



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Administração Pública Dialógica e Legitimação da Atuação Administrativa

Alexandre Rodriguez Bueno Ormerod

Rio de Janeiro
2012

ALEXANDRE RODRIGUEZ BUENO ORMEROD

Administração Pública Dialógica e Legitimação da Atuação Administrativa

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2012

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA E LEGITIMAÇÃO DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

Alexandre Rodriguez Bueno Ormerod

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Analista Judiciário. Pós-graduado em Direito Público e Tributário pelo Instituto A Vez do Mestre.

Resumo: O direito administrativo, assim como os demais ramos do direito, vem ao longo do tempo evoluindo de forma principalmente a assegurar os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Nesse sentido, deflui a denominada Administração Pública Dialógica que tem como principal característica a realização de um diálogo efetivo com todos aqueles que terão sua esfera de direito atingidas pela atividade administrativa. Desta forma, as decisões administrativas somente poderão ser consideradas legítimas quando, dentre outros requisitos, respeitarem a participação social.

Palavras-chave: Administração Pública Dialógica. Participação administrativa. Legitimação da atuação administrativa.

Sumário: Introdução. 1. Evolução do direito administrativo. 2. Administração Pública Dialógica. 3. Participação Administrativa. 4. Legitimação da Atuação Administrativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática da Administração Pública Dialógica e a Legitimação da Atuação Administrativa, vale dizer, a necessidade da atuação administrativa ser precedida de um verdadeiro e efetivo diálogo com todos aqueles que terão suas esferas de direitos atingidas por essa atuação.

Para tal, será analisada a evolução pela qual vem passando o direito administrativo de forma a também ele, assim como outros ramos do Direito, adaptar-se a um discurso efetivamente moderno, que permita a compatibilização entre as prerrogativas públicas,

imprescindíveis à atuação estatal, com os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988.

Diante dessa evolução, a possibilidade de o cidadão participar da atuação administrativa sinaliza como um importante instrumento para conferir maior legitimidade à atuação do Estado, além de também sinalizar como uma forma para melhor atender as expectativas dos administrados.

Resta saber, assim, se é possível compatibilizar certos dogmas do Direito Administrativo, como legalidade administrativa, supremacia irrestrita do interesse público sobre o privado, insindicabilidade de algumas decisões administrativas, unilateralidade, imperatividade, com uma maior participação do cidadão nas relações jurídico-administrativas.

Com o presente trabalho busca-se então demonstrar a necessidade da prévia realização de um diálogo com o cidadão como condição para a atuação administrativa, de forma a conferir maior legitimidade a essa atuação, bem como para que possam ser atendidas as expectativas daqueles atingidos ou beneficiados com tal atuação, sem que se descuide das necessárias prerrogativas jurídicas da Administração Pública.

No primeiro capítulo é analisada a evolução da disciplina direito administrativo, principalmente diante da influência dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal que inserem o ser humano no centro da ordem jurídica.

O segundo capítulo procura demonstrar que a evolução da administração pública deve ter como um de seus parâmetros assegurar aos administrados a efetiva participação, tendo como fundamento para tal o direito à boa administração pública e o princípio da segurança jurídica.

O terceiro capítulo trata da participação administrativa, como elemento da noção de administração pública dialógica, demonstrando a sua previsão em nosso ordenamento jurídico, seus efeitos e também os desafios a serem enfrentados para sua concreta efetivação.

Já o quarto capítulo visa a demonstrar que a participação social é um importante instrumento para conferir legitimidade às atividades da Administração Pública, aumentando assim a adesão espontânea dos administrados.

Assim, o objetivo geral do presente trabalho é demonstrar que a efetivação de um prévio e efetivo diálogo com todos aqueles que serão atingidos por uma atuação da Administração Pública é um importante instrumento para aumentar a legitimidade dessa atuação, efetivando-se assim uma verdadeira democracia .

1. EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

No século XIX, as grandes Revoluções Liberais proporcionaram o surgimento do Estado de Direito, a partir do momento em que o soberano aceitou ficar vinculado à lei, e a separação dos poderes, mediante a divisão de atribuições entre tais poderes.

De acordo com Odete Medauar¹ “as raízes do direito administrativo e as linhas fundamentais de sua sistematização o vinculam, nas formulações originárias, precipuamente ao Estado do século XIX.”

A subordinação ao direito e a existência de poderes com certa divisão de atribuições entre eles nesses Estados são características que repercutiram na elaboração do direito administrativo.

Além disso, as transformações pelas quais esses estados vêm passando ao longo do tempo têm grande influência nas transformações a que vem sendo submetido esse ramo do direito.

