



Seção: Artigos Científicos

Participação na administração como direito fundamental

Administrative participation as fundamental right

Fábio Gomes dos Santos

Resumo: O presente artigo visa abordar a questão da possibilidade da participação popular na Administração ser considerada como direito fundamental, de cunho eminentemente político. Mencionando a expansão democrática atualmente verificada, confere-se especial atenção à participação na Administração Pública, sendo apresentadas diversas definições doutrinárias sobre o tema. São destacadas bases legais para amparar a participação no Brasil, principalmente em razão de sua qualificação como Estado Democrático de Direito. Após, discute-se a possível constituição da participação como direito fundamental, tomando por base a soberania popular. Tomando tais dados em consideração, sua inserção no quadro dos direitos políticos é abordada por meio da interpretação de alguns dispositivos da ordem jurídica brasileira. Finalmente, são apresentadas conclusões e feitas ponderações quanto à necessidade de prudência quando se trata da participação na Administração.

Palavras-chave: participação; participação popular na Administração; participação administrativa; direito administrativo democrático; direitos fundamentais; direitos políticos.

Abstract: This article aims at analyzing if the citizen's participation in the Administration could be seen as a fundamental right, political in nature. Regarding the current expansion of democracy, special attention shall be given to the participation in the Public Administration and several doctrinal definitions are presented on the matter. It's acknowledged the legal basis as a way to justify the participation in Brazil, mainly due to the country's status as a Democratic State of Law. In addition, it addresses the question on the participation in the Public Administration as a fundamental right based on the popular sovereignty. Taking these previous considerations into account, its insertion under the political rights is analysed through the interpretation of the Brazilian law. In conclusion, the ponderations regarding the necessity of acting prudently when dealing with this particular participation are presented.

Keywords: participation; popular participation in the public administration; administrative participation; democratic administrative law; fundamental rights; political rights.

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v1i2p436-453>

Artigo submetido em: fevereiro de 2014

Aprovado em: fevereiro de 2014

Este conteúdo está protegido pela lei de direitos autorais. É permitida a reprodução do conteúdo, desde que indicada a fonte como “Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo”. A RDDA constitui veículo de excelência criado para divulgar pesquisa em formato de artigos científicos, comentários a julgados, resenhas de livros e considerações sobre inovações normativas.

PARTICIPAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

*Fábio Gomes dos SANTOS**

Sumário: 1 Democratizar a Administração: o fenômeno da participação. 2 Base positiva e doutrinária. 3 Participação na administração como direito fundamental. 4 A participação na Administração como direito político. 5 Vantagens, desvantagens e conclusão. 6 Bibliografia

1 Democratizar a Administração: o fenômeno da participação

É fato sabido que o século XX trouxe a expansão da democracia de modo nunca dantes visto. A *democracia de massas*, na qual gigantescos contingentes populacionais influenciam as decisões tomadas em nome da coletividade, é uma realidade recente na história humana, em razão da qual com maior frequência se viu poucos decidirem o destino de muitos. Mesmo que com dificuldades — a democracia é uma prática trabalhosa, tanto na sua implantação quanto na sua manutenção¹ — ao que tudo indica, ela encontra-se fortemente enraizada no cenário atual.

Hoje, a expansão da democracia almeja mais do que a extensão do sufrágio, já relativamente amplo em países de base democrática sólida, como muitos Estados ocidentais. Trata-se de, em um passo seguinte, buscar o aumento dos espaços de participação (BOBBIO, 2000, p. 66-67) no interior destes países já, em certa medida, democráticos. O desafio da participação consistiria em tornar mais democráticas organizações de tipo hierárquico, ou mesmo burocrático, indo da "democratização do Estado à democratização da sociedade" (BOBBIO, 2000, p. 67). Definitivamente, a Administração Pública pode ser vista como um destes espaços², onde ainda são possíveis grandes avanços em questão de democracia.

A busca por uma maior democratização na seara administrativa não foi ignorada pela doutrina administrativista, que tem lhe dedicado crescente atenção, notavelmente a partir da década de 60 do século XX (MEDAUAR, 2003, p. 99-101). Discutiu-se o paradoxo de se viver em um Estado de regime político democrático, mas cujos

*Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco - FDUSP. Bacharel pela mesma instituição, com habilitação em direito político, administrativo e financeiro. Pesquisador vinculado ao NEPAD - USP e ao Centro Ibero-Americano da USP. Advogado.

¹ A história mundial é recheada de episódios autoritários, mesmo onde a democracia já havia sido estabelecida com algum sucesso. Não são poucos os exemplos que os livros de história fornecem, tanto em países europeus quanto americanos. Mesmo a adoção de um regime verdadeiramente democrático, pela primeira vez em sua história, ainda é um desafio para muitas nações africanas e asiáticas.

