

O PODER DISCRICIONÁRIO À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Evandro Martins Guerra[†]

Marcos Damasceno[‡]

Introdução 1 Sociedade, Estado, Direito e Democracia 1.1 Sociedade e Estado 1.2 Direito e Estado de Direito 1.3 Estado Democrático de Direito 1.4 Democracia e hipercomplexidade 1.5 Estado democrático de direito e legitimação 1.6 Insuficiência do Estado brasileiro na contemporaneidade 1.7 A atuação do poder público sob a ótica procedimentalista 2 O Poder Discricionário à Luz do Estado Democrático de Direito 2.1 Formação da vontade estatal: função e legalidade 2.2 O interesse público 2.3 A discricionariedade 2.4 O poder discricionário na função legislativa 3 O Poder Discricionário no Contexto Democrático 3.1 A discricionariedade como canal de recepção dos interesses públicos 3.2 A garantia dos direitos fundamentais 3.3 Mecanismos de participação popular na formação da vontade estatal. 4 Considerações Finais.



INTRODUÇÃO

Desde os mais antigos relatos que se têm das civilizações primitivas, parecem nunca ter fugido à discussão as questões relativas à interação entre o homem, indivíduo, o ambiente

[†] Professor das Faculdades Milton Campos

[‡] Advogado

social no qual está inserido, e as estruturas da sociedade que, de uma forma ou de outra, influenciam o seu agir.

Inegavelmente, as reflexões sobre as interações entre Estado, indivíduo e sociedade não encontram limites, na medida em que são inerentes à constante e necessária adaptação das estruturas sociais aos novos fatos que emanam do mundo e da própria existência humana.

O Estado contemporâneo é modelado pelo regime democrático, pressupondo que os cidadãos sejam incumbidos da formação da vontade estatal, participando dos processos de tomada de decisão e da criação das normas. Contudo, vale questionar até que ponto os Estados ditos democráticos realmente implementam o modelo traçado em suas ordens jurídicas.

Com efeito, após a crise do denominado “Estado do Bem-estar Social” e a reformulação sob a ótica denominada “neoliberal”, despontaram, nos campos da sociologia e da filosofia jurídica, estudos que questionaram a efetividade do modelo democrático, que tendencialmente se adotou em grande parte dos países. Mesmo com todas as garantias traçadas nas Constituições e nas demais espécies normativas, como os diversos princípios e regras relativos aos direitos fundamentais, questiona-se se há, de fato, uma ordem jurídica que se possa denominar democrática, na acepção sociológica e política do termo.

No Brasil, onde as diversas falhas sociais são amplas, o debate sobre como efetivar a democracia tem sido já há mais de uma década abraçado por importantes expoentes das doutrinas sociológica, política, jusfilosófica e constitucionalista. Afinal, já se passaram mais de vinte anos da promulgação de uma Constituição cujo texto é notoriamente progressista, humanista e moderno, mas ainda assim as mudanças que se esperam parecem estar longe de ocorrer.

Com efeito, busca-se refletir sobre as atuais condições da

democracia brasileira, tendo como norte pragmático uma análise dos meios e mecanismos que permitam hoje efetivar o elemento essencial ao regime democrático, qual seja, a vontade do povo. Procura-se, por fim, refletir sobre como aprimorar a atuação dos entes estatais, de modo a conjugar, na prática de seus atos, o dever do agente público e a participação dos cidadãos. Dá-se, por isso, especial enfoque ao estudo da discricionariedade, para visualizá-la como elemento inerente não só aos atos administrativos em sentido estrito, mas também aos atos legislativos e os de outros órgãos e entidades públicas.

Mas, antes disso, busca-se uma reflexão com raízes nas ciências políticas, na sociologia e na filosofia do direito, para demonstrar que a atuação estatal deve ser regida sob uma ótica que permita não somente enxergar a sociedade moderna com todas as suas características, como também inserir na máquina estatal os diversos e complexos interesses que nela (sociedade) se difundem.

Mais além, quer-se demonstrar que um Estado que não atue sob essa ótica, e que fuja e destoe dos anseios da sociedade, na verdade, não honra o regime democrático e cuja ordem jurídica não encontra legitimidade. E que, ao contrário, o Estado que busca inserir o povo em suas atividades e decisões encontra nessa inserção a sua legitimação, à luz do regime da democracia.

