



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

Apontamentos para uma *democracia administrativa*: a dimensão política do direito administrativa

Notes for an administrative democracy: the political dimension of administrative law

Robertonio Santos Pessoa

Resumo: Partindo-se de uma concepção tridimensional da estrutura do direito administrativo, o artigo aborda o tema da “*democracia administrativa*”, buscando examinar suas implicações para essa disciplina jurídica, principalmente no que concerne a um resgate da sua dimensão político-democrática. Para tanto, intenta-se delimitar o conceito de “*democracia administrativa*” e suas relações com o conceito de “*democracia representativa*”. Intenta-se, também, examinar os obstáculos de caráter político-ideológico e dogmático-epistemológico para uma integração dessa ideia no direito administrativo brasileiro. Ao final, apontam-se quais práticas democráticas deveriam ser incorporadas na administração pública para o incremento de uma *democracia administrativa*.

Palavras-chave: Direito administrativo; *democracia administrativa*; dimensão política do direito administrativo.

Abstract: Starting from a conception of the three-dimensional structure of administrative law, the article addresses the theme of “*administrative democracy*”, seeking to examine its implications for this legal discipline, especially with regard to a rescue of its political-democratic dimension. To this end, it seeks to define the concept of “*administrative democracy*” and its relations with the concept of “*representative democracy*”. It is also intended to examine the obstacles of a political-ideological and dogmatic-epistemological character to incorporate this idea into Brazilian administrative law. In the end, it is pointed out which democratic practices should be incorporated into public administration in order to increase administrative democracy.

Keywords: Administrative Law; Administrative democracy; political dimension of administrative law.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v8i1p01-18>

APONTAMENTOS PARA UMA *DEMOCRACIA ADMINISTRATIVA* – A DIMENSÃO POLÍTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Robertonio Santos PESSOA*

Sumário: 1. O tema da democracia administrativa; 2. A tradição antidemocrática do direito administrativo brasileiro; 3. Democracia administrativa e democracia representativa; 4. Democracia administrativa – resgate da dimensão política do direito administrativo; 5. Avanços democráticos e obstáculos ao incremento de uma “democracia administrativa”; 5.1. Obstáculos político-ideológicos; 5.2. Obstáculos dogmático-epistemológicos; 6. Democracia administrativa e formas de participação; 7. Por um direito administrativo mais democrático; 8. Referências bibliográficas.

1. O tema da “*democracia administrativa*”

Sobre o tema da “*democracia administrativa*” muito se tem falado no direito comparado, principalmente no direito europeu. O tema deitou raízes mais profundas na França, não por acaso a pátria reconhecida do direito administrativo moderno.¹ Na França, esse debate tomou um novo impulso desde a eclosão do movimento dos Coletes Amarelos (*Gilets Jaunes*) em 2018, que pôs na agenda pública a necessidade de reformas no sistema democrático, o que implica, também, “transformar em profundidade o sistema administrativo, para torná-lo mais próximo dos cidadãos e mais acessível”, como bem observou Stéphane Wojnarowski (2018, p. 5).

Embora o conceito de *democracia administrativa* tenha aparecido como novidade somente nos últimos anos, o tema da “democratização da administração pública”

* Doutor em direito administrativo pela UFPE (2013). Professor associado II da Universidade Federal do Piauí. Procurador da Fazenda Nacional.

1 A prestigiada Revue Française d'Administration Publique, dedicou duas edições à questão da “democracia administrativa” (2011/1-2/nº 137-138). Sobre o tema, Francois Lafarge assim se manifesta: “(...) Surtout, le développement de la démocratie administrative apparaît comme une nouvelle dimension de l'europeanisation des administrations nationales. Après l'élargissement de la libre circulation aux agents publics et l'application des accords du dialogue social européen, après l'europeanisation par la coopération administrative, il s'agit ici en quelque sorte d'une troisième phase : l'europeanisation par les droits fondamentaux. De fait, on constate à la lecture des textes qui suivent que les instances européennes au sens large (Union européenne et Conseil de l'Europe – Cour européenne des droits de l'homme) jouent un rôle moteur dans l'élaboration et dans la diffusion des mécanismes relevant de la démocratie administrative. Certes, ce rôle ne signifie pas pour autant qu'elles sont toujours à l'origine de ces mécanismes. En effet, plusieurs États membres (Allemagne, Autriche...) peuvent se prévaloir de traditions en ce sens, à la fois antérieures et bien établies. Mais l'originalité de leur rôle est d'insuffler une dynamique propre à ces mécanismes. Elles en généralisent l'application, les approfondissent ou du moins les portent à un point élevé de perfectionnement formel ; surtout, elles les étendent, par des voies directes (l'obligation juridique) ou indirectes (leur capacité d'influence est loin d'être négligeable), à l'ensemble des États membres, y compris donc à ceux d'être eux qui, à l'instar de la France, ne connaissaient pas de telles traditions” (LAFARGE, Francois. Introduction. In: Revue Française d'Administration Publique. Paris, n. 137, jan./mar. 2011, p. 7-14).

não é novo, tendo acompanhado a dogmática jurídico-administrativa ao longo da sua trajetória, principalmente em períodos de redemocratização e reconstitucionalização, como ocorreu no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Mesmo em países com larga tradição democrática, a questão da democratização da administração pública sempre reaparece, como se percebe nos esforços surgidos no sentido da melhoria da situação jurídica dos cidadãos nas suas relações cotidianas com o aparelho administrativo, com a edição de leis de processo administrativo, de acesso à informação e documentos, e outras prevendo audiências e consultas públicas em face de decisões administrativas importantes. Essas iniciativas pontuais e fragmentadas, contudo, já não parecem mais satisfazer a um disseminado anseio de democratização das relações administrativas, que parece definitivamente incorporado ao espírito do nosso tempo (*Zeitgeist*), para usar uma expressão do filósofo alemão Hegel.

