

PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*)

1. Introdução

O tema — participação popular na Administração Pública — poderia ser intitulado de maneiras diversas, como “exercício privado da função pública” ou “colaboração do particular com a Administração Pública”. Aparentemente, têm todas as expressões o mesmo significado, mas as utilizamos para designar estágios diferentes da evolução da Administração Pública, nos quais, com fundamentos diferentes, foi diversa a forma pela qual o particular, de alguma forma, colaborou com a Administração Pública no desempenho de suas funções.

A expressão “participação popular” parece a mais oportuna, no momento presente, por ser inerente ao princípio democrático em que se inspira o Estado de Direito sob a fórmula adotada a partir do preâmbulo da Constituição de 1988: *Estado Democrático de Direito*.

2. A Administração Pública do Estado Liberal de Direito

2.1 Características

Conforme longamente analisado por Mariano Baena del Alcázar,¹ verificou-se, na Administração Pública do Estado Liberal, uma forte contradição entre a ideologia, segundo a qual o Estado devia atuar o mínimo possível, e o que efetivamente ocorreu, ou seja, o crescimento e robustecimento do Estado e, paralelamente, o crescimento e robustecimento da Administração Pública.

Ideologicamente, prega-se a separação entre o Estado e a sociedade civil; dentro de sua órbita de atuação — em especial nas relações internacionais e na manutenção da ordem pública — o Estado devia ser forte, dispondo, inclusive, de aparelhamento coativo indispensável para atingir essas finalidades. Mas na esfera própria da sociedade civil — em especial no domínio econômico — o Estado não devia intervir. Isto

* Procuradora do Estado e Professora Titular da Faculdade de Direito da USP.

¹ Mariano Baena de Alcázar. *Curso de Ciencia de la Administración*, Madri, Editorial Tecnos, 1985, vol. 1, p. 80 e segts.

gera uma separação muito nítida entre as idéias de *serviço público* e *atividade privada*; entre *direito público* e *direito privado*.

Na prática as coisas sucederam de modo diverso, pois houve, no século XIX, um crescimento da Administração Pública, provocado por vários fatores mencionados pelo referido autor espanhol:

1º) *Interpretação muito rígida do princípio da separação de poderes*; de um lado, como apenas o Ministro de Estado respondia perante o Parlamento, houve uma centralização de funções e de responsabilidades, colocando todas as unidades administrativas sob a hierarquia dos Ministérios, contribuindo para o fortalecimento do poder da Administração Pública; de outro lado, houve uma separação muito rígida entre a Administração Pública e o Poder Judiciário, como decorrência na jurisdição administrativa, sendo vedado a este apreciar qualquer questão de que a Administração Pública fosse parte;

2º) *separação entre Estado e Igreja*, o que fez com que a Administração Pública assumisse funções antes desempenhadas pela Igreja, em especial nas áreas da educação, saúde e assistência social;

3º) *grande expansão colonial*, que dá ensejo ao aparecimento de novos ramos administrativos ou de novas unidades destinadas a se ocuparem do controle e da administração das colônias;

4º) *polêmica entre livre-cambismo e protecionismo*, que se resolve a favor deste último, exigindo a implantação e o desenvolvimento de serviços aduaneiros eficazes;

5º) *insuficiência da iniciativa econômica privada*, que obriga o Estado a criar e ampliar sua política de subvenções;

6º) *transformações tecnológicas*, em especial a criação de serviços de correio e telégrafo, o fornecimento de gás e de energia elétrica, a construção das ferrovias, tudo isto ensejando intensa atuação da Administração Pública, que passou a socorrer-se, cada vez mais, do auxílio de companhias privadas para a execução de serviços para os quais ela mesma não estava adequadamente estruturada.

Todos esses fatores contribuíram, não só para que aumentasse o âmbito de atuação da Administração Pública, em decorrência do acúmulo de novas atribuições, como também que se desenvolvesse intensamente o direito administrativo. Pode-se dizer que as principais noções desse ramo do direito, ainda hoje utilizadas, tomaram corpo definitivamente nesse período.

2.2 Formas de atuação do particular

Não obstante a apregoada separação entre o Estado e a sociedade, entre o serviço público e a atividade privada, entre o direito público e o direito privado, o crescimento da Administração Pública forçou a utilização de vários institutos pelos quais o particular exercia determinados serviços públicos mediante delegação do poder público.

2.2.1 Concessão de serviço público

Uma das formas mais antigas de exercício privado da função pública é a concessão de serviço público.

