diogo de Figueiredo Moreira Neto que esse princípio permite um escalonamento de atribuições estatais, em função da complexidade da prestação pública. Esse escalonamento é definido da seguinte forma: num primeiro nível, os indivíduos atuam para satisfazer com meios próprios seus interesses individuais; em segundo nível, grupos sociais menores atuam para satisfazer, com seus próprios recursos, seus interesses coletivos; em terceiro nível, grupos sociais maiores atuam para satisfazer seus interesses coletivos, de maior abrangência, também com recursos próprios; e, num quarto nível, a sociedade civil como um todo atua e decide a respeito da realização de seus interesses gerais.²⁵

O melhor enunciado do princípio da subsidiariedade, para Silvio Luis Ferreira da Rocha, encontra-se na Encíclica *Quadragesimo Anno*, no item n. 79:

“Assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e trabalho, para confiá-lo à comunidade, do mesmo modo passar para uma comunidade maior e mais elevada o que comunidades menores e inferiores podem realizar é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é coadjuvar os seus membros, e não destruí-los nem absorvê-los.”²⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, discorrendo sobre esse princípio, destaca que em 1961 o Papa João XXIII, na encíclica *Mater et Magistra*, definiu o bem comum como “o conjunto de condições sociais por onde os homens tornam-se capazes de alcançar mais facilmente a plenitude de seu desenvolvimento”²⁷. A autora destaca que essa ideia de bem comum evidencia a necessidade de o Estado assegurar a existência das condições para que os próprios particulares o atinjam. Destaca também que o princípio da subsidiariedade foi inserido no Tratado da União Europeia

24 ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 16.

25 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 20.

26 ROCHA, Silvio Luís Ferreira da, op. cit., p. 17.

27 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parceiras na administração pública*, cit., p. 36.

como forma de preservar a soberania dos países-membros. E, no âmbito interno de cada país componente do bloco europeu, esclarece que os direitos fundamentais do homem são reconhecidos não mais como uma barreira à atuação estatal, mas como a própria razão de ser do Estado, ao qual cabe promover e estimular com ações efetivas o desenvolvimento livre e igualitário dos indivíduos dentro da sociedade. Para tanto, é incentivada a participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais, consagrando-se, assim, a sociedade pluralista que viabiliza a participação igualitária de todos os setores da sociedade, e não apenas dos grandes grupos.²⁸

Franco Frattini, resume:

“[...] A ordem social, por conseguinte, deve ser encarada pelo princípio da função subsidiária (*subsidiarii officii principium*): indivíduo, família e instituições coexistem entre si em uma sobreposição em círculos concêntricos de diversos níveis de direitos e deveres cuja ordem de funcionamento é regulada pelo princípio da subsidiariedade. E como Estado e sociedade são uma ‘consequência da evolução das exigências do indivíduo’, os mesmos só devem vir em socorro quando ele não possa realizar-se por si com as próprias forças.”²⁹

Ainda sobre o princípio da subsidiariedade e sua aplicação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro indica as tendências atuais. Dentre elas, destaca a privatização das atividades estatais, para a eficiência na sua prestação; a inexistência de um singular interesse público, mas a consagração de diversos interesses públicos de diversos setores da sociedade, decorrência do pluralismo. Com isso, amplia-se a atividade de fomento administrativo. A autora identifica ainda a tendência da desregulamentação, com vistas a uma nova configuração da relação entre liberdade e autoridade, retomando, com critério, algumas ideias do liberalismo, para alavancar o desenvolvimento sustentado da indústria, comércio e profissões liberais, restringidas pelo excesso de regulamentação. Com tudo isso,

28 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parceiras na administração pública*, cit., p. 37.