Muito embora os princípios liberais tenham repercutido de forma significativa no Poder Legislativo e no Poder Judiciário, a absorção desses princípios no Poder Executivo,

¹ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78.

sede da Administração Pública, acabou levando, ao contrário, à elaboração de institutos que reforçavam o poder de império do Estado.

Com o fundamento de que para o desempenho de suas funções a Administração Pública necessitaria preservar sua autoridade, foram desenvolvidos conceitos como discricionariedade, que excluía o administrado na formação do processo decisório, insindicabilidade do mérito, autoexecutoriedade, autotutela, poderes administrativos.

Esses conceitos todos tinham como idéia central, e que acabou se tornando um dogma do direito administrativo, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que serviria então como fator de legitimação de toda a atuação administrativa.

De forma a evitar interferências externas, tanto dos outros poderes, quanto dos administrados, na França foi desenvolvido, nesse mesmo século XIX, um sistema de controle de legalidade interno exclusivo para resolver as questões que envolvessem a Administração Pública, era o denominado “Contencioso Administrativo”.

Esse modelo francês acabou influenciando a administração pública não só dos países da Europa continental, como também serviu de inspiração para o modelo brasileiro, que passou a reproduzir esses conceitos na literatura jurídica do Direito Administrativo.

Essa evolução divergente da Administração Pública, além de tornar o Direito Administrativo um dos ramos mais conservadores do Direito, fez também com que essa disciplina sempre fosse uma das que mais demorasse a absorver as mudanças que já vinham sendo experimentadas por outras disciplinas.

Somente recentemente é que isso vem se revertendo, convergindo agora, afirma Gustavo Binbenbojm², “para um momento de inflexão teórica que se poderia caracterizar como uma crise de paradigmas do direito administrativo brasileiro.”

² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 22.

Explica esse autor que o termo paradigma “é utilizado em um sentido fraco, apenas para designar um conjunto de dogmas que, durante longo período, permaneceram imunes à crítica doutrinária”³. Essa crise se caracteriza pelo descrédito das antigas premissas teóricas da disciplina e pela emergência de novas.

Um dos principais fatores que levam à superação desses paradigmas e, conseqüentemente, à evolução da disciplina é a constitucionalização do Direito Administrativo.

Conforme leciona Luís Roberto Barroso⁴:

A idéia de constitucionalização do direito (...) está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares.

Essa incidência do Direito Constitucional sobre o Direito Administrativo conduz a uma revisão das estruturas clássicas dessa disciplina, principalmente visando a compatibilizar a atuação administrativa com a realização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Gustavo Binbenbom⁵ ensina que:

Na tarefa de desconstrução dos velhos paradigmas e proposição de novos, a tessitura constitucional assume papel condutor determinante, funcionando como diretriz normativa legitimadora das novas categorias. A premissa básica a ser assumida é a de que as feições jurídicas da Administração Pública – e, *a fortiori*, a disciplina instrumental, estrutural e finalística da sua atuação – estão alicerçadas na própria estrutura da Constituição, entendida em sua dimensão material de estatuto básico do sistema de direitos fundamentais e da democracia.

³ BINENBOJM, op. cit., p. 4.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 32.

⁵ BINENBOJM, op. cit., p. 26.

A constitucionalização do direito administrativo decorre, portanto, da adoção dos sistemas de direitos fundamentais e do sistema democrático como vetores axiológicos que devem pautar a atuação da Administração Pública, sendo que tais vetores convergem para um valor maior que é a dignidade da pessoa humana.

Esse novo enfoque do Direito Administrativo acarreta no reconhecimento da importância do ser humano, a qual fora afastada anteriormente pela adoção da concepção de supremacia do interesse público. Isso ocorre justamente porque a Constituição contempla um conjunto de direitos e garantias em favor do cidadão e contra o Estado.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁶ destaca ainda outra importante causa do resgate da Administração Pública e do Direito Administrativo, qual seja, o surgimento da sociedade, como indispensável protagonista de um novo e expandido diálogo democrático. De fato, na construção teórica do Direito Administrativo abordada anteriormente o administrado apresentava-se de modo absolutamente irrelevante ou de forma a figurar apenas como destinatário da atuação administrativa.

A concepção de que o fundamento do Direito Administrativo consistia na supremacia do interesse público importava na rejeição da importância do cidadão, dos interesses não estatais. Entretanto, as evoluções tecnológicas no campo das comunicações proporcionaram a sociedade maior acesso a informação, despertando, assim, sua consciência sobre sua relação com o Estado, principalmente para reclamar uma maior participação nas atividades desenvolvidas por ele.