Conforme ensinamento de Sayagués Laso,² se bem que a concessão conheça antecedentes longínquos, pode-se afirmar que alcançou contornos próprios e específicos no começo deste século, a partir do momento em que o trabalho da doutrina e a ação da jurisprudência lograram separá-la da concessão de obra pública, com a qual tinha estado confundida, principalmente por razões históricas. Até então se havia considerado que o importante era a construção de uma obra pública, enquanto sua exploração tinha só caráter acessório. Demonstra o mesmo autor que, em fins do século XIX, o aparecimento das estradas de ferro e o fornecimento de gás, primeiro, e a eletricidade, depois, fizeram ver que a concessão podia versar tanto sobre as obras em si mesmas, como sobre a prestação do serviço público correspondente, para entender-se, por último, que podia dar-se o caso em que o principal era a prestação desses serviços, estivessem ou não ligados à realização de uma obra ou de um trabalho público, os quais, inclusive, chegaram a constituir-se em elementos acessórios ou necessários do serviço.

O procedimento utilizado, inicialmente, foi a delegação da execução de serviços públicos a empresas particulares, por meio de concessão; por ela, o particular executa o serviço, em seu próprio nome e por sua conta e risco, mas mediante fiscalização e controle da Administração Pública, inclusive sob o aspecto da remuneração cobrada ao usuário, a qual é fixada por ato do Poder Executivo.

As vantagens e desvantagens da concessão, que seguiram a mesma evolução praticamente em todos os direitos que a adotaram, foram assim explicadas por Jean Rivero:³ “Na prática, o caráter de serviço público das empresas concedidas desenvolveu progressivamente todas as suas exigências; a autoridade pública foi levada a aumentar os seus poderes sobre o concessionário, a fim de obrigar a reger-se pelos imperativos de interesse geral. A contrapartida necessária destas intervenções que comportavam o risco de por em cheque as previsões financeiras do concessionário e de comprometer, pela sua ruína, a continuidade do serviço, foi a outorga ao concessionário de uma ajuda financeira cada vez maior. O casamento da autoridade pública com o empresário privado passou de um regime de separação de bens para o regime de comunhão. Por isso, o processo da concessão perdia, aos olhos do poder público, muito do seu interesse e, aos olhos dos empresários capitalistas, muito da sua sedução.”

Um outro aspecto da evolução é quanto à própria natureza da concessão. Nas origens, ela foi concebida como uma relação puramente contratual; porém, aos poucos, essa idéia, tão absoluta, viu-se contrariada por alguns fatores que tendiam a fazer prevalecer a noção de serviço público. É o que ensina Jean Rivero, acrescentando, depois, que, do ponto de vista ideológico, o declínio do liberalismo e os progressos do anticapitalismo incitavam o poder público a assegurar por si mesmo a gestão das grandes empresas estatais, eliminando delas o capital privado. Segundo o autor, esse movimento teve os seguintes resultados: por um lado, a concessão evoluiu muito, no sentido de uma associação entre concedente e concessionário; por outro lado, transferiu-se a qualidade de concessionário a entidades de administração indireta. Com isso, o regime de concessão alterou-se: ao lado das concessões conformes ao esquema clássico, existem outras que se afastam dele. É o que ocorre quando a concessão é

² Enrique Sayagués Laso. *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideu, 1963, tomo II, p. 11/12.

³ Jean Rivero. *Droit administratif*. Paris, Dalloz, 1973, p. 417.

dada a empresas estatais, pois as relações entre concedente e concessionário são necessariamente diferentes das que se mantinham com um concessionário privado: com este as relações eram contratuais; com as empresas do Estado, as relações são de tutela.

Hoje verifica-se um recrudescimento das concessões tradicionais, tendo em vista que os péssimos resultados alcançados pelas empresas estatais provoca um acentuado movimento no sentido da privatização, voltando, com todas as resistências sociais que se conhecem, à idéia de que a concessão deve ser dada a empresa particular. Quer-se diminuir a atuação do Estado empresário, para devolver-se ao setor privado a participação na gestão dos serviços públicos.

Embora se fale muito em privatização, na realidade esse é um dos pontos em que bem se sentem as contradições presentes na atual Constituição. Enquanto a de 1967, nos artigos 163 e 170, colocava o exercício da atividade econômica pelo Estado, como atividade *subsidiária* da iniciativa privada (norma essa nunca observada), a atual, no artigo 173, permite essa mesma atividade “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Vale dizer, deu uma abertura em relação à Constituição anterior. Além disso, em pelo menos duas hipóteses, exige que a concessão seja dada a empresas estatais: no artigo 21, XI, referente aos “serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações; e no artigo 25, § 2º, que diz caber aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado.

Isso, que significa o reconhecimento da concessão dada, por lei, às empresas estatais, não bate com a norma do artigo 175, parágrafo único, I, que se refere à concessão e à permissão como *contratos*, vale dizer, refere-se à concessão em sua forma tradicional.