29 FRATTINI, Franco, apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parceiras na administração pública*, cit., p. 37.

mostra-se a tendência de mudança da noção de interesse público, para utilização dos instrumentos administrativos preferencialmente em benefício do cidadão, com melhor qualidade e eficiência na prestação dos serviços.³⁰

Para concluir, Silvio Luis Ferreira da Rocha destaca que:

“A grande virtude do princípio está em que a partir dele dá-se a primazia ao grupo social e ao indivíduo, com a devolução, à sociedade civil, de matérias de interesse geral que possam ser eficazmente por ela realizadas. A subsidiariedade eleva a sociedade civil a primeiro plano na estrutura organizacional do Estado e concebe a cidadania ativa como pressuposto básico para sua realização, colocando a instância privada a serviço do interesse geral, a partir, também, da ideia de solidariedade, que se funda, principalmente, na maior eficiência da ação social sobre a ação estatal junto a grupos menores.”³¹

Como se vê, com a percepção de que o Estado poderia não prestar a contento certas atividades, a própria sociedade assumiu a responsabilidade pela realização de algumas prestações. Ela própria deixou de apenas exigir, saindo de uma posição passiva, para colocar-se à frente de certas atividades, numa verdadeira concretização do princípio da solidariedade, com a consciência de que tal atitude beneficia a ela própria.

De fato, a subsidiariedade reverte em benefício para a própria sociedade, sem a formação, no entanto, de “poderes paralelos”, já que a segurança pública e a jurisdição (no sentido estrito do termo, ou seja, solução de litígios com atributos de imperatividade, efeito *erga omnes* e definitividade) continuam sempre monopólio do Estado, nada impedindo que grupos sociais se organizem para tentar solucionar suas controvérsias internas – sem armas e respeitando os direitos fundamentais – e até mesmo garantir certa segurança para si, mas sempre sob a supervisão do Estado que, nesses casos, assume um papel de fomento, como bem lembrado por Silvio Luiz Ferreira da Rocha.

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parceiras na administração pública*, cit., p. 37-41.

31 ROCHA, Silvio Luís Ferreira da, *Terceiro setor*, cit., p. 19.

Assim, assistimos, hoje, a mais uma evolução do direito e da sistematização do exercício da função administrativa, que passa a contemplar também a subsidiariedade na atuação do Estado. Ou seja, sempre que o particular puder prestar a contento determinada atividade, se ela for conforme o ordenamento jurídico, deve o Estado abster-se de interferir naquela atividade e, mais ainda, deve fomentá-la.

Como se vê, não é possível afirmar com precisão o momento a partir do qual se passa de um modelo de Estado para outro, principalmente porque a subsidiariedade não constitui tipo autônomo de Estado e não substitui o Estado de Direito ou o Estado Democrático de Direito. É, na verdade, a aparente retomada de alguns princípios do liberalismo, sem o afastamento de outros princípios do socialismo.

Importante destacar que o Estado subsidiário não deixa de ser fruto de um amadurecimento da sociedade, que abandona parcial e paulatinamente a posição passiva de mera expectadora do exercício da função administrativa, quando muito exigindo prestações do Estado, para adotar uma posição ativa, assumindo algumas prestações com maior eficiência que o gigante Estado e participando concretamente da tomada de decisões coletivas.

2 Administração pública

A expressão “administração pública” pode ser utilizada no seu sentido objetivo ou subjetivo, conforme se refira à atividade desenvolvida ou ao titular dessa mesma atividade, respectivamente. Afora isso, pode ser compreendida em duas acepções, lembradas por Paulo Modesto³², quais sejam na acepção de poder, como adotada por Renato Alessi e Santi Romano, ou na acepção da atividade desenvolvida, como nas lições de José Roberto Dromi e Gabino Fraga.

A administração pública incumbe, de acordo com a clássica tripartição das funções estatais extremamente difundida nos ordenamentos jurídicos ocidentais, ao Poder Executivo, já que ele titulariza precipuamente o exercício da função administrativa. Essa é definida por Celso Antônio Bandeira

32 MODESTO, Paulo. Função administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan./fev./mar. 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 14 jul. 2009.

de Mello como “a função que o Estado, ou de quem lhe faça as vezes, exerce, na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário”.³³

Fala-se, assim, em administração pública como exercício da função administrativa por ente competente. Essa função, de acordo com a divisão do exercício do poder pelos representantes do povo, na fórmula da democracia representativa, se dá de forma típica pelo Poder Executivo, cujo chefe, no Brasil, é eleito pelo voto direto dos cidadãos.