Assim, o conceito de “democracia administrativa”, como esclarece Jean-Bernard Auby (2011, p. 13), supõe, para além de inovações particulares que conferem direitos de participação aos cidadãos nas decisões públicas, uma reflexão mais sistemática no que concerne às exigências do Estado democrático, que não se limitam apenas às eleições, devendo impregnar o funcionamento cotidiano dos aparatos administrativos e da sua ação pública. Em matéria de ação administrativa, os “cidadãos” não podem mais ser encarados como simples “administrados”, ou “clientes”, desejosos de maximizar seus ganhos como usuários no mercado dos serviços públicos, como apregoa a corrente norte-americana da *public choice*. Paralelamente a uma consciência cada vez maior dos limites da democracia representativa, que cresce em todo mundo, avulta o sentimento de que o ideal democrático deve avançar para além das suas fronteiras. E esse “além” da democracia representativa tem um *locus* privilegiado no contexto mais amplo das relações cotidianas entre a administração pública e os cidadãos, promovendo-se, cada vez mais, o incremento de uma “democracia do cotidiano” (AUBY, 2011, p. 14).

Conforme Eduardo Jordão (2019, p. 34), a mais recente tendência do direito administrativo francês das duas últimas décadas tem sido no sentido de reforçar cada vez mais a legitimidade política da ação administrativa. Esta tendência está vinculada principalmente ao progressivo reforço procedimental da atuação administrativa, sob a influência da tradição anglo-saxônica. Este movimento de democratização da ação administrativa intenta alcançar dois objetivos básicos: um alargamento da transparência da administração pública, obrigada cada vez mais a tornar público seus processos decisórios, seguido de um uma maior abertura à participação popular nestes processos. Este movimento, que teve em foco num primeiro momento a atuação das agências reguladoras, tende agora a se expandir para toda a administração pública segundo intensidades diversas.

2. A tradição antidemocrática do direito administrativo brasileiro

O tema da democracia administrativa nos remete, como contraponto, ao paradigma tradicional do direito administrativo, centrado numa ideia autoritária de interesse público, e em noções fluidas de prerrogativas do poder público, de submissão dos administrados nas relações administrativas e de intangibilidade do mérito administrativo, forjou uma dogmática acentuadamente autoritária a serviço dos donos do poder, como bem registrou Gustavo Binbenjy (2006, p. 9-10). Assim, a teoria e a prática do direito administrativo mantiveram-se, em grande parte, impermeáveis aos novos valores do ambiente reconstitucionalizado pós 1988, não incorporando aspectos centrais da nova ordem, como direitos fundamentais e democracia. Assim, embora criado sob o signo do Estado de Direito, para solucionar conflitos entre autoridade e liberdade, o direito administrativo experimentou, ao longo de seu percurso histórico, um processo de *deslocamento* do direito constitucional. A própria *descontinuidade* das constituições, em contraste com a *continuidade* da burocracia, contribuiu para que o direito administrativo se nutrisse de categorias, institutos, princípios e regras próprios, mantendo-se de certa forma alheio às sucessivas mutações constitucionais (BINENBOJM, 2006, p. 13).

Contudo, no novo momento democrático inaugurado com a Constituição de 1988, iniciativas diversas buscaram superar os diversos unilateralismos de uma ação pública fechada e não democrática, marcada pelas ideias tradicionais de sujeição e imposição, em prol de práticas mais colaborativas assentadas no convencimento, na persuasão e na concertação. Serão progressivamente integrados na ação administrativa institutos de inspiração democrática, como maior exigência de transparência dos processos administrativos e de explicação das decisões, com a crescente determinação de motivação dos atos administrativos. Ocorrerá, também, um incremento de parcerias econômicas com empresas privadas e de parcerias sociais com organizações da sociedade civil.

Reformas e inovações administrativas levadas a cabo nos últimos tempos têm sido guiadas por uma perspectiva gerencial voltada para a melhoria de desempenho dos agentes e dos serviços públicos, na esteira do chamado princípio da eficiência, posto em evidência pela Reforma Administrativa capitaneada pela EC 19/98. Tomou vulto cada vez maior a gramática proposta pela Administração Gerencial, voltada para metas e resultados, em que se propunha a necessidade de “reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais”, que se daria com uma marcha rumo a uma Administração calcada em resultados e “voltada para o cidadão”.²

Esta nova cultura administrativa demandaria mais planejamento, servidores motivados, autonomia de gestão e estratégias flexíveis para se atingir as metas estabelecidas. Demandaria, também, “a elaboração de uma sistemática de avaliação, a partir

2 Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado. Brasília. Presidência da República, 1995.

da construção de indicadores de desempenho, que permitam mensurar os graus de consecução dos objetivos pretendidos”. “Autonomia de gestão” e “responsabilização por resultados” eram ideias-chave da Administração Gerencial, tendo sido seu ideário e ideias incorporados por políticos, gestores públicos e pela doutrina administrativista.

Não há dúvidas que a implantação de modelos administrativos voltados para uma maior exigência da consecução de metas e resultados por parte de organizações e agentes públicos pode contribuir para uma administração pública mais democrática. Contudo, chegados à presente quadra histórica, certas ilusões geradas em torno de uma “administração participativa” apregoada pelo modelo gerencial começam a ser dissipadas. A miragem de uma “administração democrática” no interior da proposta gerencial centrada nos imperativos de eficiência não convence mais.

Três figuras têm se sucedido no tempo para caracterizar o sujeito destinatário da ação administrativa: o administrado, o usuário e, presentemente, o cidadão. O termo “administrado” foi usado para designar a pessoa submetida à autoridade administrativa, evocando uma situação de inércia e de passividade, embora detentora de alguma proteção por parte de direito administrativo. Posteriormente, com a proliferação dos serviços públicos, emerge a figura do usuário, protegido por um estatuto de consumidor que lhe permite demandar por serviços de qualidade. Nesta ótica, acentuada pelo gerencialismo, o usuário é visto como cliente do Estado.