2.2.2 Outras formas de atuação do particular

Além da concessão de serviços públicos, em sua forma original, inúmeros outros institutos existem que permitem ao particular colaborar com a Administração Pública no exercício de suas atividades: os contratos de locação de serviços ou de obras públicas; a requisição de serviços, como se verifica no caso dos jurados, dos que prestem serviço militar, dos que são convocados para trabalhar nas eleições; a delegação a titulares de certas profissões, como os intérpretes oficiais, os tradutores públicos, os leiloeiros, os comissários de menores; os convênios pelos quais o poder público se associa ao particular para a prestação de serviços de interesse comum, a exemplo do que se dá, no direito brasileiro, especialmente na área social (educação, saúde, assistência social, cultura); os particulares que, em decorrência de sua própria profissão, desempenham serviços delegados pelo poder público, como é o caso dos notários, dos comandantes de navio (que exercem poder de polícia e praticam atos referentes ao estado civil), dos padres (que celebram casamentos com efeitos civis; há, ainda, os particulares que, espontaneamente, prestam serviços públicos sem qualquer título específico ou genérico, substituindo-se à Administração em casos de urgente necessidade. Típicos exemplos são as ordens dadas e feitas cumprir, inclusive pela força, para aplacar tumultos, impedir a propagação de um incêndio, prestar socorro em casos de calamidade etc.

Em todas essas situações há dois elementos: um elemento *público*, que diz respeito à atividade; por outras palavras, a atividade que se exerce é uma atividade pública; e há um elemento *privado*, que diz respeito ao sujeito que presta essa atividade, pois ele é um particular que não tem qualquer vínculo empregatício com a Administração Pública. Em decorrência desse duplo aspecto, surgem também determinadas peculiaridades: uma primeira seria o fato de que esses particulares têm o *dever* de desempenhar um serviço público, sujeitando-se, inclusive, ao poder disciplinar da Administração Pública, que pode impor a eles determinadas sanções; mas, paralelamente, eles têm também o *direito* de desempenhar essas atribuições sem interferências indevidas da Administração Pública; é um direito semelhante ao que as autarquias e outras entidades da Administração indireta exercem também perante a Administração Direta; direito esse oponível até perante o Poder Judiciário.

Uma outra peculiaridade está no fato de que, em se tratando de execução de serviço público, os atos jurídicos praticados por esses particulares têm a natureza de atos administrativos, com todos os seus atributos, como a presunção de veracidade, a presunção de legalidade, a imperatividade, a executoriedade.

Com relação aos meios judiciais de controle oponíveis a esses particulares, a regra é a de que podem ser utilizados os mesmos oponíveis a outro particular qualquer, a não ser que haja uma norma expressa estendendo meios de controle específicos da Administração Pública, como acontece, por exemplo, no caso do mandado de segurança, que a própria Constituição prevê que pode ser impetrado não apenas contra a autoridade pública, mas também contra particulares que estejam agindo por delegação do Poder Público (artigo 5º, LXIX).

Ainda uma outra característica é o fato de que esses particulares, embora particulares, exercem uma parcela de poder de polícia sobre as pessoas que se utilizam dos serviços públicos.

3. *A Administração Pública do Estado Social de Direito*

Chegado a este ponto, é necessário prosseguir um pouco mais no exame da evolução da Administração Pública, para compreender os novos institutos que surgiram, sempre sob a ótica da colaboração do particular no exercício das funções administrativas.

Recorrendo, mais uma vez, à lição de Alcázar, pode-se afirmar que, a partir da 2ª metade do século XIX, começa uma imensa transformação da Administração Pública, que se acentuaria notavelmente depois da 2ª Guerra Mundial. É possível, segundo o mesmo autor, que o fator chave dessa transformação seja a passagem do Estado monoclasa para o Estado pluriclasa, com tudo o que isso significa em termos de necessidade de satisfazer às demandas crescentes que se colocam perante o Estado, no terreno econômico e social, pela totalidade da população e não só pelas classes privilegiadas. Já não se fala mais em interesse público apenas, mas em vários interesses públicos, representativos dos vários setores da sociedade civil. Este fato teve lugar em todos os países, embora com conseqüências um pouco diversas. Na União Soviética e nas democracias populares implantou-se o Estado Socialista, com o que ele significa de direção central da economia. Nas democracias ocidentais está vigente a noção de Estado Social de Direito, à qual é inerente a idéia de prestação de serviços, pelo Estado, à população, em grandes proporções.

A conseqüência foi a multiplicação dos interesses públicos, dos interesses difu-

tos, dos interesses coletivos; a diminuição da separação entre Estado e sociedade; e o aumento da colaboração do particular com a Administração Pública. Também se verificou uma complexidade crescente da organização administrativa, levando à chamada “burocratização do mundo”.⁴ Por outro lado, a proteção do interesse público deixou de ser prerrogativa do Estado, que não tinha condições de assumir todas as novas atividades de interesse geral; passou-se a falar em “privatização do interesse geral”.