Aqui, cuidaremos do exercício da função administrativa não apenas no sentido de mera execução da lei, mas no sentido amplo, que engloba as funções de execução e de planejamento, ideia que se aproxima da adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, acompanhando a lição de Renato Alessi: “Basicamente, a função política compreende as atividades co-legislativas e de direção; e a função administrativa compreende o serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia.”³⁴

O exercício da função administrativa *lato sensu*, assim, pode confundir-se com a gestão conceituada como “o exercício de funções políticas e administrativas, formuladas conjuntamente pela Administração Pública e Poder Legislativo e executadas pelo Poder Executivo, com o propósito de tutelar o interesse público”.³⁵

Enquanto o Estado evoluiu de absolutista para liberal, interessante lembrar, com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que o Poder Executivo não acompanhou essa evolução com a mesma intensidade, uma vez que houve uma consagração do poder de império do Estado, como a competência discricionária, a autotutela e autoexecutoriedade, na contramão dos princípios liberais.³⁶

33 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36.

34 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 56.

35 MENCIO, Mariana, *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*, cit., p. 24.

36 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 9.

Nesse contexto histórico, prossegue o autor, nasceu o direito administrativo como ciência autônoma do direito, na França, de forma a preservar o poder da Administração Pública da influência do liberalismo que privava o Estado de grande interferência na sociedade, viabilizando, assim, a manutenção e até o crescimento do poder de polícia. Prova disso seria a criação do Contencioso Administrativo francês, afastando o Poder Administrativo do controle da justiça comum:

“Assim é que conceitos como o da *imperatividade*, da *supremacia do interesse público*, o da *insindicabilidade do mérito* e o dos chamados *poderes administrativos*, entre os quais o hoje polêmico *poder de polícia*, assomaram tal importância estruturante que a literatura jurídica do direito administrativo tornou-se praticamente unânime quanto à articulação dogmática da disciplina sobre a ideia central de *que o interesse público é um ‘interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos dos cidadãos’*.”³⁷

Em suma, a evolução da administração pública passou pelas fases do absolutismo, do estatismo e da democracia. Na primeira, prevalecia o interesse do rei (“administração regaliana”), na segunda, o interesse do Estado, caracterizando a “administração burocrática”. Na terceira fase, prevalece o interesse da sociedade, caracterizando a “administração gerencial”³⁸. Diogo de Figueiredo Moreira Neto ainda destaca que, no Brasil, a passagem da segunda para a terceira fase iniciou-se antes de completa a transição da primeira para a segunda fase, sendo certo que o motor da mudança foram os princípios da eficiência e da legitimidade, com suas derivações, quais sejam, a subsidiariedade do Estado e a crescente participação política dos administrados, fomentada também pela difusão das informações em incrível velocidade e distância, alcançando praticamente toda a sociedade.

No entanto, fato é que onde há exercício de função, há atividade realizada em interesse alheio. No caso da função administrativa, interesse

37 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 11, grifos do original, citando Umberto Allegretti.

38 Ibidem, p. 17.

público. E, para desincumbir-se do exercício da função, o administrador recebe do ordenamento jurídico uma gama de poderes instrumentais, destinados exclusivamente ao atingimento das finalidades públicas. Aqui a ideia de dever-poder: “(...) cria-se uma entidade ou órgão público para satisfazer interesses públicos (*finalidade*), atribuindo-se-lhe poderes em tese (*competência*) para que sejam exercidos da forma necessária (*flexibilidade*) para efetivamente atendê-los em concreto (*eficiência*).”³⁹

Assim como o Estado e a democracia, a administração pública sofreu (e continua sofrendo) mutações, atendendo ao dinamismo da sociedade. Nasceu, assim, para exercer suas atribuições de forma burocrática, evoluindo para uma forma gerencial e tendente a passar para a administração democratizada, com a crescente valorização da participação popular direta na gestão da coisa pública.