Com isso, as formas de participação indireta, mediante a escolha de seus representantes, passaram a não atender mais as demandas dos cidadãos, tendo estes passado a exigir uma participação mais efetiva na construção da tomada de decisões que lhes afetavam e que afetavam a sociedade como um todo.

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.11-12.

Conforme afirma Marçal Justen Filho⁷, “trata-se de reconhecer que o protagonista do direito – inclusive e especialmente do Direito Administrativo – é o ser humano.”

A necessidade de superar esse distanciamento entre o administrado e a administração, provocado por concepções e institutos dessa disciplina que refletiam uma visão autoritária dessa relação, provocaram o crescimento e a diversificação dos meios de participação social nos processos decisórios do Estado.

Assim, conclui Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸ que:

[...] no horizonte prescritável da instituição estatal, é de se esperar o prosseguimento da tendência à pluralização das instituições participativas, não só multiplicando-as e facilitando a aplicação das mais tradicionais, como sejam o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular, como ampliando o uso das que estão despontando no campo do Direito Administrativo, como a coleta de opinião, o debate público, a audiência pública, o colegiado misto, as agências reguladoras e a mais recente delas, a delegação atípica, outorgada às chamadas entidades intermediárias.

Essa participação social na administração pública traz como importante consequência a atribuição de uma maior legitimidade as suas decisões, que serão por isso mais aceitáveis e facilmente cumpridas pelos administrados.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA

De acordo com Rafael Maffini⁹ “administração pública dialógica” é uma noção jurídica pela qual se busca impor como condição para a atuação administrativa a prévia realização de um verdadeiro e efetivo diálogo com todos aqueles que terão suas esferas de direitos atingidas por essa atuação estatal.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 78.

⁸ MOREIRA NETO, op. cit., p. 14.

⁹ MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 253, jan./abr. 2010, p. 161.

Segundo Juarez Freitas¹⁰ o direito à administração pública dialógica compreenderia as garantias do contraditório e da ampla defesa, isto é, o respeito ao devido processo, inclusive com duração razoável, bem como compreenderia também o dever de motivação consistente.

Tal direito, entre outros, estaria abrigado no direito fundamental à boa administração, que, conforme ensina esse autor, poderia ser compreendido como:

[...] direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.¹¹

O direito fundamental a uma boa administração tem previsão expressa no artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia (também denominada de Carta de Nice).

Apesar da falta de referência expressa na Constituição brasileira, para Rafael Maffini¹² “tal direito fundamental é cristalizado no Brasil a partir da conjugação de uma série de normas jurídicas que se encontram expressa e implicitamente postadas em nossa Carta Política.”

Da mesma forma, para Julio Cesar Finger¹³ “os deveres que surgem para a administração pública de qualquer dos países integrantes da União Européia, decorrentes de sua Carta de Direitos, são passíveis de serem exigidos da administração pública brasileira[...].”

¹⁰ FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22-23.

¹¹ *Ibid*, p. 22.

¹² MAFFINI, op. cit., p. 162.

¹³ FINGER, Julio Cesar. O direito fundamental à boa administração e o princípio da publicidade administrativa. *Interesse Público*, Belo Horizonte, n° 58, nov./dez. 2009, p. 136.

Para esse autor a existência de um direito fundamental à boa administração pública no Brasil tem como fundamento, inicialmente, o fato de não ser exaustivo o rol de direitos fundamentais do nosso Direito Constitucional em razão da abertura material do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, que permitiria que outros direitos, positivados ou não nela, recebessem o selo da fundamentalidade.

O outro fundamento seria que os direitos decorrentes do direito fundamental à boa administração pública estariam apoiados em normas constitucionais positivadas na Constituição de 1988: o direito à administração pública atenta à legalidade, imparcial, proba, transparente e eficiente encontraria positivação no caput do artigo 37; o direito à administração pública dialógica apoiaria-se nos dispositivos do artigo 5º, incisos LIV e LXXVIII; e o direito à administração pública responsável encontraria previsão no artigo 5º, inciso LXXIII, e no artigo 37, §6º¹⁴.

Além de consectário do direito fundamental à boa administração pública, a noção de administração pública dialógica pode ser considerada também uma decorrência do princípio da segurança jurídica, mais especificamente da noção de proteção da confiança ou das expectativas legítimas, conforme explica Rafael Maffini¹⁵:

[...] a noção de “administração pública dialógica”, do qual se colocam em posição proeminente primados jurídicos de relevância ímpar, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a noção de participação, entre outros aspectos dotados de status constitucional, pode ser igualmente considerado uma decorrência lógica da noção de “proteção da confiança”.