² "De qualquer modo, uma coisa é certa: os dois grandes blocos de poder descendente e hierárquico das sociedades complexas — a grande empresa e a administração pública — não foram até agora sequer tocados pelo processo de democratização. E enquanto estes blocos resistirem à agressão das forças que pressionam a partir de baixo [os cidadãos], a transformação democrática da sociedade não pode ser dada por completa." (BOBBIO, 2000, p. 70).

cidadãos ainda permaneciam *de facto* súditos perante a Administração³. Aludiu-se para o ensejo de alcançar-se não só uma *democracia de investidura*, preocupada unicamente com o modo de designação do poder, mas uma *democracia de funcionamento ou operação*⁴, para uma real efetivação dos ideais democráticos no exercício do poder.

A noção de *participação administrativa* tomará como referência um processo de maior aproximação entre cidadão⁵ e Administração, de crescente interação dos agentes públicos e particulares, como tendência que traz desdobramentos diversos⁶. Numa forma nova de se relacionar, os cidadãos deixam de ser vistos como entes passivos, inertes diante das decisões administrativas, passando-se não só a esperar pela participação destes, mas a efetivamente estimular a colaboração destes com a atividade estatal.

As relações entre os particulares e o Poder Público assumem tanto destaque que até chegam a embasar propostas teóricas de novos modelos estatais, como a do *Estado Relacional* (MENDONZA; VERNIS, 2008, 37-62), além de justificarem a imposição de novas funções à Administração, como a de garantir a existência de uma esfera pública, enquanto espaço de conexão entre as instituições públicas e os cidadãos (MENDIETA, 1996, p. 91-100).

Tal abordagem da relação cidadão-Administração traz consequências diversas, inclusive para a operacionalidade de noções clássicas do direito administrativo, como é o caso do aferimento do *interesse público*. Onde antes implicitamente pensava-se em termos próximos a um verdadeiro monopólio estatal na sua definição, hoje se ressalta a relevância de uma construção coletiva do *interesse público* no caso concreto. Isto se dá por meio da participação dos cidadãos na atuação administrativa, sempre levando em consideração a pluralidade de interesses envolvidos na decisão a ser tomada. Neste sentido, encontram-se construções atuais, capazes de reconhecer que, embora o Estado — e naturalmente, a Administração — possua um papel de destaque na busca pelo *interesse público*, tanto sua formulação quanto sua realização não

³ De acordo com o pensamento de Jean Rivero (MEDAUAR, 2003).

⁴ Conforme o pensamento de Antonio Baldassare (MEDAUAR, 2003).

⁵ Cumpre já consignar a opção pela escolha do vocábulo "cidadão" neste trabalho, ao invés de "administrado", "usuário", ou mesmo "cliente". Trata-se de escolha realizada para ilustrar a importância dada aos integrantes da sociedade como verdadeiros sujeitos que, enquanto cidadãos, são dotados não só de deveres, mas também de direitos frente à Administração. Assim, evita-se os rótulos que remontam a uma acepção econômica — visto o serviço público, por sua natureza, ter uma importância diferenciada para a comunidade — ou mesmo de "objetificação", como se os componentes da sociedade fossem nada mais que objetos a serem "administrados" pelo gestor público. O esclarecimento se torna particularmente importante neste artigo, visto que ele aborda temas de direito constitucional, onde o vocábulo "cidadão" tem acepção técnica, ligada ao exercício pleno de direitos de índole política. Ressalta-se, entretanto, que a noção de "cidadão" quando usada aqui, tem um sentido muito amplo.

⁶ Para uma abordagem da participação na Administração, enquanto tendência atual do direito administrativo cf. MEDAUAR, p. 228-236.

poderiam ser vistas como um monopólio estatal (SCHMIDT-ASSMAN, 2003, p. 165-168).

No Brasil, é possível dizer que um verdadeiro processo de *democratização administrativa* (OLIVEIRA, 2010, p. 19-23) teve como marco a Constituição de 1988, mesmo que a proposta de uma maior abertura democrática no Poder Público brasileiro seja anterior⁷. De fato, a definição dos limites da abertura para participação popular no Estado como um todo, para além da participação eleitoral, foi um dos pontos de conflito entre as forças políticas presentes na Constituinte (LOPES, 2008, p. 43-65). A divergência não impediu, entretanto, que a participação popular fosse prestigiada em diversos dispositivos daquela que foi denominada a "Constituição Cidadã", na expressão de Ulysses Guimarães, voltada à plena realização da cidadania (SILVA, 2010, p. 88-90).

Como etapa de verdadeiro reajuste nas relações entre cidadão e Estado⁸, os reflexos da participação se estendem por vários campos da atuação estatal. Especificamente quanto ao fenômeno da participação na atuação administrativa, há algumas acepções oferecidas pela doutrina que o abordam.

Relatando um quadro histórico da *participação popular* na função pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1993, p. 26-39), ressalta que a participação popular na Administração constitui elemento essencial do Estado de Direito Democrático. Em uma acepção bem abrangente do conceito, aduz que:

A participação popular na gestão e no controle da Administração Pública constitui o dado essencial que distingue o Estado de Direito Democrático do Estado de Direito Social. Corresponde às aspirações do indivíduo de participar, quer pela via administrativa, quer pela via judicial, na defesa da imensa gama de interesses públicos que o Estado, sozinho, não pode proteger (DI PIETRO, 1993, p. 38).