2.1 Administração pública burocrática

Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que a administração pública burocrática concebida na segunda metade do século XIX, na época do Estado Liberal, visava a combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Com esses objetivos, e partindo da desconfiança prévia em relação aos administradores públicos, privilegiava a rigorosa seleção de pessoal, a formação profissional, organização em carreira, hierarquia funcional, impessoalidade e formalismo, em detrimento da eficiência na prestação do serviço público.⁴⁰

A burocracia nasceu, assim, como uma forma de controlar a atividade administrativa, na medida que todos os requisitos para a expedição de qualquer ato administrativo, em consonância com o princípio da estrita legalidade, deveriam estar previstos em lei.

Era uma forma de garantia do administrado. E continua sendo. Muito embora se admita a evolução do princípio da estrita legalidade, ainda assim há um grande respeito à procedimentalização e previsão de toda atividade administrativa. E isso está em absoluta consonância com

39 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do direito administrativo*, cit., p. 29-30, grifos do original.

40 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parceiras na administração pública*, cit., p. 51.

o ordenamento jurídico vigente. A famosa frase de Rudolf von Ihering “a forma é irmã da liberdade e inimiga jurada do arbítrio” não pode ser ignorada.

Mas, com a evolução da sociedade, é evidente que o próprio princípio da estrita legalidade, principal molde de posituação da burocracia, evoluiu. Hodiernamente, o princípio da estrita legalidade é, numa interpretação sistemática do ordenamento jurídico, temperado com o princípio da razoabilidade e, principalmente, com o princípio da eficiência. A doutrina fala, em coro, na expansão do princípio da legalidade, que deixa de ter como único parâmetro a lei, para que toda atividade administrativa esteja amparada, antes de tudo, na Constituição. Muitos confundem essa evolução com uma suposta crise do princípio da legalidade, assunto que será tratado mais adiante. Por ora, importa salientar que o princípio da legalidade continua existindo, em conjunto com outros princípios de estatura constitucional.

Nesse sentido, Lucia Valle Figueiredo lembra a lição de Massimo Severo Giannini que, ao abordar o princípio da legalidade, dizia que na contemporaneidade, o princípio estaria atenuado, passando-se de uma interpretação negativa para uma interpretação de sentido positivo, na medida que a norma discipline implicitamente um provimento.⁴¹

Acompanhando a evolução da sociedade, a administração pública não deixa de ser burocrática, mas a ela, Administração, o ordenamento jurídico hoje impõe a necessidade de conciliar a burocracia com a eficiência e razoabilidade no exercício de sua atividade.

Há assim um descortinamento da atividade gerencial da Administração Pública.

2.2 Administração pública gerencial

Conforme o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado e aprovado em 21.09.1995 pela Câmara da Reforma do Estado,

41 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 42-43.

composta pelos ministros da Administração e Reforma do Estado, do Trabalho, da Fazenda e do Planejamento e Orçamento, e pelo ministro chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, a administração gerencial emerge da segunda metade do século XX, para conformar a expansão das funções econômicas e sociais do Estado com o desenvolvimento tecnológico e a globalização da economia mundial. A reforma do Estado, então, passa a ser orientada clara e expressamente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação do serviço público.⁴²

Analisando o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro concluiu que na administração gerencial são definidas com precisão as metas de cada órgão, atribuindo-se maior autonomia ao administrador na gestão dos recursos, permitindo o controle posterior de resultados.⁴³

Para a autora, a evolução do direito brasileiro, ao acompanhar a evolução da sociedade, apresentou progressos e retrocessos. Esse “plano” desenvolvido no âmbito federal representa um progresso, na medida que altera o foco do desempenho da função administrativa para contemplar a realização das metas previamente estabelecidas.