No contexto de uma democracia administrativa, resultado da penetração do ideal democrático no espaço administrativo, reabilita-se a figura do cidadão, tão cara ao direito constitucional, não só como destinatário, mas como coparticipante das decisões e ações administrativas. Não se pretende emprestar a este esquema (administrado-usuário-cidadão), contudo, um caráter linear e caricatural. O sujeito por permanecer como “administrado” em certos setores da ação pública e como “usuário” em relação a outros, como no caso dos grandes serviços públicos coletivos (AUTIN, 2011, p. 86). Mas a evolução mais importante em nosso sistema administrativo deve ser conferida ao reconhecimento de uma “cidadania administrativa” no plano do direito administrativo, em sintonia com a ideia de “democracia administrativa”. Esta ideia deve inaugurar um novo patamar nas relações administrativas, superando-se a consideração dos particulares como meros “administrados” ou “usuários”, ou mesmo “clientes” dos serviços públicos, sempre submissos de alguma forma ao poder administrativo, e passando-se a considerá-los como verdadeiros “cidadãos”, titulares de efetivos direitos de participação em face da Administração Pública. A ideia de “cidadania administrativa” implica, assim, o reconhecimento de novas possibilidades de intervenção dos cidadãos no desenrolar de processos administrativos.

3. *Democracia administrativa e democracia representativa*

Superada a fase do discurso triunfal da democracia liberal das décadas de 1980 e 1990 do século passado, quando se chegou a proclamar de forma quase milenarista

o “fim da história”, o debate público agora gira em torno da “crise” do modelo do Estado neoliberal, agravado com a crise financeira de 2008 e, agora, com a crise sanitária e econômica causada pela pandemia do Covid-19. Em diversos fóruns, suscita-se a absoluta insuficiência do Estado de feição neoliberal para dar conta da eficiência e legitimidade da ação governamental-administrativa em face de contextos marcados por riscos sistêmicos. Na contramão do vaticínio de Fukuyama, a história não parou para festejar as virtudes da democracia liberal, mas, pelo contrário, parece ter se acelerado na busca de novos modelos societários. Os seus novos ventos provam que o conceito de democracia é dinâmico e aberto, sempre indeterminado e em constante evolução.

Um adequado diagnóstico na nova situação foi feito por Jacques Chevallier (2009, p.223-224):

O monopólio que se reputava que os representantes detinham sobre a coisa pública tornou-se doravante caduco: a eleição não aparece mais como a única fonte possível de legitimidade; outras categorias de atores são chamadas a contribuir na elaboração das escolhas coletivas. Desse modo, assiste-se à introdução no terreno político de novas formas organizadas de representação da ‘opinião’ e à emergência de novos modos de expressão dos interesses sociais, que desbordam da lógica representativa tradicional. O Estado tende a se abrir, a se desbloquear, para admitir a expressão em seu seio da diversidade constitutiva do social; ele se torna um espaço de discussão, um lugar de negociação, marcado pela indeterminação e a incerteza típicas da pós-modernidade. A democracia pós-moderna apresenta-se então como uma ‘democracia deliberativa’, implicando a confrontação de pontos de vista, e como uma ‘democracia participativa’, dando aos cidadãos uma influência mais direta sobre a elaboração das escolhas.

E assim arremata Jacques Chevallier (2011, p. 226):

A administração pública é um espaço privilegiado para uma nova democracia participativa: a outorga aos cidadãos de um poder de intervenção no funcionamento dos órgãos administrativos preenche uma das lacunas da democracia representativa, fundada sobre o princípio da delegação, devolvendo aos interessados uma influência concreta sobre a coisa pública.

O exercício de qualquer poder de Estado somente pode ser considerado democrático quando sujeito “a testes de controle e de validação concorrentes e complementares ao da expressão majoritária”, como ensina Rosanvallon (2009, p. 78). Para que o circuito dessa legitimação se complete, uma ampla legitimação das ações público-administrativas deve ser observada no cotidiano da vida social. Um aprofundamento da democratização nas relações administrativas, evocada no conceito de “democracia administrativa”, não implica uma superação do sistema representativo próprio

das democracias ocidentais, mas reforça as diretrizes modernas de liberdade e participação. A transformação da ideia tradicional de democracia, resultante da própria lógica democrática, encaminha-se para além da noção de representação na qual o modelo liberal pretendeu encerrá-la. De fato, a vinculação das noções de democracia e representação, por meio do conceito de democracia representativa, revela apenas uma das formas que o ideal democrático pode assumir.

Assim, a noção de “*democracia administrativa*” não implica um rompimento com o sistema representativo próprio das democracias ocidentais. Avulta hoje, pois, o sentimento de que a democracia representativa é somente uma das expressões da “democracia”, um conceito aberto a novas determinações e concretizações. Isso nos leva a encarar, sob novas luzes, o problema das relações entre democracia e Administração Pública, considerando-se esta, cada vez mais, um espaço privilegiado para novos experimentos democráticos, reconhecendo-se os cidadãos como verdadeiros cidadãos, e não mais sob a posição subalterna de “administrados”, ou, como pretende a onda gerencialista, como meros “usuários” ou “clientes” dos serviços públicos.

4. *Democracia administrativa* – resgate da dimensão política do direito administrativo

A ideia de “*democracia administrativa*” pode operar um resgate e uma potencialização da negligenciada dimensão político-democrática do direito administrativo. Para uma adequada compreensão dessa questão, adotamos uma concepção tridimensional do direito administrativo (JORDÃO, 2019, p. 23), segundo a qual o direito administrativo apresenta três dimensões básicas: *legal*, *gerencial* e *política*.