Apresentando definição mais restrita, Paulo Modesto faz interessante distinção entre o que ele denomina *participação administrativa* e *participação popular na Administração* (MODESTO, 2005, p. 2-3).

Segundo o autor, a *participação administrativa* seria mais ampla, correspondendo a "todas as formas de interferência de terceiros na realização da função administrativa do Estado", o que abrangeria um amplo leque de relações do Estado com os particulares, como a concessão de serviços públicos. Já a *participação popular na*

⁷ Cf. MEDAUAR, Odete. Administração pública ainda sem democracia. *Problemas brasileiros*, nº256, v. 23, mar./abr. 1986, p.37-53. No artigo citado, a autora já defendia um aumento da participação dos cidadãos na Administração antes da instalação da Assembleia Nacional Constituinte. Cabe notar que muitas ponderações feitas por ela, e por outros indivíduos no debate publicado no periódico, encontram-se ainda aplicáveis para a Administração brasileira do século XXI.

⁸ É bom lembrar que a busca por um aumento da participação do cidadão na Administração pode ser vista como parte integrante de um quadro maior, onde se buscaria o um incremento participação política do cidadão em todas as funções estatais. (MOREIRA, 1992)

Administração teria um alcance mais restrito, consubstanciando-se em parcela específica da *participação administrativa*. Embora ainda tratando-se de uma interferência de "terceiros" na realização da função administrativa, ela seria realizada tendo em vista, preponderantemente, o melhor para a coletividade, não para o indivíduo que interfere, realizando-se por meio da atuação direta dos cidadãos ou daqueles que os legitimamente representem (MODESTO, 2005, p. 2).

Tal distinção separa a dita *participação popular na Administração* de diversas situações de contato entre cidadão e Administração. São exemplos: o exercício de cargos públicos, em que se verifica uma relação profissional com a Administração; as prestações compulsórias, como o alistamento militar, e a prestação de serviços públicos por meio de concessão, nas quais se verificam interesses econômicos por parte do prestador⁹.

Odete Medauar também adota uma visão mais restrita em sua abordagem da *participação*, excluindo desta o exercício privado de funções públicas (concessões, etc); a atuação do indivíduo na defesa de interesses diretos perante a Administração, como quando da defesa deste contra uma multa; e a colaboração técnica. Em sentido mais estrito, destaca ainda a importância da participação de pessoas não inseridas no quadro profissional da Administração (MEDAUAR, 2003, p. 231).

Marcos Augusto Perez, que também opta pela denominação *participação popular na Administração*, restringe a abrangência desta, tanto no tocante ao exercício privado de função pública quanto em caso de defesa de direitos individuais (PEREZ, 2004, p. 87-115). Ademais, na tentativa de identificar especificamente instrumentos de *participação popular na Administração* no ordenamento brasileiro, o autor apresenta uma definição destes, que naturalmente excluiria aqueles que não se coadunam com ela:

podemos definir os institutos jurídicos de participação popular na Administração, em traços gerais, como instrumentos legalmente previstos que possibilitem aos administrados, diretamente, ou através de representantes escolhidos especificamente para este fim, tomar parte na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com o objetivo de tornar a atuação administrativa mais eficiente, e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca de adesão, do consentimento e do consenso dos administrados e, afinal, da abertura e transparência dos processos decisórios (PEREZ, 2004, p. 96).

O que se nota destas diversas conceituações, como traço comum, é o intuito de valorizar uma participação orientada politicamente, preocupada com a construção do

⁹ Estariam excluídas desta da noção de *participação popular* esposada pelo autor, por exemplo: a participação dos cidadãos enquanto ocupantes de cargos públicos, possuindo um vínculo profissional com a Administração; as participações compulsórias, como no caso do alistamento militar e a prestação de serviços públicos por meio de concessão (MODESTO, 2005, p. 2-3).

bem-estar coletivo. A possibilidade de os cidadãos afetarem o conteúdo das decisões administrativas reflete-se em outras definições do fenômeno participativo, como a oferecida por Gustavo Justino de Oliveira (2005, p. 167-194), que dá relevância especial a tal aspecto:

é possível definir a *participação administrativa*, como a possibilidade da intervenção individual ou coletiva dos cidadãos na gestão dos órgãos e entidades que integram a Administração Pública, com reflexos no conteúdo das decisões deles emanadas (OLIVEIRA, 2005, p. 178) (*grifo nosso*).

Apesar das diversas terminologias apresentadas pela doutrina¹⁰, todas consagram um pleito importante: o de participar ativamente na atuação administrativa. Cabe então, como próximo passo, investigar quais são as bases dogmáticas que poderiam lhe dar fundamento no ordenamento brasileiro.

2 Base positiva e doutrinária

Pleitear uma maior participação administrativa é pleitear uma maior concretização do princípio democrático. Então, não surpreende que fundamentação jurídica recorrentemente conferida ao pleito participativo tenha como ponto de partida o aspecto democrático de um dado Estado.