De seu turno, Silvio Luís Ferreira da Rocha entende que o modelo proposto pela Reforma do Estado não é adequado à nossa realidade constitucional, de sorte que sua efetiva implementação depende de alteração da Constituição Federal:

“Neste modelo em que o Estado se apresenta como um fomentador destas atividades, os recursos são repassados aos particulares mediante a celebração dos contratos de gestão e dos termos de parceria. Este modelo, contudo, não pode ser implantado à luz do texto constitucional que atribuiu ao Estado o dever de prestar, entre outros, os serviços de saúde e os serviços de educação (arts. 199 e 205 da CF), não podendo o Estado renunciar a estas competências. Por outro lado, a atividade administrativa de fomento, como visto, está marcada, especialmente, pelo princípio da subsidiariedade e o da repartição dos riscos, o que impede o

42 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parceiras na administração pública*, cit., p. 51.

43 Ibidem, p. 50.

Estado de promover, com recursos exclusivos do Tesouro Nacional, as atividades socialmente relevantes desempenhadas pelos particulares, que, por conta dos citados princípios devem investir recursos próprios nas atividades desenvolvidas, a fim de evitar que a filantropia venha a ser exercida exclusivamente com recursos alheios (governamentais) e o fomento transforme-se em sustento, com burla aos princípios da obrigatoriedade de realizar procedimento licitatório para contratar terceiros.”⁴⁴

Interessante mencionar aqui a crítica que Emerson Gabardo faz àqueles que associam o advento da administração pública gerencial com a importação de um modelo privado de gestão. Para ele, somente à Administração Pública pode ser imputada a obrigatoriedade legal de eficiência, sendo que, na esfera privada, a eficiência pode ser uma opção do empreendedor, que lida com interesses essencialmente particulares. Essa opção jamais pode ser transferida ao encarregado da execução de função administrativa, dada a necessidade de realização do interesse público no modelo republicano e democrático de Estado⁴⁵. Guardadas as devidas proporções, vez que o empreendedor privado não está fora do direito, podendo ser responsabilizado por má gestão, a verdade é que a crítica é procedente, na medida que, no trato da coisa pública, nunca se admitiu a possibilidade de o administrador agir de forma ineficiente. Tanto assim que muitos doutrinadores criticaram a constitucionalização do princípio da eficiência (introduzido no art. 37 da CF pela EC n. 19/98). A mais contundente crítica é a de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do direito, que mais parece um simples adorno agregado ao artigo 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma

44 ROCHA, Silvio Luís Ferreira da, *Terceiro setor*, cit., p. 40-41.

45 GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 21.

suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência.”⁴⁶

De toda sorte, a atividade administrativa não se concebe mais como puramente burocrática, como adstrita pura e simplesmente ao princípio da estrita legalidade. As amarras da estrita legalidade não se sustentam diante de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. A administração gerencial, assim entendida a gestão constitucional, legal, razoável e eficiente da coisa pública, consolida-se em substituição à gestão legalista do bem e interesse públicos.

Mas a evolução não parou por aí.

2.3 Administração pública conformadora

A ordem constitucional de 1988 consagrou largamente a democracia, resguardando a participação direta dos administrados na gestão da coisa pública, em diversas oportunidades. Essa participação pode ser entendida como um passo além da administração gerencial, para a administração conformadora. Nas palavras de Onofre Alves Batista Junior:

“Enfim, verifica-se a coexistência de uma Administração agressiva, prestadora e prospectiva. (...) A Administração, portanto, não se restringe a se posicionar perante o administrado como entidade eminentemente autoritária, como sequer se limita a ser um complexo de fornecimento de prestações individualizadas, mas possui indiscutível ‘função conformadora da sociedade’, cabendo-lhe zelar pelo equilíbrio de posições jurídicas contrapostas. A Administração Pública conformadora [...] transforma-se em uma grande entidade de composição de interesses (públicos e privados) das mais diferentes naturezas, iluminada pelo desiderato de eficiência administrativa, que deve contemplar o ‘longo prazo’.”⁴⁷

Evolui a ideia da consensualidade aplicada à Administração Pública como uma forma de incrementar a legitimidade de seus atos e começa

46 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 117-118.