A *dimensão legal* do direito administrativo, também chamada de *dimensão garantística*, destaca a defesa dos direitos dos cidadãos, impondo limites à atuação da administração pública, que deve atuar com submissão aos princípios e regras do Estado de Direito, com observância do princípio da legalidade, publicidade, impessoalidade, entre outros (CF, art. 37, *caput*). Parte do princípio de que diversas ações administrativas interferem no domínio privado, impactando a esfera jurídica dos cidadãos. Os atos e contratos administrativos, os mais diversos procedimentos desencadeados, o exercício cada vez mais intenso do poder de polícia em sociedades marcadas pela presença constante do risco, a prestação de variados serviços públicos, as desapropriações, as requisições em situações de calamidade (como as pandemias), a aplicação de sanções, as interdições de atividades e o comprometimento de direitos decorrentes de intervenções administrativas dos mais variados tipos, são atividades que podem ocorrer de forma ilegal ou abusiva, violando direitos. Assim, é tarefa fundamental do direito administrativo a regulação de todas essas atividades, a disciplina do exercício dos poderes e prerrogativas especiais ostentados pela administração pública, a limitação da ação administrativa e a proteção de direitos.

A *dimensão* gerencial do direito administrativo, por sua vez, reforça a ideia de eficiência na “gestão pública” na sua condição prestadora de diversos tipos. Assim, a prestação de serviços públicos deve se dar da forma mais eficiente, oferecendo-se à sociedade resultados concretos e palpáveis numa adequada relação de custo-benefício. Ela se faz presente na criação de instituições e organizações administrativas (fundações, empresas públicas ou agências reguladoras) e na escolha dos seus regimes jurídicos, tudo visando à busca de formas mais eficientes de atuação do Estado-Administração nos mais variados setores. A estruturação orgânica das agências reguladoras, com independência em face dos poderes políticos, ou das universidades, com sua autonomia didático-científica, administrativa e financeira, bem como os diversos tipos de parcerias econômicas e sociais que o Estado pode celebrar com empresas privadas ou com o chamado Terceiro Setor, costumam revelar a diversidade de arranjos institucionais que podem ser plasmados no âmbito da dimensão gerencial do direito administrativo. O próprio regime de “prerrogativas especiais”, que sempre municiou a administração pública para a consecução das suas finalidades, também pode ser visto como uma expressão da dimensão gerencial do direito administrativo.

A *dimensão política* do direito administrativo se ocupa dos aspectos democrático-participativos das deliberações administrativas, daí também ser chamada de *dimensão democrática*. Parte da constatação de que a administração pública necessita fazer escolhas diversas, escolhas muitas vezes discricionárias, com grande margem de liberdade e indeterminação. Essas escolhas têm frequentemente uma natureza constitutiva e política, e admitem, em variados casos, algum tipo de ponderação de interesses. Assim, escolhas difíceis costumam ser feitas em situações conflituosas, podendo muitas vezes a balança pender em favor de interesses organizados dos detentores de poder político e econômico, ou mesmo dos diversos setores da burocracia pública, em detrimento dos interesses legítimos de grupos sociais mais fragilizados e desorganizados. Por essa razão, o direito administrativo deve se ocupar dos instrumentos que permitam equilibrar a balança decisória, auscultar os anseios da população e dos grupos menos articulados juntos às esferas de poder, tornando mais transparentes e participativos os processos decisórios de maior impacto.

Uma participação democrática nos processos decisórios administrativos é garantia não só de maior legitimidade das escolhas a serem feitas, como também de maior eficiência das soluções a serem encontradas, uma vez que o processo decisório democrático permite o confronto de diversos pontos de vista sobre o tema analisado. Assim, enquanto a dimensão legal-garantística enfatiza o controle da decisão administrativa, segundo a sua conformidade com a lei, e a dimensão gerencial tem seu foco na eficiência da ação administrativa, a dimensão política do direito administrativo se ocupa com a atuação que prepara e precede a decisão, para que ela seja a mais transparente e democrática possível. Como diz Schmidt-Assmann (2003, p.

19), não basta mais a concepção de um direito administrativo “contra” a Administração. É preciso buscar soluções eficazes em benefício dos cidadãos e com a participação deles.

Esta concepção tridimensional do direito administrativo apresenta inegáveis vantagens analíticas, como sugere Eduardo Jordão (2019, p. 27). Primeiro, porque permite um entendimento dos principais dilemas envolvidos nas escolhas administrativas. Segundo, porque lança luzes sobre o pano de fundo das diversas soluções dadas em diferentes países para semelhantes problemas administrativos. Terceiro, porque permite identificar e racionalizar flutuações históricas ocorridas dentro de um mesmo país no equacionamento de importantes questões administrativas. Quarto, porque a compreensão dessa estrutura tridimensional permite superar um entendimento unidimensional do direito administrativo.

Ao se afirmar que o direito administrativo apresenta três dimensões ou aspectos, pretende-se afirmar que existem três razões diferentes que justificam as regulações administrativas (uma de ordem *legal*, outra de natureza *gerencial* e uma terceira de ordem *política*). O reconhecimento desta estrutura tridimensional do direito administrativo permite revelar a insuficiência de justificações unidimensionais de certas escolhas administrativas (seja esta feita pelo legislador, pelo administrador ou pelo judiciário), observando-se que justificações unidimensionais têm se tornado comuns no direito administrativo, principalmente em nome de uma certa visão de eficiência econômica invocada no âmbito de um “*hipergerencialismo*” de matriz neoliberal que hoje influencia boa parte da doutrina, da academia e dos *policy makers*.

Eduardo Jordão (2019, p. 30) observa que variada é a atenção dada por diferentes países ou sistemas jurídicos a cada uma dessas dimensões. Assim, por exemplo, enquanto países como França, Itália e Brasil deram maior ênfase à *dimensão legal-garantística*, outros, como Estados Unidos, Inglaterra e Canadá, vinculados à tradição anglo-saxônica, conferem maior importância à *dimensão política*, como demonstra a grande importância que dão à processualidade administrativa nos processos regulatórios.