Canotilho (CANOTILHO, 2003, p. 87-102), tratando dos Estados constitucionais, aponta a democracia como um dos princípios estruturantes desse tipo de organização estatal. Tal princípio traria como exigência ao exercício do poder estatal uma forma de legitimação que lhe é própria: a democrática, fundada na participação do povo na formação dos atos estatais, no exercício da soberania popular.

Assim como outros constituintes ao redor do mundo, o brasileiro de 1988 não só optou pela democracia, mas consignou expressamente o qualificativo "democrático" à organização estatal por ele instituída. Assim, no caput do artigo primeiro da Constituição brasileira, declara-se que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito. Tal qualificação do Estado, segundo José Afonso da Silva "... irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica" (SILVA, 2010, p.119).

A opção pela democracia, enquanto decisão constitucional fundamental, conforme nota Schmidt-Assmann ao falar do Estado alemão, não só determinaria como se dariam os processos de tomada de decisão pelos poderes públicos, mas também ofereceria padrões para a atuação administrativa, que é o que aqui importa sublinhar.

¹⁰ Importante destacar que aqui serão utilizadas indistintamente expressões como *participação administrativa*, *participação popular na Administração*, ou apenas *participação*, quando em referência ao Poder Público. Isto se justifica pelo núcleo comum a todas as definições apresentadas, no que tange à possível participação do cidadão na atuação administrativa, que é o que aqui importa explorar como direito fundamental. Isto torna o texto menos cansativo, e não deixa o raciocínio desenvolvido preso especificamente a qualquer uma das concepções apresentadas.

A doutrina pátria de direito administrativo entende a possibilidade da abertura à participação administrativa como decorrência desta opção constitucional. Conforme dito, é comum que ela a fundamente com base no disposto pelo caput do artigo primeiro da Constituição de 1988.

Via de regra, a participação administrativa não aparece nos manuais constando do rol dos princípios do direito administrativo, diversamente do que ocorre em outros ramos da dogmática jurídica, como no direito ambiental. A doutrina chega até a fazê-lo algumas poucas vezes, ou mesmo a adotá-la como princípio inserido em um campo específico da matéria, como o processo administrativo.

Alçada ou não à condição de princípio administrativo, a participação popular em entes administrativos foi inegavelmente adotada pelo constituinte originário em diversos casos, assim como pelo decorrente, na esfera dos entes federados. A participação administrativa também tida como mecanismo institucional desejável em diversas ocasiões pelo legislador infraconstitucional, quando do tratamento de temas variados.

Rotineiramente, no Brasil, não se aborda especificamente a possibilidade de se entender participação popular na administração como um direito fundamental. Na doutrina estrangeira, é possível verificar tal debate; mas é inegável que cada ordenamento jurídico merece uma análise detida sobre o tema, devido às características que lhes são próprias.

No âmbito do direito comunitário europeu, o Tratado da União Europeia, valoriza a participação dos cidadãos europeus ao tratar dos princípios democráticos que orientam seu funcionamento. Ainda na Europa, no ordenamento italiano, a Constituição de 1947 aponta a participação como uma das finalidades da República italiana, mencionando-a em seu rol de princípios fundamentais. Isto fornece, de certo modo, uma base sólida para a doutrina italiana apontar a participação como um direito fundamental, de caráter subjetivo e individual. Há, ainda, outros exemplos de países europeus onde a participação é especificada como um direito fundamental, como no caso espanhol.

É possível indagar, então, se à semelhança de outros países, no Brasil a participação popular na Administração constitui-se em um direito fundamental dos cidadãos. E se eventualmente assim o for, de que tipo de direito fundamental se trataria? É o que se passa a abordar.

3 Participação na administração como direito fundamental

Já que aqui a atenção se volta ao direito positivo, vale lembrar que já foi mencionada, no item anterior deste trabalho, alguma base positiva à participação na Administração. Em resumo, fez-se referência à qualificação da República Federativa do Brasil como um Estado democrático, além de mencionados diversos arranjos na estrutura estatal

brasileira que favorecem a concretização da participação administrativa (BOBBIO, 2000, p. 66-67).

Entretanto, apenas tais referências, embora apontem para a importância da participação, não trariam um quadro concreto capaz de alçar a participação popular na Administração à categoria de direito fundamental, ao menos quando se observa unicamente o ordenamento positivo brasileiro, como aqui se pretende¹¹.

Muitas vezes a Administração não se mostra favorável à participação, mesmo em Estados que historicamente adotam modelos democráticos¹². Mesmo determinados arranjos de cunho participativo poderiam, em sua operacionalização concreta, dificilmente configurarem efetiva oportunidade de participação popular. Ou seja, o que se disse até então — quanto à qualificação do Estado brasileiro e quanto à presença de oportunidades de participação na estrutura administrativa — constitui apenas parcela da questão, embora seja parcela extremamente relevante.

Indaga-se de fato sobre a dimensão subjetiva da participação popular na administração, ou seja, disposições que tratem do direito do cidadão a intervir na Administração. Diante disso, não serão tratadas de premissas ou condições necessárias à implementação efetiva da participação¹³, mas apenas de sua previsão como direito fundamental, mesmo que de modo abstrato.