1 SOCIEDADE, ESTADO, DIREITO E DEMOCRACIA

1.1 SOCIEDADE E ESTADO

Quando se discute o surgimento do Estado, suas funções, sua supremacia perante os indivíduos, necessariamente se remete às formas iniciais de organização e de interação entre os homens, aos primeiros códigos de regulamentação de suas condutas, aos antigos meios de exercício de poder e de coação.

Enfim, a definição de Estado, para as ciências política e jurídica, não pode prescindir da definição de sociedade.

As primeiras definições de sociedade partiram da sua identificação com o ambiente natural. Isto é, referia-se ao “estado de natureza”, no “mundo natural”, como aquele espaço físico em que o homem desenvolveria as atividades necessárias à sua sobrevivência. Contudo, como apontado por Giorgio Del Vecchio¹, tais concepções são por demais insuficientes para que se compreenda a sociedade como um objeto de estudo científico por si só, ou como um dos objetos de estudo da ciência do Direito. Afinal, a sociedade é mais do que um ambiente ou um espaço natural. Trata-se de algo ao mesmo tempo mais abstrato e mais físico, no sentido de que compreende mais do que o mundo natural, abrangendo uma organização lógica e abstrata entre seres, ao mesmo tempo em que se materializa em estruturas que representam tal organização. Desponta como mais do que simplesmente um mecanismo de interação da relação entre homem e ambiente; é, acima disso, a sistematização e regulamentação das relações intersubjetivas entre os homens.

E tal sistema parece ter caminhado, ao longo do tempo, de forma a agregar os homens, na medida em que se percebe não apenas que as relações entre eles podem resultar em ajudas mútuas para melhor aproveitar os recursos necessários à vida, como também em conflitos. As organizações sociais, sejam por racionalidade, instinto natural ou algum outro fator humano cuja discussão ora foge ao objetivo deste estudo, parecem ter levado o homem a compreender que sua associação poderia aprimorar suas relações entre si e ajudá-los a caminhar em direção a objetivos que a todos seriam comuns.

Emerge, portanto, a conclusão de que a sociedade, como um sistema de organização e regulamentação das interações

1 Giorgio Del Vecchio, *apud* NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 22.

intersubjetivas entre os homens, precede os conceitos de Estado e de Direito, pois antes de se estabelecer o conjunto de estruturas e instituições políticas que remetem ao sentido de Estado, ou mesmo o conjunto de normas delimitadas e positivadas que vão ao encontro da ideia que se tem do Direito, havia a tentativa mais primária de se estabelecer a vida coletiva entre os homens, indo desde os âmbitos de menor amplitude (como a família) até os de maior amplitude (como as primeiras civilizações).

De fato, com o avanço da doutrina, só se veio a corroborar essa ideia. Karl Marx, por exemplo, visualiza na sociedade “a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política².” Já Georg Hegel vê nela “o primeiro momento de formação do Estado³.” Enfim, ainda que já avançando para a relação entre Estado e sociedade, ambos teóricos já concebem a sociedade como um conceito necessário e precedente ao de Estado.

As clássicas teorias sobre a origem do Estado variam de acordo com o ponto de vista que se toma. Cabe fazer menção às teorias matriarcal e patriarcal, que justificam a associação dos homens e a atribuição de poderes a indivíduos de maior expressividade com base nos laços familiares; à teoria sociológica, que apontou a união entre clãs com identidades de crenças religiosas como o fato justificador das sociedades e da formação dos Estados; e, finalmente, à teoria mais clássica e mais difundida, a do contratualismo, que teve como maiores expoentes Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

Segundo a teoria contratualista, unidos os homens em um grupo social, a atribuição de poderes a determinados indivíduos ou instituições encontraria sua razão de ser em um “pacto de

2 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 38.

3 *Ibidem*, p. 42.

harmonia” entre todos os membros da sociedade. Isso porque, diante dos interesses de preservação da integridade física e patrimonial de cada um deles, isto é, de uma vida coletiva pacífica e harmônica, na qual fossem respeitados os interesses de todos, fez-se necessária a centralização de um poder, visando coibir atos contrários à pretensão de paz e harmonia social.

Na verdade, mais do que se ater à formação física ou material do Estado, a teoria encontra seu apogeu quando demonstra que ele nasce da atribuição de poderes do povo, isto é, de todos os indivíduos, para um ente central, que então passa a monopolizar as diversas formas do poder como meio de resguardar os interesses comuns e manter a paz social. Isso porque, os mesmos indivíduos parecem preferir a submissão a um ente centralizado que lhes garanta a integridade física e patrimonial, do que viver livres e insubordinados, mas sob a insegurança de a qualquer momento sofrer a violação de seus bens por outros indivíduos.