Ocorrem, também, “flutuações históricas” na ênfase dada às referidas dimensões dentro de um mesmo país. A França passou, historicamente, de uma ênfase à dimensão gerencial (prerrogativas) para a dimensão legal (desvio de poder, responsabilidade civil objetiva). Nas últimas décadas, uma grande importância tem sido dada à dimensão política (Jordão, 2019, p. 32). No Brasil, cujo direito administrativo foi forjado sob manifesta influência do direito francês, recebendo a partir dos anos 90, uma maior influência do direito americano, pode-se dizer que houve uma predominância das dimensões legal e gerencial, poucos progressos tendo ocorrido no incremento da dimensão política. Neste sentido, tem prevalecido a ideia de que um *regime de prerrogativas e restrições* constituiria a própria essência do direito administrativo.

5. Avanços democráticos e obstáculos ao incremento de uma “democracia administrativa”

A tendência mais recente do direito administrativo tem sido no sentido de reforçar a legitimidade política e democrática da ação administrativa. Tal movimento enca-minha-se em duas direções: a) para um aumento da transparência da administração pública, tornando efetivamente públicos seus processos decisórios; e b) para uma abertura a uma maior participação democrática nesses processos, com o reforço procedimental da atuação administrativa. No Brasil, isso se deu com a edição das leis de processo administrativo (Lei nº 9.784/1999) e de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011).

Além de ter instituído balizas e limites importantes para a atuação administrativa do Estado, a Lei do Processo Administrativo federal (LPA) regula duas formas de participação social nos processos decisórios da Administração Pública: a audiência e consulta pública (arts. 31 e 32). Ademais, prevê que os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação dos cidadãos, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas (art. 33). Assim, além de dispor especificamente sobre dois instrumentos de participação popular, a lei facultou à Administração Pública estabelecer outros, a serem utilizados no tratamento de *matéria relevante*. Assim, viabilizou-se uma atuação dos cidadãos por meio de organizações e associações nos processos decisórios de maior importância.

Entretanto, a despeito da significativa melhoria trazida pela LPA em termos de incremento de uma *processualidade administrativa*, principalmente no que diz respeito aos litígios individuais e corporativos em face do Estado, o Brasil ainda carece de uma experiência de processo administrativo à altura das transformações societárias em curso e das exigências de um Estado democrático. Assim, essa *processualidade administrativa* não tem acompanhado de forma satisfatória o processo de redemocratização do país.

No campo do direito administrativo regulatório, novos instrumentos de significativo sentido democrático foram incorporados na nova Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019), com a previsão de consultas e audiências públicas nos processos decisórios relativos a instituição ou alteração de atos normativos.

A despeito desses avanços, obstáculos de grande monta, ora de caráter político-ideológico, ora de cunho dogmático-epistemológico, ainda se apresentam como grandes barreiras na direção de uma administração pública e de um direito administrativo mais democráticos.

5.1. *Obstáculos político-ideológicos*

O principal obstáculo político a uma maior democratização da administração pública é a atual situação de “pós-democrática” e que vivemos. *Pós-democracia* é uma expressão proposta por Colin Crouch (2004, p. 104) para indicar a perda de relevância dos parlamentos e da soberania popular em consequência da globalização neoliberal. Para ele, a causa fundamental do declínio democrático na política contemporânea é o desequilíbrio entre o papel dos interesses corporativos e aqueles de praticamente todos os outros grupos. Isso tem ocasionado, segundo graus diversos, e de acordo com tradição e “densidade” democrática de cada país, uma certa entropia da democracia, levando a política a se tornar novamente um negócio de elites, como foi em tempos pré-democráticos.

Essa situação “pós-democrática” resulta da hegemonia neoliberal, e tem ocasionado uma corrosão dos valores democráticos da igualdade e da soberania popular. Os cidadãos progressivamente se veem destituídos dos direitos inerentes ao *status civitatis*, sempre retoricamente invocado. A “democracia” passa a significar somente eleições livres, funcionamento regular das instituições, defesa dos direitos individuais e liberdade de imprensa.

O neoliberalismo, gestado a partir dos anos 80 do século passado, no núcleo central do capitalismo, Reino Unido e nos Estados Unidos, apresenta-se como uma nova “racionalidade governamental”. Desfraldando a bandeira da eficiência, ocupou-se, num primeiro momento, com a “retirada” do Estado de domínios por ele ocupados tradicionalmente, em especial a prestação de serviços públicos, sob a alegação da falência “modelos burocráticos”. Nas últimas décadas, com a intensificação dos processos de acumulação capitalista, parece pretender algo mais ambicioso e ousado: a própria “transformação da ação pública”, tornando o Estado uma esfera também regida por regras de mercado e submetida às exigências de eficácia, semelhantes àquelas das empresas privadas. Para Boaventura de Sousa Santos (2020, p. 21), impôs-se a versão mais antissocial do capitalismo: o neoliberalismo crescentemente dominado pelo capital financeiro global. Esta versão do capitalismo sujeitou todas as áreas sociais – sobretudo saúde, educação e segurança social – ao modelo de negócio do capital, ou seja, a áreas de investimento privado que devem ser geridas de modo a gerar o máximo lucro para os investidores.

As tecnologias do *management*, desenvolvidas no mercado capitalista, são apresentadas como remédios mais eficazes para uma gestão pública mais eficiente. Sustenta-se em todos os fóruns, sem qualquer análise crítica, que os métodos e instrumentos da *gestão privada* são sempre mais eficazes que os da *gestão pública*. A ilação imediata que daí se tira é que empresa deve substituir organizações e burocracias públicas em tudo que for possível, e, quando isso não for viável, o próprio burocrata deve se conduzir como um empresário agiria. As “reformas administrativas”, leva-

das a cabo segundo os princípios do setor privado, apresentam-se como ideologicamente neutras. Visam somente à eficiência. Os novos conceitos e categorias se apresentam como válidos para todos os domínios e esferas da administração pública, indistintamente (serviços públicos, saúde, educação, atividade judicial, justiça, etc.). O *management* torna-se o modelo universalmente válido para pensar a ação pública e social (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 272-230).