De início, cabe dizer que a participação popular na Administração não consta, explicitamente, do rol de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que foi aprovada em 1988 e alterada por, até então, 67 emendas, afora as seis revisionais. Ou seja, não se encontrará no corpo dela previsão expressa assegurando a participação popular na Administração como um direito fundamental.

Isto não significa, entretanto, que tal direito não esteja contemplado pela sistemática constitucional. De fato, a abertura do sistema constitucional aos direitos fundamentais, proporcionada pelo §2º do artigo 5º da Constituição, não deixa dúvidas quanto à existência de direitos fundamentais implícitos. Implicitamente, então, haveria algum indício de que a forma de participação que aqui se discute poderia se configurar em direito fundamental?

¹¹ Em razão do escopo escolhido, que privilegia a interpretação da base positiva, não se abordará, por exemplo, a possibilidade de a participação administrativa constituir direito fundamental como decorrência do direito à democracia, que figura entre os chamados direitos de quarta geração. (BONAVIDES, 2007, p. 570-572). Outro exemplo poderia ser a alegação da participação como parte dos direitos fundamentais inerentes à democracia deliberativa, de modelo habermasiano. (HABERMAS, 1997, p. 154-168)

¹² Cf. item 1, *supra*.

¹³ Tais como, por exemplo, a efetivação do direito à informação previsto no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição. Dificilmente pode haver uma participação de fato sem o mínimo de informação que a possibilite.

No esforço para responder a este questionamento, talvez seja importante começar a análise voltando ao artigo primeiro da Constituição, a que já se fez referência¹⁴, embora desta vez a atenção seja dada não ao *caput* do artigo, mas ao seu parágrafo único.

O dispositivo em questão consagra a *soberania popular* como elemento chave da República Federativa do Brasil, declarando o povo brasileiro como o titular original de todo o poder estatal, seja ele exercido por representantes eleitos, ou diretamente, nos termos da Carta.

Sendo o povo brasileiro, em essência, o titular do poder no Estado brasileiro, pertenceria aos cidadãos, mesmo que com limitações — tais como as inerentes ao sistema representativo, ou às regras condicionantes para a participação direta¹⁵ — o direito a participar na condução dos assuntos estatais. Ora, se a função administrativa figura entre as funções estatais, logicamente também haveria um direito à participação nesta, ao menos em abstrato¹⁶.

Na busca pela possível previsão deste direito, e ainda referindo-se ao parágrafo único da Constituição de 1988, cumpre dizer que, ao menos para o que se pretende aqui, não é necessário fazer distinções entre modelos de democracia, baseados na representação ou na atuação direta dos cidadãos, ao menos no que tange à ideia de participação¹⁷.

Embora coloque a participação popular na Administração inserida especificamente num contexto de democracia participativa, observa Marcos Augusto Perez: "os institutos de participação popular acabam por se integrar num contexto constitucional normativo, que admite tanto formas representativas de participação como as formas diretas." (PEREZ, 2004, p.91).

Concretamente, visto que muitas das formas de participação popular na Administração congregam elementos de mais de uma "forma", "tipo", ou "modalidade" de democracia, não faria muito sentido tratar delas separadamente quando se busca uma base positiva ao direito fundamental que se discute.

¹⁴ Cf item 2, *supra*.

¹⁵ São exemplos, respectivamente, de limitações inerentes ao sistema representativo e de regras condicionantes da participação direta: a exigência filiação partidária para a elegibilidade (artigo 14,§3º, V) e os requisitos para o exercício da iniciativa popular das leis (artigo 61, §2º), ambas em nível constitucional.

¹⁶ Cumpre ressaltar que aqui não se cuida de estabelecer como se dará tal participação, apenas de destacar a possível previsão de um direito.

¹⁷ Como faz, por exemplo, José Afonso da Silva, ao falar em três tipos de democracia: direta, indireta ou representativa e semidireta. (SILVA, 2010, p. 136-142). Cabe consignar que também o modelo de democracia deliberativa, de base habermasiana, tem desfrutado de destaque teórico quando se fala em modelos de democracia. Para uma abordagem de tais teorias, em um relato simplificado (SOUZA NETO, 2006, p. 126-155).

Tome-se, por exemplo, uma audiência pública. Nesta os cidadãos podem expor pessoalmente suas ideias, dialogando com um gestor público eleito democraticamente ou com os responsáveis pela condução das políticas públicas indicados por ele ou sob seu controle hierárquico. Concretamente, o que se verifica é uma complementaridade entre as formas de participar — diretamente ou por meio de representantes — em um quadro democrático cada vez mais complexo.

A partir do momento que se considera que a participação, enquanto direito fundamental, seria calcada na *soberania popular* já se sublinha um aspecto visivelmente político da participação administrativa. Assim, os contornos deste direito fundamental implícito, poderiam ser mais adequadamente desvendados pensando-o como um direito político. É este o rumo que agora toma esta análise.

4 A participação na Administração como direito político

O exercício da *soberania popular* pode ser visto em direta correlação com o exercício dos direitos políticos. É neste sentido que o artigo 14, *caput*, da Constituição de 1988 inaugura o capítulo que trata dos direitos políticos na Constituição: estabelecendo como ela seria exercida.