Já se pôde perceber, certamente, que a conceituação de Estado está bastante ligada à atribuição e ao uso do poder sobre os indivíduos. Isto é, a atribuição de poderes de que se trata consiste justamente da cessão de parcelas de liberdade, no sentido de que o membro da sociedade aceita se subordinar a regras coletivas que limitam suas condutas a determinados padrões, para, em troca, ter a segurança que espera ter do ente central, o dito Estado.

Na verdade, a questão da atribuição do uso de poder é justamente o marco que diferencia o que se entende como uma mera organização política daquilo que realmente vem a ser o Estado. Nesse ponto, é muito relevante a reflexão de Norberto Bobbio⁴, que, ao questionar sobre o que diferenciaria uma sociedade política de um Estado, sugere que a centralização do poder em uma cúpula, que monopoliza o seu exercício, poderia

4 *Ibidem*, p. 74-76.

indicar a existência do ente estatal.

Destaca, ademais, que se o reconhecimento do fenômeno do poder político permite caracterizar a criação do Estado, a diferenciação de suas diversas formas possibilita também compreender a sua variação e evolução ao longo da história. Daí verifica-se uma melhor visualização do Estado desde sua origem até o seu formato atual, mediante a reflexão sobre como a instituição estatal se tornou tão relevante e indispensável para as sociedades.

O referido autor, inspirado nos clássicos da ciência política e da filosofia, levanta o surgimento do Estado, compreendido como um fenômeno político, por meio de processos que representam “a formação, a distribuição e o exercício de poder⁵.” O poder, por sua vez, pode ser exercido de diversas formas; segundo o autor, a tipologia clássica e prática divide os poderes em econômico (a riqueza), ideológico (o saber) e político (da força).

Todavia, a compreensão do poder político apenas como o monopólio do uso da força, traz à tona o problema da legitimidade do Estado. Isso porque, evoluem as teorias jusfilosóficas, políticas e as demais ciências, e com elas a própria humanidade, no sentido de melhor reconhecer a liberdade, a igualdade, entre outros valores éticos e morais.

1.2 DIREITO E ESTADO DE DIREITO

Deixando de lado a análise das diversas acepções terminológicas acerca do termo “direito”, atem-se ao estudo do Direito positivo, isto é, “o direito institucionalizado pelo Estado”, “a ordem jurídica obrigatória em determinado lugar e tempo.⁶” A definição do Direito é bastante objetiva, remanescendo maior margem de estudo no que diz respeito à

⁵ *Ibidem*, p. 77.

⁶ NADER, Paulo. *Op. cit.*, p. 77.

sua origem histórica e à sua relação com o Estado.

O Direito, visto sob a ótica da ciência política, da sociologia e da filosofia, poderia ser simploriamente definido como um instrumento de atribuição e de fundamentação do poder do Estado. Corpo positivado de normas preestabelecidas; e um meio de atribuição e de fundamentação, por permitir e justificar a intervenção do Estado em face do indivíduo.

Mas, além disso, é, ao mesmo tempo, o que justifica e o que limita o poder do Estado. Isso porque, da mesma forma que impõe o respeito a determinadas condutas, confere aos indivíduos a liberdade de agir de qualquer outra forma diferente dessas condutas. Isto é, ao Estado não é dado o poder de intervir na prática de grande gama dos atos civis, pois, não tendo o direito lhe conferido tal poder, não é legítima a sua intervenção.

É nesse sentido que se pode atribuir ao Direito o caráter que atualmente tanto lhe é importante, qual seja, o de instrumento limitador do poder estatal. A importância, no caso, é reconhecível pela simples análise da evolução do Estado ao longo da história, que demonstra que o poder já foi exercido de forma irrestrita, sem dar margem para a análise de sua legitimidade.

A evolução das formas de governo e de Estado, e das suas relações com os indivíduos, alterou-se muito, à medida que o direito foi institucionalizado e sistematizado. Compreendendo tal fenômeno, sob um ponto de vista histórico, é perceptível que o direito positivo evoluiu como consequência de um movimento que visou delimitar, dentro da sociedade, qual seria o campo de ação do Estado como ente institucional e qual seria o espaço dos indivíduos. Tal movimento, sem dúvida, passou por questionamentos como os dos fins do Estado, da origem de seus poderes e da razão da submissão das parcelas de liberdades individuais. Tratou-se de um fenômeno que englobou fatores políticos, culturais, científicos e de

diversos outros campos do saber, que no fim encaminharam os homens a tais questionamentos.