Quais as atitudes que o Estado adotou frente a essa multiplicidade de novas atividades de interesse público?

a) algumas delas foram assumidas pelo Estado como *serviços públicos*, entrando na categoria de serviços públicos comerciais, industriais e sociais; para desempenhar esses serviços, o Estado passou a criar maior número de empresas estatais e fundações; seriam aquelas hipóteses em que há uma combinação, na mesma entidade, da natureza de empresa estatal e de concessionária de serviço público. A elas se aplica o artigo 175 da Constituição Federal;

b) outras atividades, também de natureza econômica, o Estado deixou na iniciativa privada, mas passou a exercê-las a título de intervenção no domínio econômico, por meio de sociedades de economia mista, empresas públicas e empresas sob controle acionário do Estado. Isto deveria ser feito com observância do princípio da subsidiariedade no no artigo 163 da Constituição de 1967, o que nunca foi observado.

Nessas duas primeiras atitudes que o Estado adotou, a participação do particular é pequena, porque nas empresas estatais predomina, normalmente, o capital público.

c) o terceiro tipo de atitude que o Estado assumiu foi a que se verificou em relação a certas atividades de interesse público que o Estado nem definiu como serviço público, nem passou a exercer a título de intervenção. Ele as deixou na iniciativa privada e limitou-se a fomentá-las.

O fomento é atividade administrativa, mas não é nova, porque já era praticado na Idade Média; foi grandemente utilizado no período do Despotismo Esclarecido; mas atingiu o seu apogeu no período do Estado de Direito Social, justamente como decorrência da ampliação as atividades de interesse público; quer dizer, o atendimento do interesse público deixou de ser monopólio do Estado, até por força do princípio da liberdade individual, que permite ao indivíduo fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, inclusive exercer atividades de interesse coletivo.

O fomento pode ser definido como uma atividade administrativa, porque é uma das atribuições do Estado que tem por objetivo atender a necessidades coletivas, enquadrando-se, por isso mesmo, no conceito de função administrativa, em oposição às funções legislativa e jurisdicional. É uma atividade que o Estado procura atender utilizando-se do particular. E para que o particular exerça essa atividade, o Estado utiliza inúmeros meios de incentivo, excluídos, naturalmente, os coativos.

Existem vários meios de fomento. Hector Jorge Escola⁵ fala em três categorias:

a) os meios *honoríficos*, que correspondem a *prêmios, recompensas, títulos e menções honrosas*;

⁴ apud Mariano Baena de Alcázar, ob. cit. p. 103.

⁵ Hector Jorge Escola. *Compendio de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1990, vol. I, p. 860-1.

b) os meios *jurídicos*, que trazem uma mudança na posição jurídica da entidade, dotando-a de algum privilégio que outras entidades não têm; trata-se de transferir a essas entidades prerrogativas que seriam próprias do Poder Público;

c) os meios *econômicos*, que consistem na entrega de bens ou de prestações ao particular.

Fernando Andrade de Oliveira⁶ indica quatro meios de fomento: os auxílios e subvenções pagos às custas dos cofres públicos; os financiamentos para quem queira realizar obras de interesse social; as isenções fiscais; e as desapropriações por interesse social, como, por exemplo, em benefício de uma pessoa que queira instalar um distrito industrial ou casas populares.

A característica principal desse tipo de prestação de atividade de interesse público é justamente a *colaboração* com o poder público. É uma atividade *paralela* ao Estado, ou seja, é uma atividade *paraestatal*. Seria aquilo que André de Laubadère⁷ considera como uma atividade que atua na vizinhança com o serviço público. Ela não é serviço público e não é atividade inteiramente privada. Ela está numa zona intermediária.

Nas palavras de Bernard Gény,⁸ em seu “*Ensayo d’une théorie générale de la collaboration des administrés avec l’administration*”, “se a administração não tem o monopólio do bem público, se ela não tem vocação exclusiva para satisfazer às necessidades gerais da coletividade, disso resulta que os particulares podem, paralelamente a ela, por seus próprios meios, perseguir os mesmos fins. Os serviços coletivos não são de essência administrativa; eles são de essência institucional”. Para o autor, a noção de colaboração por meio de atividade paralela implica a noção de instituição, a saber, de uma empresa de interesse geral, única suscetível de satisfazer a necessidades coletivas. Só uma empresa organizada coletivamente é capaz de assegurar a perfeita satisfação de necessidades de ordem coletiva.

4. *A Administração Pública do Estado Democrático de Direito*

Nesta terceira fase da evolução da Administração Pública, a participação do particular já não se dá mais nem por delegação do poder público, nem por simples colaboração em uma atividade paralela. Ela se dá mediante a atuação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública. É nesse sentido que 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.