Sobre o princípio da segurança jurídica, Almiro do Couto e Silva¹⁶ leciona que:

¹⁴ FINGER, op. cit., p. 135-136.

¹⁵ MAFFINI, op. cit., p. 164.

¹⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 237, jul./set. 2004, p. 273-274.

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes: uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. (...) a outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

Segundo Soren Schonberg¹⁷, a proteção da confiança ou das expectativas legítimas pode ser vislumbrada a partir de uma tríplice perspectiva:

A) proteção substancial da confiança, que significa um conjunto de normas jurídicas que visam a manutenção e a estabilização das relações jurídicas emergentes da ação administrativa do Estado, em face de expectativas que, por certas razões, apresentam-se legítimas e, assim, dignas de proteção;

B) proteção compensatória da confiança, compreendida como o dever do Estado de ressarcir os prejuízos decorrentes da frustração de expectativas nele legitimamente depositadas pelos cidadãos;

C) proteção procedimental da confiança, consubstanciada na necessidade de uma atividade administrativa processualizada, em que se assegure a participação dos destinatários da função administrativa, sobretudo nos casos em que a administração pública venha a lhe causar prejuízos ou a lhe reduzir vantagens outrora concedidas.

Dessa terceira perspectiva da proteção da confiança, ou seja, no sentido de sua proteção procedimental é que decorre a noção da denominada administração pública dialógica, uma vez que impõe à administração seguir um procedimento, que para que possa ser considerado regular, deve obedecer aos requisitos formais e materiais derivados do princípio do devido processo legal.

De fato, conforme assevera Rafael Maffini¹⁸:

¹⁷ SCHONBERG *apud* Maffini, p. 164-165.

¹⁸ MAFFINI, *op. cit.*, p. 165.

[...] os destinatários da função administrativa não podem ser surpreendidos com a imposição de atos que lhes são prejudiciais ou com a extinção de condutas que lhes são benéficas, de modo abrupto, sem que se lhes assegurem tanto a ciência quanto à iminência de ocorrência de tais eventos danosos, quanto a efetiva participação tendente a evitar que eventuais prejuízos lhes sejam ocasionados. Daí a idéia de que a segurança jurídica e a proteção da confiança, em sua faceta procedimental, impõem sejam asseguradas a ciência e a participação prévia como condição formal para a eventual imposição de gravame pelo poder público na esfera de direitos dos cidadãos, aí incluído, por óbvio, a extinção de condutas administrativas que lhes são favoráveis.

A procedimentalização administrativa surge assim como um instrumento capaz de servir não só a proteção dos direitos dos administrados, mas também como uma forma de viabilizar a participação deles na formação da vontade estatal-administrativa.

Com isso, o procedimento administrativo assume relevante papel ao acentuar o grau de legitimidade da atuação administrativa, conforme explica Luziânia Carla Pinheiro Braga¹⁹:

O procedimento administrativo é canal de participação e instrumento chancelador da legitimidade das decisões levadas a efeito pela administração pública, em todos os seus âmbitos de atuação (exemplifica o exercício da cidadania). O procedimento administrativo opera como uma baliza de competências administrativas, como uma técnica procedimental, dosando direitos e liberdades para cidadãos-administrados e Estado-administração. A Administração formaliza de maneira compassada os seus atos decisórios que repercutem na esfera de direitos dos administrados, facultando a estes uma participação na construção do resultado final. O modo de proceder da Administração assume tinturas de legitimidade, antes não imaginadas dentro da autocracia própria da manifestação do querer estatal.

3. PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA

A noção de administração pública dialógica, além de ter englobada em seu conceito os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, tem também entre seus componentes a participação administrativa.

¹⁹ BRAGA, Luziânia Carla Pinheiro. Audiência dos interessados no procedimento administrativo português. In: MOSCON, Cleide de Fátima Manica (Org.). *Temas de direito público: justiça e administração pública*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 312.

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁰ o conceito de participação em relação ao Estado, entendida como participação política, é a atuação formal e informalmente admitida, dos indivíduos e dos grupos sociais, na ação juspolítica do Estado. Como este se diversifica em grandes funções e órgãos específicos, os Poderes do Estado, a participação política pode ser dividida em: participação legislativa, participação administrativa e participação judiciária.

A participação administrativa pode dar-se em qualquer dos campos da atividade administrativa do Estado e se apresenta como uma forma de possibilitar o diálogo do cidadão com a Administração. Essa participação visa, principalmente, à legitimidade dos atos da Administração Pública, podendo servir também como instrumento de controle desta.