Esse processo representou, mais a fundo, o reconhecimento dos direitos individuais, que inicialmente eram visualizados exatamente como direitos a serem opostos ao Estado e ao seu poder antes não delimitado. Os indivíduos defendem, pois, o direito à vida, a liberdade de agir, a propriedade privada, a livre iniciativa e diversas outras garantias que foram, cada uma, de extrema relevância em específicos contextos políticos e sociais. Assim, sucederam diversas formas de organização do Estado e de exercício do poder – como o Estado absolutista, o liberal, o social de direito, evoluindo à medida que se consagravam valores que permitiam delinear os contornos e limitar os poderes do ente estatal, conforme a vontade social.

A evolução se deu por meio do direito, porquanto, ainda que visando fins hoje questionáveis, foi pela institucionalização e instrumentalização das leis que se coordenou um processo que hoje permite enxergar o ente estatal de uma forma diferente daquele Estado antigo, incerto quanto aos seus fins, deveres e poderes. O direito positivado despontou como um meio de estabelecer, entre o Estado e os indivíduos governados, um pacto, no qual se estipulam deveres e direitos, tornando a relação entre eles mais certa e segura, na medida em que se pôde controlar e fundamentar a atividade do ente soberano.

Com efeito, é esse Estado, limitado por normas que enaltecem, sobretudo, as garantias individuais, e limitam a intervenção na esfera privada, que se veio a denominar “Estado de Direito”. Esse é, pois, o Estado constitucional, pois é de sua essência a preservação (e em um plano posterior, a promoção) dos direitos que são tidos e resguardados como inerentes ao ser humano. Sem dúvida, há também outros aspectos que caracterizam o Estado de Direito e que passam também por sua

própria estrutura, como forma de limitar e melhor organizar suas ações; é de se citar, por exemplo, a teoria da separação das funções, que viabilizou o mecanismo de *checks and balances*, evitando o exercício de um poder concentrado e totalitário. Mas, acima de tudo, é na positivação dos direitos fundamentais que se encontra a essência do Estado de Direito, consoante Norberto Bobbio.⁷

A evolução do conceito do Estado de Direito ultrapassa o resguardo dos direitos fundamentais, impondo também a sua promoção. Ou seja, o fenômeno do “constitucionalismo” induz à compreensão de que o Estado, mais do que um ente ao qual se confere o uso da força para atuar em defesa da ordem, é responsável pela promoção dos fins almejados pelos indivíduos que lhe atribuem poder. E disso, emerge outro importante aspecto do Estado de Direito, que amplia sua definição e complementa a sua noção como um Estado garantidor dos direitos fundamentais, qual seja: a forma representativa. Isso porque, a representatividade desponta como um mecanismo adequado para se concretizar os referidos direitos e delinear a atuação do ente estatal conforme os anseios sociais, na medida em que permite que eles sejam perpretados e implementados no ente estatal por meio da participação política dos indivíduos.

A distinção entre o Estado representativo e o estamental está no fato de que a representação por categorias ou corporativa é substituída pela representação dos indivíduos singulares (num primeiro tempo apenas os proprietários), aos quais se reconhecem os direitos políticos.⁸

O Estado representativo, garantido por uma ordem constitucional que assegura os direitos individuais espelha, por excelência, o regime político democrático, pelo qual se atribui aos indivíduos e à coletividade, o poder de tomar as decisões relativas às atividades estatais.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 100-101.

⁸ *Ibidem*, p. 116.

1.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Utiliza-se o termo Estado Democrático para designar o ente que adota tal regime político, vale dizer, limitado em seus âmbitos de ação por uma ordem constitucional que confere aos indivíduos direitos políticos para participar da formação de sua vontade. É que, como já exposto, a noção de democracia implica que o ente estatal seja guiado conforme os anseios coletivos, mediante procedimentos que captem, direta ou indiretamente, a vontade da coletividade.

A democracia, como elemento ínsito ao Estado de Direito emerge, na verdade, após evolução de outros regimes que, não obstante já avançassem na segurança de relevante parcela de direitos fundamentais, mostraram-se falhos. Primeiramente, o chamado Estado liberal, que encontrou sua ruptura ao dar demasiada liberdade à propriedade e ao capital, ao passo que deixava de assegurar direitos da personalidade e outras garantias individuais a grande parcela dos indivíduos. Após, com o antitético advento do denominado Estado social, visou-se garantir, de forma ativa e prestativa, a prevalência dos direitos individuais; porém, ao fim, verificou-se que o ente estatal não poderia dispor de recursos suficientes para custear o bem-estar de todos os indivíduos.