De um lado, há de se realçar a existência de grupos na sociedade, que procuram se relacionar com o Estado, procuram influenciar as decisões do Estado e, em especial, da Administração Pública; é o caso dos partidos políticos, dos sindicatos, das grandes empresas, dos grupos empresariais. Muitos deles atuam como grupos de pres-

⁶ Fernando Andrade de Oliveira. *Conceituação do direito administrativo*. In RDA 120/14.

⁷ André de Laubadère, apud Françoise Roque, in *Revue du droit public*, 1990, n. 6, p. 1.785.

⁸ Apud Françoise Roque. *La fondation d’utilité publique au croisement du public et du privé*, in *Revue du droit public*, 1990, n. 6, p. 1.785.

são que, no dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁹ representem um perigo para a democracia, porque não atuam em benefício comum, mas em seu próprio benefício.

Mas há um segundo dado a realçar, que é a possibilidade de participação do próprio cidadão, individualmente considerado.

Nós vivemos em uma sociedade pluralista; por isso mesmo, não se pode dizer que apenas os grandes grupos têm possibilidade de participar. Os representantes dos vários setores da sociedade devem ter a mesma possibilidade. E nós vivemos também em um sistema em que se adota o princípio da liberdade individual, de maneira que ninguém é obrigado a filiar-se a um determinado grupo. Isto está expresso na Constituição em dois dispositivos: no artigo 5º, quando diz que ninguém é obrigado a associar-se ou a permanecer associado; e no artigo 8º, segundo o qual ninguém é obrigado a filiar-se a sindicato. Assim, essa participação do cidadão individualmente considerado é a mais importante, em termos de participação popular na Administração Pública.

Existem vários critérios para classificar as formas de participação. Jean Paul Ferrier¹⁰ considera três modalidades, que correspondem a três tipos diferentes de democracia:

a) a participação que ele chama de *ideológica*, porque o particular sabe que colabora para eleger aquela pessoa que irá atuar junto aos Poderes Públicos; é uma participação mediata, porque há um eleito entre o administrado e a Administração Pública;

b) a participação *psicológica*, comum nas pequenas comunidades, em que ainda há um eleito entre a Administração e o particular, mas já é maior a proximidade entre ambos, tendo o administrado maior poder de influenciar as decisões governamentais; por isso mesmo se diz que a descentralização de atribuições para os entes locais é um dado essencial para a democracia;

c) a participação *direta*, em que não há um eleito entre a Administração e o administrado. Esta é a que mais interessa ao tema específico deste trabalho, do qual serão excluídas as formas de participação popular no processo legislativo (veto popular, iniciativa popular etc), porque só interessam aqui as formas de participação na Administração Pública.

Serão consideradas duas grandes modalidades: a participação *direta* e a participação *indireta*.

4.1 Formas de participação direta

4.1.1 Direito de ser ouvido

Trata-se de direito relacionado com o direito de defesa, com o princípio do contraditório, com o devido processo legal. Normalmente, quando se fala em direito de defesa, logo se pensa em processo disciplinar. Mas, na realidade, esse direito de ser

⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 77.

¹⁰ Jean Paul Ferrier. *La participation des administrés aux décisions de l'administration*, in *Revue du droit Public*, 1974, n° 3, p. 663.

ouvido deve ser assegurado em todas as hipóteses em que haja limitações ao exercício dos direitos individuais. A Constituição assegura esse direito em dispositivos diferentes; um deles é o que garante o direito de petição, abrangendo não apenas o direito de requerer, mas também o de recorrer à Administração Pública nas várias instâncias até chegar ao grau máximo da hierarquia administrativa. A Constituição ainda assegura a todos os litigantes, seja em processo judicial, seja em processo administrativo, o direito de defesa e o princípio do contraditório, com todos os recursos a ele inerentes (artigo 5º, inciso LV). E ainda assegura o devido processo legal nos casos de limitação à propriedade e de perda da liberdade (artigo 5º, LIV).

4.1.2 *Enquete*

O vocábulo “enquete”, de origem francesa (“*enquête*”), designa, no caso, uma forma de participação consistente na consulta à opinião pública sobre assuntos de interesse geral; normalmente, precede a elaboração de normas de caráter geral, em que a apresentação de sugestões pelos interessados pode ser útil para a decisão sobre determinados assuntos de interesse público.

Trata-se de procedimento mais utilizado na Inglaterra e nos Estados Unidos. Segundo Jean Paul Ferrier,¹¹ na Gra-Bretanha, o domínio da enquete pública é mais amplo porque concerne praticamente todos os problemas de organização administrativa local (Local Government Act de 1933), de Saúde (National Health Service Act de 1946), de Planificação e Divisão do Território, de Licença para construir e de desapropriação.