O capítulo IV da Constituição, onde se situa o artigo citado, trata explicitamente de mecanismos inerentes ao sistema representativo — como, por exemplo, os que disciplinam o sistema eleitoral — além de mencionar institutos da chamada democracia semidireta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Quando se trata de direitos políticos, é à utilização do conjunto destes mecanismos e institutos que rotineiramente se faz referência.

Também aqui, não há uma referência explícita ao que se deseja investigar, ou seja, a participação administrativa. Entretanto, conforme se verá, podem ser notadas certas similitudes conceituais quando se pensa na participação, seja esta no *governo*, seja esta na *Administração*.

Muito embora a *soberania popular*, mencionada tanto no parágrafo único do artigo 1º quanto no artigo 14 da Constituição de 1988, seja entendida tradicionalmente (FERREIRA FILHO, 2009. p. 116) (SILVA, 2010. p. 344-346) (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009. p. 779 - 845) como atinente a participações pontuais na condução do país — no processo eleitoral, ou por meio de instrumentos como o plebiscito — hoje é possível pensar no exercício de direitos políticos em uma acepção mais ampla. Tal acepção, além de participações *episódicas*, no *Governo*, abrangeria também uma participação mais *constante*, na *Administração*, via de regra a efetiva responsável pela condução diária dos afazeres públicos.

Observar a terminologia utilizada em alguns tratados internacionais sobre direitos políticos, já internalizados pela ordem jurídica brasileira, pode ser de alguma valia para justificar uma interpretação neste sentido.

Dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)¹⁸, em seu artigo 23, item 1:

Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a) *de participar da direção dos assuntos públicos*, diretamente ou por meio de seus representantes livremente eleitos. (*grifo nosso*).

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁹ traz redação semelhante, em seu artigo 25:

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas:

1. *de participar da condução dos assuntos públicos*, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; (*grifo nosso*)²⁰.

Mesmo um antecedente histórico mais distante, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 21,§1º dispõe:

Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
(*grifo nosso*)

Muito embora, até por razões históricas, tais dispositivos do ordenamento brasileiro tratem do exercício dos direitos políticos em um contexto democrático representativo — cuja implementação já é um grande desafio no cenário internacional — a redação deles, bem aberta à interpretação, poderia ser entendida como abrangendo a participação popular na Administração, se vista esta como parte da participação na "direção dos assuntos públicos" que os dispositivos visam assegurar.

Tal interpretação seria calcada, inclusive, em considerações de cunho pragmático. Não raro, é no interior da máquina administrativa que são tomadas importantes decisões quanto à consecução dos interesses públicos. Tanto é assim que a própria ciência política separa teoricamente, para melhor avaliar uma política pública, a

¹⁸ Muito embora ratificado pelo Brasil apenas em 25.09.1992, o pacto foi celebrado em San José de Costa Rica, em 22.11.1969.

¹⁹ Adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. O Congresso Brasileiro aprovou-o através do Decreto-Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, depositando a Carta de Adesão na Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas em 24 de janeiro de 1992, entrando em vigor em 24 de abril do mesmo ano.

²⁰ Cabe notar que a redação do pacto assemelha-se à redação escolhida pelo constituinte espanhol, a que se fez referência na nota nºn 46 *supra*.

definição de uma política pública, espaço tradicional do *Governo*, de sua implementação, concretizada geralmente por meio da atuação da *Administração*²¹.

Ademais, tal leitura poderia também ser reforçada em razão de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: a cidadania, constante do inciso II do artigo primeiro da Constituição. Mesmo que aqui não se fale de cidadania em toda a sua amplitude, inclusive enquanto direito fundamental (LOPES, 2006, p. 21-33), certamente a participação popular na Administração integra o exercício da cidadania, como meio de participação política.

Por fim, interessante destacar a razão do enquadramento da participação administrativa como um direito fundamental político, e não como um direito individual.

O início da positivação dos direitos políticos remonta, em seus moldes atuais, ao mesmo momento em que se deu à positivação de muitos direitos individuais. Era um momento em que tinha especial destaque a busca pela liberdade. É quando ocorre a positivação dos direitos civis e políticos, conhecidos como direitos de primeira geração pela doutrina (BONAVIDES, 2007, p. 562-564.).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, extremamente simbólica na conquista da positivação de tais direitos, além de enunciar diversos direitos individuais tradicionais, traz em seu artigo sexto²² a possibilidade de participação, direta ou por meio de representantes, na formação da vontade geral efetivada pelas leis. Mesmo na clássica lição de Benjamin Constant sobre a Liberdade, a ideia de influenciar na condução do governo fazia parte acepção desta para os modernos²³. Em sua análise sobre a democracia, também Hans Kelsen coloca a participação na formação da vontade política do Estado como uma liberdade (KELSEN, 2000, p. 27-34).

Importante salientar, entretanto, porque se entende ser mais adequado enquadrar a participação popular na Administração como um direito político do que como individual, mesmo sabendo que tal divisão é, de certo modo, apenas artificial, visto existirem direitos e garantias individuais de destacada importância política²⁴. Entende-

²¹ Para uma análise da implementação, e as dificuldades técnicas de isola-la, cf. TREVISAN, 2008, p. 529-550.