Daí surgiu o regime democrático em sua acepção específica, isto é, um regime político que propõe ao Estado não se abster da promoção dos direitos fundamentais, mas também não custear a sua efetivação como um todo.

Vale dizer, o que se denomina Estado Democrático de Direito é a tentativa de construir um ente que respeita os direitos da esfera privada e atua no sentido de promovê-los. Isso porque, a positivação dos direitos fundamentais não havia, até então, alcançado *status* que não o da mera formalidade.

Destarte, essa é a finalidade do Estado Democrático de Direito.

A democracia não se resume a uma mera descrição normativa ou instituição formal. Como regime e sistema político, impõe outra grande gama de elementos que são imprescindíveis à sua efetiva aplicação. É que, em honra à sua etimologia, o “governo do povo”, só se apresenta mediante a instituição de mecanismos que permitam captar a vontade popular, e daí sumulá-la e impô-la na atuação estatal.

Percebe-se, portanto, que a democracia, ao invés de um modelo ou um conceito estático e puramente teórico de organização de um regime político, na verdade compreende (e efetiva-se por) um conjunto de procedimentos pelos quais os indivíduos participam da formação da vontade e da atuação do Estado. Essa é, pois, a forma que permite harmonizar os anseios coletivos e a instituição estatal.

A ideia da cidadania surge da participação nos procedimentos instituídos para se chegar às decisões coletivas. A cidadania é da essência do regime democrático e constitui imprescindível soma de direitos fundamentais – entre eles os direitos políticos – para que se possa garantir que os procedimentos de tomada de decisão espelhem a vontade do povo. Diga-se, mais, que a cidadania hoje não é mais vista de forma isolada, isto é, como um direito por si só, em plano abstrato e realizável por meio de simples texto legal.

Em suma, a democracia constitui um sistema político que viabiliza, em uma sociedade com grande volume de indivíduos, cada qual com seus diversos interesses e necessidades, uma atuação do ente estatal conforme as garantias instituídas pela ordem constitucional, e, portanto, de acordo com os interesses relevantes da sociedade e com os fins por ela visados. Permite, pois, legitimar o Estado, limitando o uso de seu poder às medidas necessárias à concretização dos direitos estipulados no ordenamento jurídico.

1.4 DEMOCRACIA E HIPERCOMPLEXIDADE

Como dito, a democracia se revelou o regime político mais adequado à sociedade moderna. Afinal, do extenso leque de interesses ora coincidentes, ora concorrentes, que se interpõem no cenário social, somente um sistema que permita a participação política de toda a coletividade consegue se manter a salvo de rebeliões e insurreições e por ela ser respeitado.

É de se consignar, porém, que o regime democrático é comumente citado como o teoricamente mais adequado e o faticamente mais difícil de se instaurar e manter. Esse debate ganhou força ao longo das últimas décadas e, não por menos, hoje se questiona sobre o quanto a democracia pode de fato trazer de resultados positivos, caso permaneça apenas declarada no texto legal. Tal crítica vem, acima de tudo, como uma reflexão das mudanças que ocorreram no corpo da sociedade.

A explicação se dá pelo fato de que, como um regime político, cujo funcionamento pressupõe e impõe a possibilidade de participação de todos os indivíduos membros da sociedade, a democracia necessita, como já exposto, garantir que haja canais de discussão e de veiculação dos mais diversos interesses e opiniões, seja qual for a forma. Porém, essa discussão e veiculação de opiniões e interesses se tornam mais complexas à medida que se tenha uma sociedade mais ramificada, densa, ampla, composta por um grande volume de indivíduos e de organizações, como é o caso das sociedades atuais.

A hipercomplexidade, apresenta-se com “a presença permanente de mais possibilidades (alternativas) do que as que são suscetíveis de ser realizadas”, havendo, na sociedade, um conjunto de diversos sistemas autopoiéticos, isto é, autoreferenciais, que, com base em códigos próprios, cuidam da seleção das diversas variações (entendidas como os fatos,

atos ou comunicações inesperadas que representem uma quebra das tradicionais expectativas já internalizadas na sociedade).⁹

Ocorre que, quando o ambiente social do qual se trata vem a ser a sociedade moderna, o funcionamento dos sistemas passa a ser sobrecarregado com mais “pressão seletiva”, pois as variações ocorrem em amplitude muito maior, porquanto “a sociedade moderna é supercomplexa – muito mais complexa do que qualquer uma das formações sociais mais antigas, limitadas regionalmente¹⁰.”