Segundo Patrícia Baptista²¹ o desenvolvimento da participação administrativa como meio de legitimação próprio da Administração foi uma decorrência da crise das instituições da democracia representativa, bem como foi também uma decorrência de uma nova configuração da atividade administrativa, que passou a ter o indivíduo como centro das atenções da vida estatal e, em conseqüência, da vida administrativa, diminuindo assim a distância antes existente entre a administração e o administrado, deixando este de ser mero sujeito subordinado à Administração.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²² destaca que é na terceira fase da evolução da Administração Pública, no caso a Administração Pública do Estado Democrático de Direito, que a participação do particular se dá mediante atuação direta na gestão e no controle desta, nesse sentido afirma: “[...] a participação popular é uma característica essencial do Estado de Direito Democrático, porque ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade.”

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da democracia)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p.56-57.

²¹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 126-128.

²² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Participação popular na administração pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1993, p. 133.

Com efeito, o princípio democrático tem grande influência no desenvolvimento de técnicas de participação do cidadão no processo administrativo, já que a introdução de instrumentos dialógicos confere maior legitimação a atuação administrativa.

A possibilidade de participação do cidadão permite que ele, ao invés de somente intervir na atuação administrativa para se defender, para limitar os atos do poder administrativo, intervenha de forma colaborativa, fornecendo informações, elementos para que a Administração possa melhor atuar.

Através da participação o administrador tem condições de reunir uma maior quantidade de informações que possibilitarão a ele ter uma visão mais completa dos fatos, o que contribui para melhorar a qualidade das decisões administrativas, além de assegurar um tratamento mais justo aos administrados, permitindo à Administração alcançar melhores resultados na sua atuação. Outro aspecto importante da participação é o de assegurar ao administrado a ampla defesa e o contraditório quando estiver em jogo seu interesse.

Para Luziânia Carla Pinheiro Braga²³ “a necessidade de incentivar a troca de informações e de procurar soluções cuja proporcionalidade facilite o consenso, preservando a legitimidade de quem decide e a integração do administrado, impõe ao procedimento administrativo uma feição dialogante”. De acordo ainda com essa autora²⁴:

A missão funcional do poder público acolhe a contribuição do particular para a mais perfeita realização do interesse público, em virtude de, através de uma posição dialética ou de pura colaboração, enriquecer a perspectiva da Administração sobre a identidade, natureza e peso relativo dos interesses que povoam a situação real. A aproximação do particular com a Administração concorrerá para trazer ao procedimento um ganho do iter cognoscitivo melhorando o iter valorativo da decisão.

²³ BRAGA, op. cit., p. 346.

²⁴ Ibid., p. 348-349.

Como visto antes, essa nova vertente do fenômeno participativo, caracterizada pela intervenção na gestão e no controle, é uma característica da administração pública que surgiu a partir do Estado Democrático de Direito, segundo Patrícia Baptista²⁵:

a participação administrativa obteve lugar em vários ordenamentos constitucionais do Segundo Pós-Guerra e, desde então, doutrina e jurisprudência, no sistema europeu-continenta e no da common law, vêm se ocupando de construir a sua disciplina jurídica. No Brasil, o discurso da participação administrativa é ainda recente – foi introduzido pelas mãos da doutrina, após a Constituição de 1988 [...].

Conforme ressalta essa autora, a Constituição Federal de 1988 não expressou originariamente um princípio da participação como vetor da atividade administrativa, o que somente foi feito a partir da Emenda Constitucional n. 19/1998 que fez constar no §3º, do artigo 37 uma alusão manifesta à participação dos administrados na Administração, tendo contudo sido utilizado o termo “usuários”²⁶.

Embora nesse dispositivo esteja expresso o princípio norteador da participação administrativa, é possível encontrar em outros dispositivos da Constituição de 1988 a afirmação de outros direitos de participação dos administrados, quais sejam:

A) artigo 10 – assegura a participação dos trabalhadores e empregadores em colegiados de órgãos públicos nos quais os seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação;

B) §2º, do artigo 74 – atribui legitimidade a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União;

²⁵ BAPTISTA, op. cit., p. 121.

²⁶ Ibid., p. 152-153.

C) inciso VII, do artigo 89 – dispõe sobre a participação no Conselho da República, órgão superior de consulta do Presidente da República, de seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos.