²² Conforme a primeira parte do dispositivo "*La loi est l'expression de la volonté generale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation.*"

²³ Aduz Benjamin Constant: "*Enfin, c'est le droit, pour chacun, d'influer sur l'administration du Gouvernement, soit par la nomination de tous ou de certains fonctionnaires, soit par des représentations, des pétitions, des demandes, que l'autorité est plus ou moins obligée de prendre en considération.*". Fonte: <http://www.panarchy.org/constant/liberte.1819.html>, com último acesso em 28/10/2011.

²⁴ Exemplos interessantes são o direito à informação (artigo 5º, XXIII da Constituição), que corresponde a instrumento para a obtenção de maior transparência da gestão pública, e a ação popular (artigo 5º, LXXIII da Constituição), que permite a anulação de atos lesivos ao erário.

se que a participação coaduna-se mais com uma índole ativa própria, de atuação do cidadão na condução dos afazeres coletivos, do que com o papel eminentemente limitativo da ação estatal que exercem os direitos e garantias individuais.

O tratamento doutrinário dos Direitos Fundamentais algumas vezes faz distinções neste sentido, separando os direitos de participação dos cidadãos na formulação da vontade do Estado dos direitos de defesa (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 229). Cabe como referência, sem desejar adentrar a complexidade das teorias da área, a *Teoria dos Status* de Jellinek. Embora recebendo críticas (ALEXY, 1993, p. 247-266), ela distingue o *status negativo*, de índole limitativa e ligado à proteção dos direitos individuais, do *status ativo*, ligado ao exercício da participação do cidadão na condução das questões estatais. O que importa, ao menos aqui, é ressaltar que diferenciações são feitas no sentido proposto.

Desta feita, entende-se ser tecnicamente mais adequado aproximar a participação popular na Administração dos direitos políticos — mesmo que se proponha, aqui, uma leitura ampla e atualizada destes — do que dos direitos civis tradicionais, voltados a impedir intervenções estatais na esfera individual. Trata-se de buscar, em uma análise sistemática, dar o peso adequado ao exercício da *soberania popular*, ressaltando a responsabilidade que o exercício dela traz consigo, para além da defesa de interesses preponderantemente individuais²⁵.

5 Vantagens, desvantagens e conclusão

Poderia ser eventualmente perguntado, se haveria vantagens em considerar a participação popular na Administração como um direito fundamental. Por outro lado, a prudência exige também cogitar da existência de desvantagens em fazê-lo.

Partindo-se da premissa que, para bem ou para mal, nunca é possível prever todos os desdobramentos de qualquer ato humano, e nisto naturalmente estão incluídas as construções teóricas, é possível apenas imaginar possíveis vantagens ou desvantagens.

Tratar a participação administrativa como um direito fundamental poderia colaborar com o fortalecimento do movimento de democratização da Administração a que se fez referência no início deste trabalho²⁶. Tratar a participação como um direito fundamental poderia consubstanciar, tanto para o legislador quanto para o gestor público, um dever de zelar por ela na construção da sociedade justa e solidária que almeja a Constituição.

²⁵ Hoje se destaca rotineiramente a importância de se ter em conta elementos de *sociabilidade* mesmo quando se fala em direitos individuais, como a propriedade (5º, XXIII da Constituição). Entretanto, pela sua própria formação, os direitos individuais sempre comportarão certa dose de *individualismo*, não sendo de todo ruim que assim o seja. O que se quer apontar é que, no exercício concreto da participação política, deve sempre estar presente um zelo com os interesses da *coletividade*.

²⁶ Cf. item 1, *supra*.

Dentro do desenvolvimento dos Direitos Fundamentais, também a especificação da participação popular na Administração, como um direito, poderia trazer benesses. Seria sublinhado o direito do cidadão de participar da atuação Administrativa, de um modo diferente do que faz, por exemplo, o direito de petição²⁷. Tratar-se-ia de salientar uma postura mais ativa do cidadão, destacando sua prerrogativa de participar dos assuntos públicos conduzidos pela Administração.

Um exemplo talvez clarifique a ideia que se quer expor. Imagine-se, por exemplo, um cidadão que é arbitrariamente proibido de participar de uma audiência pública presidida pela Administração, sendo que oficialmente ele tinha o direito de participar de tal evento. Mesmo tendo cumprido todos os requisitos para a sua admissão na audiência, o indivíduo fora deixado, injustificadamente, "de fora". Naturalmente, já existem no ordenamento jurídico brasileiro diversos fundamentos conceituais a serem utilizados quando se deseja contrariar a decisão administrativa, ao se advogar pela participação do indivíduo na audiência. Mas, certamente, a abordagem da modalidade de participação administrativa como direito fundamental, que aqui se propõe, poderia oferecer fundamento teórico mais específico para o pleito.