47 BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 51.

a descoberta da possibilidade de pactuar com os interesses particulares, sem desviar-se do interesse público. Nesse sentido:

“A consensualidade na tomada da decisão administrativa (decisão consensual) dá-se através da promoção do interesse público pela função decisória administrativa seja ela em concreto ou em abstrato. Na decisão consensual coadjuvante o ente público *deve buscar a audiência dos interessados e, se possível, com eles manter o diálogo e a negociação do interesse, mas somente a ela caberá a decisão, justificando-as motivadamente*, por exemplo: coleta de opinião, debate público, audiência pública e assessoria externa. A decisão consensual determinante pode ser promovida através do plebiscito, referendo, audiência pública, cogestão e delegação atípica.”⁴⁸

Reprise-se: sem desvios dos pilares básicos do direito administrativo enumerados por Massimo Severo Giannini e lembrados por Edilson Pereira Nobre Júnior, quais sejam, o princípio da separação dos poderes, a legalidade da ação administrativa como limitação à arbitrariedade, o postulado da jurisdição absoluta e a existência de normas especiais para regular a atividade administrativa, normatizando e restringindo os antes arbitrários poderes do Estado.⁴⁹

É possível conceber uma maior participação democrática dos verdadeiros titulares do poder (o povo) no exercício diuturno da função administrativa. Essa ideia, importante destacar, vai ao encontro do ideal de flexibilidade, maleabilidade, adaptabilidade do direito, permitindo sua perpetuação. Em outras palavras, com a evolução da sociedade e das formas de exercício do poder, a flexibilidade do direito, sem distanciar-se dos pilares fundamentais, evita a completa ruptura, ao aceitar a adaptabilidade.

Na doutrina portuguesa, encontramos a lição de Pedro Machete, que defende que da aproximação entre Administração e administrado

48 SANTOS, André Luiz Lopes; CARAÇATO, Gilson. A consensualidade e os canais de democratização. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1, p. 809, grifos do original.

49 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, Função administrativa e participação popular, cit., p. 105.

decorre a paridade entre Poder Público e indivíduo. O doutrinador, lembrando Vasco Pereira da Silva, destaca que tanto a Administração quanto o administrado são sujeitos de direitos em identidade de posições de base, relacionando-se juridicamente em igualdade de condições, afastando a ideia de administrado como objeto de poder.⁵⁰

De toda sorte, esses autores portugueses não afastam a existência da supremacia do interesse público (perseguido pela Administração Pública) sobre o particular, em caso de irremediável conflito entre eles. A paridade a que se referem, na verdade, nada mais é que a superação da ideia arcaica do absolutismo disfarçado. O indivíduo deixa de ser visto como súdito, para ser visto pelo ordenamento jurídico como sujeito e titular de direitos e deveres.

Dentre os direitos, destacamos o direito de participação ativa na tomada de decisões administrativas. Essa participação contempla a possibilidade de conformar o interesse privado com o público, sempre que respeitados os pilares básicos do direito administrativo, já mencionados. Assim, admite-se a evolução do exercício da função administrativa para aceitar que a Administração se conduza de forma mais democrática, sem abrir mão dos poderes necessários para desincumbir-se a contento dos seus deveres – mas de forma menos impositiva ou autoritária – aproximando-se da sociedade.

3 A posição do administrado

Como se vê da análise de modelos de Estado e modelos de administração pública, a evolução do direito administrativo demonstra uma consagração do administrado como sujeito de direitos e deveres. Demonstra ainda a busca pela igualdade formal e material dos indivíduos, especialmente sem distinção de classes.