Paulatinamente, a lógica e a racionalidade neoliberal unificaram os campos econômico, social, político e administrativo. Assim, o neoliberalismo transmuta a lógica das economias capitalistas num modelo normativo de espectro generalizado e abrangente. As políticas macroeconômicas de caráter neoliberal visam a limitar o papel do Estado à proteção do regular funcionamento do livre mercado, com práticas de desregulamentação, privatização, austeridade fiscal, desmonte dos mecanismos de proteção do trabalho e da seguridade social. Essa nova racionalidade neoliberal minou as bases do Estado de Bem-Estar social vigentes desde o final da segunda grande guerra e que era o principal modelo socioeconômico das democracias constitucionais. Essa racionalidade neoliberal, ao provocar uma erosão dos ideais de democracia, soberania popular, igualdade e participação, tem provocado fortes impactos na administração pública, no direito administrativo e na sua teoria. O principal reflexo do avanço da racionalidade neoliberal no direito administrativo, muitas vezes travestida numa gramática “gerencial”, tem sido um descaso para com as exigências democráticas inerentes à ação pública administrativa no contexto do Estado democrático.

Sob influência de uma racionalidade gerencial exacerbada e distorcida pelos imperativos do neoliberalismo, o direito administrativo tem se portado, muitas vezes, como uma superestrutura jurídica palatável aos interesses do mercado capitalista, sempre atento às possibilidades de lucro nos negócios com Estado. Contínuo tem sido o avanço do grande capital sobre setores antes ocupados pela administração pública, avanços esses que vão desde a privatização de rentáveis empresas públicas, ou no estabelecimento de rentáveis “parcerias” com o Estado. Com a invocação de uma gestão mais flexível e eficiente, com críticas à burocracia e aos regimes de direito público, seguidos dos consequentes elogios à eficácia e excelência da gestão privada, o que tem ocorrido, em muitos casos, é uma penetração cada vez maior dos imperativos e interesses das empresas privadas e do grande capital na agenda administrativa do Estado.

Se é correto admitir-se que o direito administrativo apresenta uma legítima dimensão gerencial, voltada à busca de soluções para o crônico problema da “eficiência” da administração pública, uma supervalorização da “questão gerencial” tem ocasionado o surgimento de uma espécie de *hipergerencialismo*. Os princípios, métodos, arranjos e novos *designs* da administração gerencial se tornaram, paulatinamente, a nova panaceia para todos os problemas da “gestão pública” do Estado. Esse *gerenci-*

alismo puro-sangue tem servido de suporte para uma agenda administrativa que privilegia os interesses de fortes grupos econômicos e seus representantes políticos. Assim, parcela significativa da doutrina tem priorizado a abordagem de temas relacionados aos “negócios” com o setor público, tais como, privatizações, regimes diferenciados de contratação, contratos de gestão, parcerias público-privadas, matrizes de risco, etc. Cunhou-se, inclusive, a expressão “direito administrativo dos negócios”, cujo ambiente mais propício seria “os momentos de crise econômica e política aguda”, portador de “algumas das soluções para os impasses governamentais recentes e para fazer do nosso ramo o direito administrativo do desenvolvimento” (SUNDFELD, 2009, p. 31-33). Na prática, esse gerencialismo exacerbado não conduziu ao incremento de uma efetiva democracia participativa na administração pública, com a disseminação de práticas participativas, ficando a “participação” restrita, na maior parte das vezes, aos “parceiros” de sempre do Estado brasileiro, os meios empresariais e o grande capital.

5.2. *Obstáculos dogmático-epistemológicos*

Para um enfrentamento do grave *déficit* democrático que atinge a gestão pública e a ação administrativa do Estado, é de fundamental importância o reconhecimento de que a Administração Pública desempenha uma incontornável função política e constitutiva em todos os níveis federativos. Essa realidade deve ser plenamente assumida por um direito administrativo cioso da sua missão de direção dos processos administrativos no sentido de uma efetiva realização dos interesses públicos. É preciso afastar de vez o mito de que a Administração Pública desempenha uma tão somente uma tarefa meramente executiva, de pura aplicação automática da lei, segundo faz crer uma leitura ingênua do princípio da legalidade administrativa ainda disseminada em muitas vulgatas acadêmicas. Nessa visão, absolutamente anacrônica, a “função administrativa” seria uma tarefa de “execução” da lei, lei essa fixada por um Legislativo democrático. Dessa forma, uma vez afirmado o princípio democrático no plano político, seria dispensável a adoção de processos decisórios democráticos no âmbito da administração pública. Esse senso comum falseado apresenta a administração pública como um espaço “não político”. A ilação que daí se tira é que o princípio da democracia representativa, presente na esfera legislativa, bastaria, por si só, para uma legitimação da ação administrativa.

O que se constata em toda parte, contudo, é que os espaços do Estado-Administrativo há muito deixaram de ser apenas um *locus* de mera “*execução da lei*”. Pelo contrário, esse multifacetado Estado-Administrativo, em razão da grande complexidade das questões sociais e econômicas em que deve intervir, goza de amplos “espaços de conformação”, exercendo seus poderes com relativa autonomia, embora o deva fazer com observância dos marcos jurídicos. O tipo de vinculação da administração pública à lei que hoje prepondera é de caráter negativo (*vinculação negativa*), embora subsistam importantes espaços de *vinculação positiva*, principalmente em setores mais “delicados”, como nas áreas que envolvem atividade sancionatória, nos

procedimentos disciplinares, no exercício do poder de polícia, nas contratações, nas desapropriações e outras intervenções na propriedade. Na maior parte dos setores administrativos, contudo, remanescem diversos espaços de deliberação discricionária para as instâncias decisórias da administração pública, podendo a ação pública administrativa assumir, dentre as possibilidades que se apresentam, variadas e múltiplas formas.