D) artigo 187 – dispõe sobre a participação do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes na fixação da política agrícola;

E) inciso VII, do parágrafo único, do artigo 194 – arrola como um dos objetivos da organização da seguridade social a participação dos trabalhadores, dos empregadores e dos aposentados nos órgãos colegiados;

F) inciso III, do artigo 198 – elege a participação da comunidade como diretriz da organização dos serviços públicos de saúde;

G) inciso II, do artigo 204 – elege a participação da população como diretriz da organização das ações governamentais na área de assistência social;

H) inciso IV, do artigo 206 – prevê a gestão democrática como princípio reitor do ensino público;

I) §1º, do artigo 216 – dispõe sobre a colaboração da comunidade na promoção e proteção do patrimônio cultural brasileiro;

J) §1º, do artigo 227 – admite a participação de entidades não governamentais em programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente;

K) §3º, do artigo 231 – determina que sejam ouvidas as comunidades indígenas afetadas no caso de aproveitamento de recursos naturais existentes em suas terras.

Além desses, o direito de participação está consagrado na Constituição também no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, especificamente nos direitos de petição (inciso XXXIV, a, do artigo 5º), do contraditório e da ampla defesa (inciso LV, a, do artigo 5º), do

devido processo legal (inciso LIV, a, do artigo 5º) e de informação administrativa (incisos XIV e XXXIII, do artigo 5º).

Apesar da previsão nesses dispositivos, Caio Tácito²⁷ entende que “as normas constitucionais, que regem a participação popular, não são necessariamente auto-executáveis. As várias normas programáticas dependem da lei para abrigar modelos especiais e objetivos de real participação popular.”

Entretanto, este não é o entendimento de Patrícia Baptista²⁸ para quem:

Não parece, todavia, que se deva aqui seguir os passos das doutrinas italiana e espanhola (...), para sustentar o caráter programático ou a eficácia limitada da participação administrativa no ordenamento constitucional brasileiro e, assim, condicionar o reconhecimento de um direito subjetivo de participação administrativa à regulação infraconstitucional do art. 37, §3º. Pelo contrário, a interpretação sistematizada de vários dispositivos da Constituição de 1988 autoriza, desde logo, a afirmação de um direito genérico de participação dos administrados com estatura constitucional, independentemente de qualquer concretização pelo legislador ordinário.

A participação administrativa, embora tenha surgido visando conferir maior legitimidade à atuação estatal, enfrenta ainda alguns desafios para sua concreta efetivação.

O primeiro desafio a ser superado é a necessidade de desenvolver juridicamente esse instituto de forma a permitir a sua efetiva concretização, até como forma de estimular a participação do cidadão na Administração Pública.

Nesse sentido Patrícia Baptista²⁹ ressalta o perigo do excesso de retórica, em razão da dificuldade em precisar, de fato, em que consiste a participação administrativa, já que essa expressão comporta variados conteúdos, permanecendo o tratamento jurídico dispensado a ela em um plano abstrato e quase exclusivamente teórico, sem que seja realizada uma exata delimitação jurídica do fenômeno.

²⁷ TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, jul./set. 1997, p.5.

²⁸ BAPTISTA, op. cit., p. 153-154.

²⁹ *Ibid.*, p. 139-140.

Outro desafio que se impõe é a necessidade de que a ampliação dos instrumentos de participação na Administração não comprometa a eficiência administrativa, já que, de fato, a adoção de procedimentos participativos pode tornar mais lentos e caros os procedimentos para atuação da Administração.

Para Patrícia Baptista³⁰, é necessária a conjugação das exigências de participação e de eficiência, de forma que nem o processo decisório seja estendido a ponto de diferir em excesso o momento da decisão, sacrificando a eficiência administrativa, nem o reclamo por eficiência impeça a inserção de instrumentos participativos nesse processo decisório.

Por fim, na implementação da participação administrativa, de forma a garantir e estimular a participação ativa dos indivíduos na vida administrativa, devem ser buscados meios de superar o empecilho para o administrado que representam os custos dessa participação, em termos de tempo, recursos financeiros, falta de informações. Por outro lado, deve essa implementação também buscar formas de evitar a intromissão excessiva dos interesses sociais mais organizados em detrimento daqueles com inferior capacidade de mobilização.

No que tange ao acesso à informação, Luziânia Carla Pinheiro Braga³¹ destaca que a participação administrativa e o direito à informação estão fortemente ligados, gerando a denominada participação substancial, sendo que ausente a informação não há como se ter participação substancial, restando apenas uma participação meramente formal, que é prejudicial à Administração, uma vez que retira a credibilidade de sua atuação, impedindo assim que se realize a finalidade principal dessa participação, que é conferir maior legitimidade aos atos da Administração.

³⁰ BAPTISTA, op. cit., p. 158-159.

³¹ BRAGA, op. cit., p. 347.

4. LEGITIMAÇÃO DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

Como visto anteriormente, a expressão “administração pública dialógica” está relacionada à necessidade de se permitir a participação do administrado na atuação administrativa, tanto para a defesa de interesse próprio, quanto para a defesa de interesses gerais da coletividade.