E quanto a eventuais desvantagens desta abordagem? Mesmo que os efeitos negativos das ações humanas não sejam mais previsíveis do que os positivos, um cuidado especial deve sempre ser tomado com eles, em razão de suas consequências, principalmente quando se fala de questões políticas.

Não poderiam ser aceitas situações em que, por exemplo, a necessidade da participação popular inviabilize completamente a atuação administrativa. A participação administrativa não só é dispendiosa, tanto em tempo quanto em dinheiro, como pode prejudicar toda a ação administrativa, se não ocorrer de modo responsável. A participação exige cuidados especiais na sua concretização. Por exemplo, quando se busca tanto a participação quanto à eficiência da atividade governamental (GRAU, 2006, p. 167-191) em um processo participativo, poderia haver facilmente a exclusão de diversos participantes se não tomados os cuidados devidos. Privilegiando apenas determinados atores sociais, poderá haver prejuízos para ambos os objetivos perseguidos.

Na efetivação da participação em concreto, não pode ser esquecido que a Administração possui traços particulares, tanto de atuação quanto de estrutura, que sempre a condicionam. Apenas alinhar os princípios presentes no *caput* do artigo 37 da Constituição com a participação já se mostra um grande desafio.

²⁷ O artigo 5º, XXXIV, "a" da Constituição traz tal direito individual. Como a própria redação do dispositivo constitucional deixa claro, sua função precípua é a de defesa de direitos contra arbitrariedades estatais, demonstrando uma função mais marcadamente limitativa do que especificamente participativa.

Ademais, embora aqui se entenda que a participação deva ser estimulada como decorrência da ordem constitucional brasileira, poderiam surgir tormentosas questões quanto a eventuais consequências de sua aceitação como direito fundamental. Por exemplo, dispositivos de cunho participativo, em âmbito constitucional, como o inciso VII do parágrafo único do artigo 194, poderiam ser defendidos com base no direito à participação administrativa contra eventuais emendas que os alterassem, de forma a findar com a participação popular neles consignada? E o que dizer da combinação deste novo direito fundamental às polêmicas teorias da Proibição do Retrocesso em matéria de Direitos Fundamentais?

São sempre questões difíceis, nas quais, se de um lado figura o direito de um povo de se auto-organizar, como eventualmente desejar, para enfrentar novos desafios que se apresentam, de outro se encontra a necessária proteção de conquistas no campo dos direitos fundamentais, muitas vezes arduamente adquiridas. Como tudo o que concerne à *res publica*, a participação administrativa deve ser tratada com toda a responsabilidade e prudência que as questões políticas merecem.

Chega-se ao fim desta exposição, na qual se tentou proceder de maneira respeitosa ao direito vigente e tratou-se do possível enquadramento da participação administrativa como direito fundamental, com perfil de direito político. Com isto, espera-se que, de algum modo, tenha sido feita uma contribuição ao desenvolvimento da democracia brasileira, no ensejo de tentar, de alguma forma, ajudar a levá-la para um espaço onde muitas vezes ela ainda não recebe o tratamento adequado: a Administração.

6 Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALLEGRETTI, Umberto. Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti, *Democrazia e diritto*, n. 3, 2006, Roma, p. 151-166.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 22^o ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7^o ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 24^o ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, vol. 191, jan./mar. 1993, p. 26-39.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 35^o ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Nuria Cunnil. Espacios públicos no estatales para mejorar la calidad de las políticas: una visión sobre América Latina. In VERA, Ernesto Isunza; OLVERA, Alberto J. (coords.). *Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil: participación ciudadana y controle social*. México: Miguel Angel Porrúa, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. *A essência e o valor da democracia*. In: A democracia, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na constituição federal de 1988: redefinindo a participação política. In BONAVIDES, Paulo; MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson; BEDÊ, Fayga Silveira (coords.) *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao prof. J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21-33.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A carta da democracia: o processo constituinte na ordem pública de 1988*. Rio De Janeiro: Topbooks, 2008.

MEDAUAR, Odete. Administração pública ainda sem democracia. *Problemas brasileiros*, nº256, v. 23, mar./abr. 1986, p.37-53.

_____. *O Direito administrativo em evolução*, 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*, 14º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDIETA, Manuel Villoria. *La modernización de la Administración como instrumento al servicio de la democracia*. Madri: Inap, 1996.

MENDOZA, Xavier; VERNIS, Alfred. El estado relacional y la transformacion de las Administraciones Públicas. In: LONGO, Francisco; YSA, Tamyko (eds.). *Los escenarios de la gestión pública del siglo XXI*. Barcelona: Bellaterra, 2008.

MIRRA, Alvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais no direito Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. nº 2, v.1, abr./jun. 1996. p. 50-66.

MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <[http:// www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 15/08/2011.

MOREIRA NETO, Diogo. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Administração pública democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Participação administrativa. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 20, abr./jun. 2005, p.167-194.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SCHMIDT-ASSMANN, John Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madri: Marcial Pons, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TREVISAN, Andrei Pittol; BELLEN, Hans Michael van. Avaliação de políticas públicas: uma revisão teórica de um campo em construção. *Revista de Administração Pública*, nº 3, vol. 42, 2008, p. 529-550.