Nos Estados Unidos, a lei de procedimentos administrativos, de 1946, prevê que, em casos de elaboração de normas de caráter geral, seja dada publicidade ao anteprojeto, de modo a permitir a coleta de sugestões.

No Brasil ainda não há muita coisa nesse sentido, mas há um começo. A Constituição Federal prevê, no artigo 58, a possibilidade de realização de audiências públicas, pelas Comissões do Congresso Nacional, com setores da sociedade civil. Independentemente — de previsão expressa, existem iniciativas de entidades, como por exemplo a Ordem dos Advogados do Brasil, os Centros Acadêmicos, que promovem debates sobre assuntos de grande interesse. Também se usa o procedimento de publicar anteprojetos pela imprensa oficial, com a expectativa de receber sugestões. Tais iniciativas não são, contudo, institucionalizadas, já que não atendem a qualquer exigência legal; são apenas adotadas por entidades públicas ou privadas, dentro do espírito de democratização e que acabam por contribuir para uma aproximação maior entre o cidadão e a Administração Pública.

4.2 *Formas de participação indireta*

4.2.1 *Participação popular em órgãos de consulta*

A consulta é um procedimento que surgiu nos regimes autoritários, porque o monarca, tendo que decidir sozinho, acabava por se cercar de conselheiros. Depois

¹¹ Ob. cit., p. 675.

de instaladas as democracias, manteve-se o procedimento da consulta, mediante a criação, junto à Administração Pública, de inúmeros órgãos consultivos (conselhos, comissões, grupos de trabalho, comitês), alguns com funcionamento permanente, outros provisórios, mas sempre contando com representantes da sociedade.

A Constituição Federal prevê um órgão dessa natureza — o Conselho da República — que, entre seus integrantes, conta com seis cidadãos, sendo dois eleitos pelo Senado, dois pela Câmara dos Deputados e dois nomeados pelo Presidente da República (artigo 89). Trata-se de órgão superior de consulta do Presidente da República, com competência para pronunciar-se sobre intervenção federal, estado de sítio, estado de defesa e outras questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas. Segundo José Afonso da Silva,¹² ele “foi inspirado no Conselho de Estado instituído nos artigos 144 a 149 da Constituição da República Portuguesa, e surgiu no bojo da proposta parlamentarista que, tendo caído, o deixou de herança dentro do presidencialismo, com certeza, para não merecer a menor atenção do Presidente da República, que, no personalismo do sistema, não costuma consultar senão os seus próprios botões (às vezes)”. Na realidade, o Conselho já foi constituído pelo atual Presidente da República.

Na legislação ordinária há previsão de vários conselhos, como o Conselho Federal de Educação, o Conselho de Defesa dos Direitos Humanos, o Conselho Tutelar. As universidades também contam, em seus órgãos colegiados, com representantes do corpo docente, do corpo discente e dos funcionários.

O grande problema dos órgãos de consulta é o da sua real representatividade. Para que esse caráter fosse assegurado, seria necessário que seus integrantes fossem eleitos pela própria sociedade e, de preferência, entre pessoas estranhas ao corpo dos Poderes do Estado, o que nem sempre acontece. De qualquer forma, os órgãos de consulta podem desempenhar um papel muito importante, em especial quando suas conclusões são vinculantes para a Administração; mas, mesmo quando isso não ocorre, sendo a sua existência apenas formal, eles contribuem para a maior aproximação entre a Administração e o particular.

4.2.2 *Participação popular em órgãos de decisão*

Trata-se da chamada cogestão, ou seja, da participação do particular em órgãos de decisão da Administração Pública. Alguns exemplos de órgãos de consulta também se enquadram nesta categoria, como ocorre com o Conselho Federal de Educação, o Conselho Tutelar previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (eleito pelos municípios), os colegiados das Universidades.

A própria Constituição Federal prevê várias hipóteses de gestão democrática: na seguridade social (artigos 194, parágrafo único, inciso VII, 198, inciso III, e 204, inciso II), na educação (artigo 206, inciso VI), na fixação da política agrícola (artigo 187), na proteção do patrimônio cultural (artigo 216, § 1º). A grande dificuldade decorre do fato de que se trata de normas programáticas que dependem de medidas posteriores para se tornarem efetivas.

¹² José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 556.