Além de servir para o controle da Administração, essa participação administrativa do cidadão tem como principal objetivo conferir maior legitimidade à ação administrativa.

Sobre a conceituação de legitimidade, Antônio Carlos Wolker³² ensina que:

[...] legitimidade condiz com uma situação, atitude, decisão ou comportamento inerente ou não ao poder, cuja especificidade é marcada pelo equilíbrio entre a ação dos indivíduos e os valores sociais, ou seja, a prática da obediência transformada em adesão é assegurada por um consenso valorativo livremente manifestado sem que se faça obrigatório o uso da força.

Ainda conforme esse autor³³, esse conceito de legitimidade, fundado no justo consenso da comunidade e num sistema de valores aceitos e compartilhados por todos, representa um avanço em relação a um conceito anterior que reduzia e confundia sempre a legitimidade com o princípio da legalidade, ou seja, que tinha como fundamento da legitimidade a legalidade positiva.

No que tange à atuação administrativa, também ela inicialmente tinha a sua legitimidade fundamentada exclusivamente no cumprimento da lei. Nesse sentido assevera Patrícia Baptista³⁴ que “não se punha em causa o problema da legitimidade da Administração Pública, que, de um lado, tinha solução na legitimidade da lei, e, do outro, na legitimidade do titular do Poder Executivo.”

³² WOLKER, Antônio Carlos. Uma nova conceituação crítica de legitimidade. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, n. 5, out./dez. 1993, p. 27-28.

³³ *Ibid.*, p. 31.

³⁴ BAPTISTA, op. cit., p. 122.

Com efeito, a partir das revoluções liberais, em razão da impossibilidade de adoção da democracia direta nos Estados Modernos, foi adotado por esses estados o modelo da democracia representativa, servindo esta como meio de controle e legitimidade da atuação estatal, já que acreditava-se que os governantes agiam como fiéis representantes dos interesses dos cidadãos que os elegeram.

Entretanto, a partir das últimas décadas do século XX, a partir do surgimento de uma sociedade pluralista, em que se multiplicaram os centros de poder, esse modelo de democracia representativa passou a apresentar problemas que produziam reflexos diretos na legitimidade da ação administrativa.

Na sociedade pluralista, face à multiplicação de interesses, os partidos políticos já não conseguem mais aglutinar toda a gama de interesses presentes nessa sociedade, o que dificulta então a formação de uma vontade geral.

Isso acaba por gerar efeitos também na lei, conforme explica Patrícia Baptista³⁵:

[...] a imperfeição do processo de representação vigente viria também afetar o seu principal resultado: a lei. Designada, na democracia representativa, para ser a expressão exata da vontade geral, a lei vinculava e, ao mesmo tempo, legitimava a atuação administrativa. Esse edifício desmorona, no entanto, a partir do momento em que os interesses retratados na lei passam a ser identificados com os interesses de grupos [...].

Outro fator que contribuiu para a crise de legitimidade da Administração Pública foi a sua nova configuração, já que, a partir do século XX, multiplicaram-se os centros de decisão no interior da própria Administração, com a criação de agências reguladoras, empresas públicas e outros entes autônomos, alguns deles inclusive com relativa independência normativa e certa autonomia em relação ao poder central.

Portanto, não é mais possível continuar vinculando a legitimidade da atuação da Administração à do chefe do Poder Executivo, pelo fato deste ter sido escolhido pelos

³⁵ BAPTISTA, op. cit., p. 123-124.

cidadãos e de acreditar-se que ele representaria a vontade desses cidadãos, até porque grande parte da atividade administrativa pública dos novos entes administrativos passa ao largo daquele mandatário ou mesmo de seus delegatários diretos.

A crise das instituições da democracia representativa e da lei formal, bem como a proliferação de autoridades administrativas independentes, não diretamente subordinadas à vontade política de agentes eleitos chamaram a atenção para a falta de legitimidade democrática da Administração Pública.

Nesse contexto é que surgem novas formas de legitimação da atuação administrativa, uma delas é a constitucionalização da Administração Pública, isto é, a necessidade de observância dos princípios e objetivos fundamentais previstos na Constituição, a outra forma de legitimação é baseada na democratização do exercício da atividade administrativa.

Como ensina Gustavo Binimbojm³⁶, “tal democratização é marcada pela abertura e fomento à participação dos administrados nos processos decisórios da Administração, tanto em defesa de interesses individuais (participação *uti singulus*), como em nome de interesses gerais da coletividade (participação *uti cives*).”