A tarefa de concretização dos interesses públicos costuma admitir um complexo processo de escolha que envolve propostas e pontos de vista diversos, às vezes conflitantes. Isso se deve, também, em grande parte, da textura das leis que têm instituído políticas públicas setoriais, no campo social e econômico, e que servem de vetor para a ação do Estado-Administrativo. Essas leis são designadas no direito comparado de *leis-quadro*. Um exemplo pode ser encontrado na Lei nº 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente. Nesse diploma legal, como em tantos outros, temos os elementos *fins, objetivos, princípios, diretrizes, instrumentos* e *sistema* como estruturantes da arquitetura jurídica da Política Nacional do Meio Ambiente. Essa lei não contém disposição específica sobre *meios*, nem tampouco estabelece metas ou resultados a serem alcançados. Apenas fixa um enquadramento jurídico de caráter principiológico e teleológico que serve suporte para uma determinada política pública, confiando a sua “concretização” aos órgãos e entes administrativos. E isso se repete em relação a várias políticas setoriais, mesmo naqueles setores em que as decisões devem se revestir de um caráter mais técnico-científico, como no caso dos órgãos e entes regulatórios.

Assim, preponderam na administração pública as esferas em que as decisões costumam ser tomadas com base numa ponderação mais discricionária dos interesses envolvidos. Por essa razão, impõe-se o reconhecimento da efetiva existência de uma “administração política”, de “caráter constitutivo”, alvo constante de pressões dos mais diversos grupos e corporações organizadas, muitos fortemente articulados e sempre dispostos a fazer preponderar seus interesses em meio aos conflitos distributivos, acirrados em épocas de crise.

No atual *Estado-Administrativo* podemos distinguir três segmentos que atuam conjuntamente: uma *administração eleita*, uma *administração politizada* e uma *administração burocratizada*. A administração eleita é composta pelos agentes políticos, a quem compete a responsabilidade de direção política (presidente da república, governadores e prefeitos). A administração politizada é formada por agentes políticos não eleitos, como os ministros, os secretários de governo nas esferas estadual e municipal, secretários executivos, dirigentes de autarquias, fundações e empresas públicas. Parte dessa administração politizada é composta por ocupantes de cargos comissionados. Já a administração burocratizada é formada por um corpo profissional mais estável, que desempenha as atividades cotidianas de gestão administrativa.

As escolhas e decisões tomadas nas diversas esferas do Estado-Administrativo se refletem nos mais variados campos, podendo acolher, promover ou conciliar interesses diversos. Outros interesses podem ser sacrificados, desconsiderados ou simplesmente postergados. Tendo uma capacidade de ação relativamente autônoma, esse Estado-Administrativo deve incorporar, ao nível de sua organização e funcionamento, mecanismos participativos que permitam a manifestação dos diversos interesses, propiciando, assim, na dialética de interesses muitas vezes antagônicas a expressão de um real “interesse público”. Essa transformação deve se dar, naturalmente, com a superação do modelo burocrático tradicional, incorporando uma participação articulada dos agentes políticos, da burocracia profissional e dos cidadãos no processo de tomada de decisões.

6. Democracia administrativa e formas de participação

Uma abertura da Administração Pública para uma maior participação da sociedade nos processos decisórios se constitui em exigência do princípio do Estado Democrático de Direito. Visto como um princípio de organização do Estado, ele requer que a Administração Pública seja estruturada segundo uma lógica democrática sintonizada com a soberania popular. Pode-se até mesmo falar-se na existência de um princípio constitucional implícito assecuratório da participação, dedutível do princípio democrático (CF, art. 1º, *caput*) e do conjunto de referências no Texto Constitucional à diversas formas de interação do cidadão com o poder público no processo de formação de vontade estatal. Assim, não seria exagero admitir-se a existência de um direito fundamental à participação (PEREZ, p.71-85).

Por outro lado, princípios e regras constitucionais asseguram uma participação dos cidadãos, quer no âmbito da *estrutura da administração (democracia orgânica)*, quer no âmbito de *processos deliberativos* que costumam ocorrer nos diversos *setores da administração pública (democracia procedimental)*, como saúde, educação e meio ambiente, por exemplo.

A *democracia orgânica* ou *institucional* diz respeito a uma participação interna, traduzindo a incorporação ou integração dos cidadãos na própria Administração Pública em órgãos colegiais consultivos ou deliberativos. Aqui, estranhos à estrutura administrativa nela tomam parte na condição de titulares ou membros de órgãos administrativos. Desse modo, por via da integração na composição de um órgão administrativo com competência decisória, ficam aqueles sujeitos numa posição que lhes permite intervir no exercício do poder público. Essas formas de participação orgânica dos cidadãos na gestão administrativa foram expressamente previstas para estruturas administrativas que tratam dos seguintes temas: interesses profissionais e previdenciários dos trabalhadores (CF, art. 10), planejamento municipal (CF, art. 29, XII), políticas, ações e serviços públicos de saúde (CF, art. 198, III), ações governamentais na área da assistência social (art. 204, II), ensino público (CF, art.

216, VI). Tais formas de participação interna, em órgãos deliberativos ou consultivos, têm uma clara função democrática. São situações em que a participação é constitucionalmente assegurada, não podendo a organização administrativa dos entes federativos deixar de viabilizá-las. Além desses casos de participação constitucionalmente expressamente prevista, a regra constante do artigo 37, § 3º, da Constituição, ao estabelecer que “a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta”, consagra um princípio geral de participação no âmbito de toda a administração pública, observadas as peculiaridades de cada setor (poder de polícia, serviços públicos, regulação, políticas públicas, fomento). Essas regras constitucionais garantem uma intervenção concreta dos cidadãos, principalmente nos órgãos de gestão de serviços e políticas públicas, na forma a ser prevista em lei de cada pessoa política federativa.