No Estado Absolutista, a pessoa era tratada como súdito, a quem cabia somente obedecer aos comandos do governante. Já na era do Estado de Direito, no modelo liberal, o indivíduo era tido como autossuficiente,

50 GAMA, Vasco Pereira da, *Em busca do ato administrativo perdido*, 1996, apud MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 33.

titular de direitos fundamentais, mas sem a possibilidade de reclamar ao Estado a garantia de seus direitos. No Estado Social, é visto como titular de direitos, com a possibilidade (e o dever) de exigir do Estado prestações positivas garantidoras de seus direitos individuais e coletivos. No modelo de Estado Administrativo, o indivíduo é coletivamente considerado titular de direitos e deveres, com capacidade para exigir prestações positivas do Estado, mas também para satisfazer suas necessidades individuais e coletivas de forma autônoma, caracterizando o Estado essencial, nem mínimo, como no liberalismo, nem máximo, como no socialismo.

Na administração burocrática, o indivíduo encontrava dificuldades para entender os meandros administrativos e ter resguardados, ainda que administrativamente, os seus direitos. Na administração gerencial, o indivíduo é tratado como cidadão, com poderes para exigir uma prestação adequada, eficiente e econômica dos serviços públicos. Na administração conformadora, ele é chamado a participar da formação das decisões administrativas, com a consagração da cidadania ativa.

Vale lembrar que a visão de Estado como mero instrumento de realização da pessoa humana nasceu com os movimentos liberais que eclodiram no Ocidente nos séculos XVII, XVIII e XIX.⁵¹

Não restam dúvidas quanto à necessidade de respeito e ampliação da participação popular direta em todos os âmbitos do Estado. Em especial, a Constituição Federal de 1988 consagrou, às claras, o princípio da soberania popular.⁵²

De fato, o artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988 nada mais é que a constitucionalização do princípio da soberania popular, que é inerente a todo Estado que se diz democrático.

Independentemente da forma de democracia vigente, ela pressupõe a igualdade e liberdade dos indivíduos, em especial porque o povo é o fundamento da legitimidade do poder.

51 RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 16.

52 Constituição Federal de 1988: “Artigo 1º - Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Nesse sentido, é claro que a participação popular é pressuposto do sistema político democrático ("governo pelo povo"), já que por meio dela se concretiza o princípio da soberania popular. Nas palavras de Elival da Silva Ramos, "está-se diante de um instrumento que é o *único* adequado à obtenção dos fins do Estado democrático: a chamada democracia instrumental é condição *sine qua non* da democracia dita substancial".⁵³

Falamos em instrumento porque a participação popular não pode ser considerada um fim em si mesma, mas apenas uma forma de legitimar o poder constituído segundo o regime democrático. Sem participação popular, não há democracia. Sem democracia, não há soberania popular. Nas palavras precisas de Georges Burdeau, "só há democracia autêntica quando o povo, suporte do poder político, está habilitado a exercê-lo diretamente, pelo menos a controlar-lhe o exercício".⁵⁴

Destarte, conclui-se que o sistema político pátrio é democrático, com a consagração do princípio da soberania popular no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal. Podemos dizer incorporado ao direito brasileiro, como direito fundamental, o direito de participação popular, na forma consagrada na Constituição Federal. Concretamente, a participação popular pode ocorrer de duas formas, quais sejam, o controle social *a posteriori* e a efetiva interferência no processo decisório.

Diz Juarez Freitas, ao tratar do controle social posterior à edição do ato administrativo, que a dialeticidade da atividade administrativa representa a perda de espaço das atitudes exorbitantes do direito comum para a consensualidade, sem prejuízo da coercibilidade que ainda pode remanescer nas mãos da Administração.⁵⁵

Essa tendência não é exclusividade do direito brasileiro. Na verdade, a ONU reconhece a necessidade de ampliação da participação democrática dos indivíduos na formação das decisões administrativas e

53 RAMOS, Elival da Silva, *A ação popular como instrumento de participação política*, cit., p. 21, grifos do original.

54 BURDEAU, Georges, apud RAMOS, Elival da Silva, *A ação popular como instrumento de participação política*, cit., p. 23.