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁷ a própria sociedade teria despertado sobre seu poder e sobre sua relação com o Estado, tendo passado então a reclamar maior participação nas atividades desenvolvidas por ele, em decorrência principalmente da elevação dos índices de informação e de educação.

Conforme explica esse autor³⁸:

[...] as pessoas não se conformam apenas em fazer a tradicional escolha subjetiva daqueles concidadãos que serão seus governantes e, gradualmente, demandam ser também ouvidas na tomada das decisões objetivas, que envolvam diretamente seus interesses individuais e metaindividuais específicos, notadamente aquelas a cargo da administração pública que se situa nos níveis mais próximos dos administrados.

³⁶ BINENBOJM, op. cit., p.77.

³⁷ MOREIRA NETO, op. cit., p. 12.

³⁸ Ibid., p. 12.

Com isso, a atuação da Administração Pública necessita de toda cooperação e colaboração possíveis não só para que seja mais legítima, mas também para que seja mais eficiente.

De fato, a adesão do administrado é facilitada quando ele tem a oportunidade de participar e colaborar para que a Administração Pública chegue a uma decisão adequada e justa, harmonizando os vários interesses envolvidos, confrontando-os e ponderando-os.

Nesse sentido, inclusive defendendo a legitimidade pela participação, leciona Gustavo Henrique Justino de Oliveira³⁹:

[...] a concordância ou aderência dos cidadãos aos provimentos emitidos pelos centros decisórios administrativos será uma consequência da maior legitimidade dessa decisão, pois seus pleitos, opiniões e sugestões foram ao menos apreciados. Isso acarretará maior eficácia e efetividade das decisões administrativas, sendo o caso de defender-se hodiernamente a legitimidade pela participação, inclusive como meio de obter-se maior eficiência no desempenho da função administrativa e maior justiça da decisão administrativa.

Assim, a aproximação do administrado das discussões, bem como das decisões em que seus interesses estejam diretamente envolvidos, mediante o desenvolvimento de instrumentos de participação, visa principalmente conferir maior legitimidade a atuação administrativa, tornando-a mais aceitável, além de ter como efeito a obediência espontânea a essa decisão, sem que seja necessária a utilização de qualquer meio de coerção.

CONCLUSÃO

O direito administrativo vem ao longo do tempo passando por algumas transformações, dentre essas se destacam as novas formas de legitimação da atuação da

³⁹ OLIVEIRA *apud* BRAGA, Luziânia Carla Pinheiro. Audiência dos interessados no procedimento administrativo português. In: MOSCON, Cleide de Fátima Manica (Org.). *Temas de direito público: justiça e administração pública*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 344.

Administração Pública: a constitucionalização da Administração Pública e a participação administrativa.

A denominada administração pública dialógica consiste justamente nessa necessidade da atuação administrativa vir precedida de um verdadeiro e efetivo diálogo com os administrados, de forma a permitir que eles possam intervir e colaborar tanto para a defesa de interesses próprios, como em nome de interesses metaindividuais.

O envolvimento dos cidadãos, por meio da criação de instrumentos que permitam a sua participação, traz como consequência o aumento do nível de legitimação da atuação administrativa, ou seja, promove a adesão dos mesmos sem que para tanto seja necessária a utilização de meios de coerção.

Desta forma, a participação administrativa qualifica-se como uma forma de legitimar a atuação da Administração Pública, já que promove a colaboração do administrado na construção da decisão administrativa, o que se coaduna inclusive com o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-63.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRAGA, Luziânia Carla Pinheiro. Audiência dos interessados no procedimento administrativo português. In: MOSCON, Cleide de Fátima Manica (Org.). *Temas de direito público: justiça e administração pública*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 309-400.
- COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 237, p. 271-315, jul./set. 2004.
- FINGER, Julio Cesar. O direito fundamental à boa administração e o princípio da publicidade administrativa. *Interesse Público*, Belo Horizonte, nº 58, p. 133-143, nov./dez. 2009.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65-85.
- MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 253, p. 159-172, jan./abr. 2010.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da democracia)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- OLIVEIRA *apud* BRAGA, Luziânia Carla Pinheiro. Audiência dos interessados no procedimento administrativo português. In: MOSCON, Cleide de Fátima Manica (Org.). *Temas de direito público: justiça e administração pública*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 309-400.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Participação popular na administração pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 127-139, 1993.

SCHONBERG *apud* MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante n° 3, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 253, p. 159-172, jan./abr. 2010.

TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 1-6, jul./set. 1997.

WOLKER, Antônio Carlos. Uma nova conceituação crítica de legitimidade. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, n. 5, p. 25-31, out./dez. 1993.