A *democracia procedimental*, por outro lado, implica uma forma de participação externa que não envolve a integração dos cidadãos nos órgãos administrativos. Ela se refere à participação dos interessados nos processos deliberativos que lhes dizem respeito, podendo essa participação implicar ou não uma repartição do poder decisório. Aqui podem ser levados à administração pública fatos, interesses e circunstâncias relevantes, reforçando a legitimidade democrática da decisão a ser tomada. Para Jorge Alves Correia (2019, p. 102), a organização procedimental, a legitimidade dos participantes, os momentos (*preventiva* e *sucessiva*), os níveis de intensidade (*dialógica* e *co-constitutiva*; *participação-audição* e *participação-concertação*) e os mecanismos de garantia da eficácia da participação procedimental dependem da específica configuração e tramitação do procedimento administrativo. A *participação dialógica* não põe em causa a exclusiva autoria administrativa do ato conclusivo da fase decisória do procedimento. Trata-se, apenas, de uma forma de intervenção dos cidadãos no processo decisório, com o propósito de uma legítima influência sobre o sentido da decisão. Já uma *participação co-constitutiva* ocorre quando a vontade dos cidadãos, ao lado da vontade administrativa, tem um papel de constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas, implicando uma verdadeira intervenção da vontade cidadã no poder de decidir (CORREIA, 2019, p. 103). A introdução progressiva dessas práticas de *democracia orgânica* e de *democracia procedimental* deve ter em mira a consolidação de uma “*democracia administrativa*”.

7. Por um direito administrativo mais democrático

Para Boaventura de Sousa Santos (2020, p.22), os três princípios de regulação das sociedades modernas são o Estado, o mercado e a comunidade. Nas últimas décadas foi dada prioridade absoluta ao mercado, em detrimento do Estado e da comunidade.

Hoje, crises humanitárias como a do Covid-19 revelaram, da maneira mais cruel, como o Estado e a administração pública moldados pelo neoliberalismo encontram-

se incapacitados para dar respostas a situações de crise e de emergência, não somente sanitárias, mas, também, ecológicas, climáticas e econômico-financeiras, comuns nas sociedades de riscos nas quais vivemos.

Nesse contexto, o direito administrativo, deve desempenhar um papel importante na construção, não somente de um Estado de direito, mas também de um Estado democrático no país. O respeito pela legalidade administrativa, assegurado pelo controle do poder judiciário, embora de vital importância, nem sempre assegura o caráter democrático da ação administrativa. Por outro lado, o distanciamento de valores democráticos se aprofunda quando se consideram as abordagens neoliberais de cunho puramente gerencial que têm vicejado no direito administrativo nos últimos anos.

Assim, deve o direito administrativo se reaproximar do projeto constitucional de uma democracia material e participativa, que tenha como “fundamentos” (CF, art. 1º) a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político e, como “objetivos” (CF, art. 3º), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Deve ser um direito que viabilize, do ponto de vista conceitual e instrumental, uma atuação democrática do Estado democrático. Mais do que nunca, o direito administrativo deve ser um direito da democracia, não podendo funcionalizar lógicas, pautas e agendas que lhe são contrárias, privilegiando interesses políticos e econômicos de minorias, embora sempre o faça sob a invocação retórica dos “interesses públicos”. Deve promover iniciativas que melhorem, efetivamente, a posição jurídico-política dos cidadãos nas suas relações com o aparelho administrativo, principalmente nestes tempos de centralismo político e burocrático promovido por reformas neoliberais. Deve, como apregoava Garcia de Enterría (1986, p. 85), a partir da ideia de participação, conectar-se com conceitos, modelos e propostas que estimulem uma maior aproximação entre Estado e sociedade, superando um persistente paradigma individualista que lhe tem impregnado.

Ao lado de uma dimensão que prioriza a regulação e o controle judicial da administração pública (*dimensão legal-garantística*), deve ser cada vez mais priorizada uma dimensão democrática, que confira uma maior importância à participação dos cidadãos nas decisões que lhes dizem respeito. Desse modo, sem negar, nem menosprezar, a longa luta histórica do direito administrativo para controlar o poder e submeter o Estado-Administração aos princípios do Estado de direito, ele deve avançar para um outro patamar, para um novo desafio histórico: garantir aos cidadãos uma adequada participação nos processos decisórios de maior relevância comunitária. Somente assim, as três dimensões do direito administrativo poderão caminhar juntas, em um novo “equilíbrio”. Somente assim, o direito administrativo cumprirá, de forma satisfatória, sua tríplice tarefa: a) assegurar a proteção dos cidadãos frente à administração pública (*dimensão legal-garantística*); b) garantir a eficiência da ação

administrativa, com prevalência dos interesses gerais e coletivos (dimensão gerencial); e, c) garantir uma efetiva participação dos cidadãos nos processos de tomada de decisão (dimensão político-democrática).

8. Referências bibliográficas

- AUTIN, Jean-Louis. La motivation des actes administratifs unilatéraux, entre tradition nationale et evolution des droits européens. In *Revue Française d'Administration publique*. 2011/1-2 (n. 137-138).
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- CORREIA, Jorge Alves. Formas de participação administrativa no direito português. In: *Revista Brasileira de Direito Público*. Ano 17, n. 67 (outubro-dezembro), 2019.
- CROUCH, Colin. *Post-Democracy*. Cambridge: Polity, 2004, p. 104.
- DARDOT, Pierre & LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo – ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2019.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Principes e modalités de la participation à la vie administrative. In: *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*. Bruxelles: Bruylant, 1986.
- JORDÃO, Eduardo. The tree dimensions of administrative law. In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 19, n. 75, janeiro/março/2019.
- LAFARGE, Francois. Introduction. In: *Revue Française d'Administration Publique*. Paris, n. 137, jan./mar. 2011.
- ROSANVALLON, Pierre. *Reinventer la démocratie*. In: *Cahiers du Monde*, nº 19987, 2009.
- _____. *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*. Le Seuil, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.
- SCHIMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoria general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. In: *Forum Administrativo – direito público*. Ano 9, n. 100, jun. 2009. Belo Horizonte: Editora Fórum.
- WOJNAROWSKI, Stéphane. In <http://www.lettreducadre.fr/18384/repensons-lad-ministration-a-lheure-de-la-democratie-participative/>