55 FREITAS, Juarez, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, cit., p. 87.

legislativas e, mais concretamente, de forma já positivada, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prescreve, em seu artigo 41:

“1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial.”⁵⁶

Interessante lembrar que a democratização da Administração Pública está umbilicalmente ligada ao grau de participação popular no exercício da sua atividade principal. Se ultrapassado o patamar de participação para além do direito de eleição de seus representantes, mais democrática será a gestão da coisa pública. Como resume Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a forma de participação mais simples é a informação prévia, contemporânea ou posterior à edição do ato do Poder Público. Numa forma mais completa, a participação popular pode influenciar a decisão pública ou sua execução. Mais contundente ainda é a participação na elaboração da decisão, com a possibilidade de manifestação formal do interessado e consideração de tudo quanto alegado. E a manifestação mais concreta da participação popular na gestão pública é a coautoria na decisão, levando à corresponsabilidade pelo seu conteúdo. De toda forma, a possibilidade de conhecimento prévio dos procedimentos de tomada de decisões amplia os limites do controle dos atos do Poder Público e confere maior legitimidade à atividade pública.⁵⁷

Assim, a participação direta do administrado no exercício da função administrativa possui graus identificáveis pelo momento em que é

⁵⁶ FREITAS, Juarez, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, cit., p. 28, nota de rodapé n. 11.

⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Direito da participação política legislativa, administrativa e judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*, 1991, p. 72, apud MENCIO, Mariana, *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*, cit., p. 69.

deferida e a influência que tal atitude terá na formação da decisão pelo órgão competente. A participação popular direta constitui, assim, instrumento essencial de concretização do sistema político democrático, inerente ao modelo de Estado de Direito adotado no Brasil, especialmente em virtude da consagração do princípio da soberania popular.

4 Conclusão

A atividade administrativa é praticamente toda procedimentalizada, especialmente em razão da exigência de previsibilidade das decisões administrativas (decorrente diretamente do princípio basilar do Estado de Direito, qual seja, a segurança jurídica) e da ampliação dos limites do controle do exercício da função administrativa. A tomada de decisões pela Administração Pública também constitui um processo, que culmina num ato administrativo dotado dos atributos da presunção de veracidade e imperatividade. O fato de a República brasileira ser, por imposição constitucional, Estado Democrático de Direito, privilegiando a forma participativa de democracia, faz com que tenham maior legitimidade os atos administrativos que contaram, em seu processo de formação, com participação dos interessados (destinatários diretos ou indiretos do ato administrativo). Essa participação direta, para concretizar a maior legitimidade das decisões administrativas e para ser válida em termos jurídicos, deve ter sido efetiva, ou seja, precedida de publicidade eficiente, com dialeticidade a permitir a oportunidade de manifestação e consideração das razões propostas, e com divulgação das conclusões que a Administração extraiu do processo de participação.

A evolução pela qual passou a sociedade e o modelo de administração pública, com a consagração da qualidade do administrado não só como cidadão, mas como cidadão ativamente participante das decisões mais importantes, não há como admitir um retrocesso no direito administrativo a ponto de aceitar a supressão da participação popular direta no exercício da função administrativa do ordenamento jurídico pátrio. Somemos a isso o fato dessa participação influir na redução da conflituosidade, da litigiosidade e aumentar a eficiência e transparência da Administração Pública, verdadeiros pilares do Estado Democrático de Direito.

5 Referências

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (Coords.). *Estatuto da cidade: comentários à Lei federal 10.257/2001*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 335-354.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 20, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 480-504.

_____. *Parcerias na administração pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Estado de Direito e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 11, fev 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04 jul. 2009.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: WW Norton, 2000.

MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e princípio da legalidade. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Coord.). *Devido processo legal na administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 143-186.

MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MODESTO, Paulo. Função administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan/fev/mar 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 14 jul. 2009.

_____. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica(CAJ), v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br> . Acesso em: 01 ago. 2009.

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

_____. *Teoria do poder*: parte I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais*. Coimbra: Coimbra, 1994.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Função administrativa e participação popular. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 796, p. 104-113, fev. 2002.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTOS, André Luiz Lopes; CARAÇATO, Gilson. A consensualidade e os canais de democratização. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1.