4.2.3 Participação por meio do “ombudsman”

O “ombudsman” nasceu nos países escandinavos e passou para outros países com denominações diversas, como mediador, ouvidor geral, defensor do povo, “procuratura”. O ombudsman (intermediário, representante) é um órgão de proteção dos cidadãos ligado ao Parlamento e que detém uma série de prerrogativas de controle da Administração Pública. Embora designado pelo Parlamento, ele atua com independência e sem muito formalismo. Ele recebe as denúncias dos administrados mas pode agir *ex officio* quando toma conhecimento de irregularidades por outros meios, como inspeções ou simples leitura de jornais. Verificando a irregularidade, ele não tem poder repressivo nem pode anular ou revogar o ato praticado pela autoridade pública. Segundo ensinamento de José Cretella Júnior,¹³ “todos os anos o Ombudsman apresenta ao Parlamento minucioso relatório de suas intervenções, na salvaguarda da legalidade, mas as autoridades administrativas têm o direito de defesa, mediante recursos especiais interpostos perante o tribunal competente ou comissões parlamentares. A importância do instituto do Ombudsman é muito grande na proteção das liberdades públicas do cidadão, contribuindo para criar clima de confiança na Administração, prevenindo abusos e arbitrariedades das autoridades administrativas. A grande publicidade dada as atividades do Ombudsman, aliada à força da opinião pública e ao prestígio que lhes empresta o Parlamento, fazem do instituto um dos meios mais eficazes para o controle da legalidade e da moralidade administrativa”.

No Brasil não existe uma figura semelhante ao Ombudsman, a não ser por algumas experiências locais e isoladas, como ocorre no Município de Curitiba, que criou, pelo Decreto 215, de 21.3.86, a Ouvidoria Municipal, com a finalidade de atuar na defesa de direitos contra atos e omissões ilegais ou injustas cometidas pela Administração Pública. Também no Município de São José dos Campos, no Estado de São Paulo, a lei orgânica criou a figura do Defensor do Interesse Público. Além disso, no âmbito da legislação ordinária, existe a previsão de vários órgãos com funções de receber denúncias e recomendar providências que façam cessar a incorreção de comportamentos administrativos.¹⁴

Em âmbito constitucional, o projeto Afonso Arinos tinha previsto o Defensor do Povo, que teria a atribuição de apurar irregularidades ou omissões das autoridades administrativas; porém, já no segundo substitutivo desapareceu essa figura. Ficaram, no entanto, na Constituição algumas medidas: atribuiu-se ao Ministério Público a competência para zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (artigo 129, inciso II); no artigo 74, § 2º, foi assegurado ao cidadão, aos partidos políticos, às associações ou sindicatos o direito de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União; no artigo 58, § 2º, inciso IV, foi atribuída às Comissões do Congresso Nacional competência para receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas. Na Constituição do Estado de São Paulo previu-se também a competência do Ministério Público para receber

¹³ José Cretella Júnior. *Direito Administrativo Comparado*, Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 266.

¹⁴ A respeito, Caio Tácito. *Ombudsman — O defensor do povo*, in RDP 85/43-51.

petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa ou entidade representativa de classe, por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição Federal e na Constituição Estadual, as quais serão encaminhadas a quem de direito e respondidas no prazo improrrogável de 30 dias (artigo 127); a função poderia ser de grande utilidade se, justamente no Estado de São Paulo, onde ela foi atribuída ao Ministério Público, seus membros não tivessem passado a ocupar importantes cargos do Poder Executivo, dentre os quais o de Governador.

O grande problema é que temos vários órgãos com funções semelhantes às do Ombudsman; com isso, ocorre dispersão de responsabilidades; e há até um desconhecimento por parte da população sobre a própria existência desses órgãos e dessas atribuições. Seria necessário que se criasse um órgão único, por todos conhecido e respeitado, e que concentrasse em suas mãos o poder de receber denúncias de irregularidades e de apurá-las.

4.2.4 *Participação por via do Poder Judiciário*

Por tudo o que foi dito, fácil é concluir-se que, no Brasil, o meio mais eficaz de participação popular ainda é o que se realiza mediante provocação do Poder Judiciário. Neste caso, o cidadão ou mesmo as associações privadas têm a possibilidade de participar do controle da Administração Pública, por intermédio da Justiça. Seria a “participação popular na administração da justiça”, fórmula com a qual se indicam as hipóteses em que o procedimento judicial é utilizado como veículo de realização do princípio participativo: o processo opera como um instrumento que torna possível a presença e o envolvimento de particulares e de grupos no controle da Administração Pública.¹⁵

Por isso mesmo, pode-se afirmar, com Marília Muricy,¹⁶ que “é bem-vinda a Constituição de 1988, ao introduzir, no sistema jurídico brasileiro, o reconhecimento dos direitos coletivos, que passam a figurar no rol dos direitos fundamentais... Mais significativo ainda é que, fugindo ao mero enunciado declaratório da titularidade coletiva de direitos, haja o texto da nova Lei cuidado de dar sentido prático às formas coletivas de manifestação da cidadania, instituindo a legitimidade processual dos grupos sociais organizados para a defesa dos interesses de seus associados e o mandado de segurança coletivo”.

Também não se pode deixar de mencionar a ação popular. Ela não é produto, evidentemente, do Estado democrático de Direitos, pois que encontra suas origens na antiguidade romana e foi instituída no direito brasileiro desde a Constituição de 1934. Mas é lamentável que não tenha acompanhado as novas tendências do constituinte em termos de defesa dos interesses coletivos; para atingir esse objetivo, teria sido necessário que a legitimidade para sua propositura fosse atribuída a entes coletivos, como constava do projeto original, mas que acabou não sendo mantido no texto da Constituição. Podemos ter ganho em termos de respeito à tradição, em termos

¹⁵ A respeito, Luís Filipe Colaço Antunes. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989.

¹⁶ Marília Muricy. *Cidadania, participação e controle do Estado. Novos instrumentos constitucionais*, in RDP 88/108-112.

técnicos, mas perdemos em termos de eficácia. A ação popular é um dos mais poderosos instrumentos de controle do interesse coletivo; porém é pouco utilizada pelo cidadão. E ela é altamente relevante, pelo fato de ter por objeto, entre outros, a proteção do patrimônio público, instrumento sem o qual se torna inviável a consecução de outros interesses públicos.

Além dessas medidas, não se pode deixar de mencionar o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão, aos quais Marília Muricy¹⁷ se refere como “alternativas em boa hora concebidas como antídotos ao perigoso veneno das chamadas normas programáticas, tão ao gosto de alguns juristas, dispostos ao acumplimento, em suas posições teóricas, com as omissões do Poder Legislativo.”

5. Conclusões

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 aspiração do indivíduo de participar, quer pela via administrativa, quer pela via judicial, da defesa da imensa gama de interesses públicos que o Estado, sozinho, não pode proteger.

A Constituição de 1988 trouxe alguns avanços nesse sentido. Mas grandes são as dificuldades, quer porque muitos dos instrumentos de participação estão previstos em normas programáticas, quer pelo desinteresse da grande massa da população, voltada que está para a própria sobrevivência, quer pelo desinteresse do poder público em implantar esses mecanismos.

Mariano Baena de Alcázar¹⁸ mostra as principais dificuldades na implantação de mecanismos de participação: de um lado, os políticos que estão no poder não têm interesse no surgimento de novos grupos participativos, pois isto significaria consagrar o estabelecimento de poderes rivais aos seus próprios; normalmente, reclamam a sua criação e se utilizam desses órgãos enquanto estão na oposição, porém perdem todo o interesse neles quando chegam ao poder. Além disso, os grandes grupos organizados, as pequenas organizações e associações privadas, e mais ainda o cidadão não integrado nesses grupos estão mal preparados para participar, do mesmo modo que as estruturas administrativas não estão estruturadas para isso, principalmente as do modelo continental europeu de tradição francesa. A sua conclusão é bem pessimista: diz o autor que permanece aberto o problema da aspiração de participação própria da sociedade pluralista e do Estado Democrático de Direito. As grandes decisões que afetam a vida pública continuam sendo adotadas pelos políticos e grupos burocráticos, em convivência com os grupos ou setores poderosos da sociedade. As pequenas associações e organizações, e mais ainda os indivíduos isolados, apesar da boa vontade dos autores dos textos legais e constitucionais, não têm na democracia pluralista outro meio de participação senão o das eleições.

Como um mínimo indispensável para a consecução dos ideais participativos, três medidas, pelo menos, precisariam ser adotadas:

¹⁷ Ob. cit., p. 111-112.

¹⁸ Ob. cit., p. 392-3.

1. a outorga de legitimidade ativa aos entes coletivos para propositura da ação popular, já que, nas mãos do cidadão, ela perde grande parte de sua eficácia;

2. a instituição de um “Ombudsman” semelhante ao modelo escandinavo, adotado em vários países, já que não tem produzido grandes resultados os ombudsman brasileiros disfarçados sob as vestes de Tribunal de Contas, Ministério Público, Congresso Nacional e órgãos esparsos;

3. interpretação adequada do mandado de injunção, pelo Poder Judiciário, de modo que sirva ao propósito de dizer efetivamente no caso concreto a maneira de aplicar a norma dependente de regulamentação. Para isso, é necessário que o Poder Judiciário se conscientize do seu papel de órgão criador do Direito; não no sentido do sistema da “common law”, não adotado no Brasil, mas no sentido de órgão que vai penetrar no espírito da Constituição para dela extrair toda a sua potencialidade. Sem isso será difícil tornar efetivo o *Estado de Direito*, que protege as liberdades públicas, o *Estado Social*, voltado para o bem comum, e o *Estado Democrático*, que garanta um mínimo de participação popular na gestão e no controle da Administração Pública.