Em termos práticos, a sociedade atual, dotada de meios de comunicação em massa que permitem cruzar fronteiras em segundos, do volume de informação que daí advém, da estrutura de produção que permite criar, modificar e desfazer conceitos e objetos em larga escala e em curto espaço de tempo, enfim, de todos os demais fatores que hoje caracterizam e inovam o ambiente social, impõe, aos sistemas sociais, muito mais fatos, interesses e opiniões do que pode-se, de fato, processar. Há um crescente “contingente” (excesso de possibilidades) formado pelos mesmos fatos, interesses e opiniões que, não obstante tenham origem, como quaisquer outros, no corpo social, não podem nele ser inseridos de imediato, sendo preteridos por outros.

De fato, a teoria sistêmica revela, sob uma proposta de leitura lógica e estrutural dos mecanismos e institutos de subjetivação dos fatos pela sociedade, um cenário bastante nítido nas sociedades modernas. Isto é, ela permite compreender, sob o ponto de vista das ciências sociais e da jusfilosofia, o por quê de o Estado não dispor hoje de mecanismos que assegurem a todos a garantia da totalidade de seus interesses e o motivo de tantos conflitos ideológicos, de tanta exclusão e marginalização.

⁹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15.

¹⁰ *Ibidem*, p. 15.

Contudo, a hipercomplexidade da sociedade moderna trás também à tona a necessidade de se adaptar as estruturas de funcionamento do Estado a um ambiente que passa a demandar, em proporções exponenciais, atenção e cuidados para com os diversos interesses em jogo. Exige-se um Estado ativo e funcional que, mesmo não atendendo a toda e qualquer manifestação, desenvolva estruturas que garantam ao menos a chance de assimilação no corpo social.

O desafio da democracia ganha contornos muito mais expressivos no campo prático, vale dizer, a mera existência ou declaração do regime democrático como instituição ou conceito, seguida de sua adoção pelo texto legal, não se mostra suficiente para atender às demandas da sociedade atual. Afinal, conceitos como a representatividade, o exercício da cidadania e a participação mostram-se muito mais obscuros do que se pode imaginar, quando deles se trata apenas em plano abstrato. Por isso, a democracia e a efetivação dos direitos fundamentais devem considerar o paradigma da hipercomplexidade.

1.5 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E LEGITIMAÇÃO

A evolução do Estado e do direito, o surgimento da democracia e a ideia de participação, apontam para a ciclicidade, ou seja, antes firmado como ente isolado, autoritário e desregulamentado quanto às suas ações, passa por mutações de fomento popular. Isto é, o próprio povo, na medida em que começa a atribuir ao Estado sentidos e limites para sua atuação, por meio de todos os mecanismos e processos jurídicos que foram expostos, impõe a ele uma razão de ser. E no contexto democrático, conforme já mencionado, essa razão não é outra senão a garantia e promoção dos direitos fundamentais e de participação política e representatividade na formação da vontade estatal. Na medida em que o Estado fuja

dessa razão de ser, perde sua legitimidade perante a sociedade.

Desde o advento das teorias do Estado, sobretudo a contratualista, buscou-se justificar a existência e a atividade estatal com supedâneo na atribuição de seus poderes pelo povo. Investido de poderes, estaria apto a exercer suas funções, mas tão somente em razão de tal atribuição, que estaria vinculada aos interesses que o mesmo povo desejaria ver concretizados. Ou seja, ainda que conferido ao ente estatal, o poder emanaria do povo, que vincularia o seu uso aos fins por ele almejados.

Essa é, em uma definição clássica, a lógica do que se designa soberania popular. Contudo, impende analisá-la como um fenômeno político-social e relacioná-la ao regime democrático. Isso porque a ideia da legitimação do poder estatal impõe a visão da soberania como uma transação na qual se cedem parcelas de liberdade em troca de vantagens a serem providas pelo Estado. Ou seja, a soberania é do povo, mas o seu fenômeno implica em uma inevitável cessão de poderes que deve se adequar a determinados fins. Equilibrada essa equação, poderia se falar em um governo legítimo. Caso contrário, não há a legitimação, e daí deve-se partir para o questionamento sobre se o Estado exerce um poder autoritário e desfundamentado.

Essa questão revela que, no caso, a legitimação se aproxima da correspondência da atividade do Estado (e, portanto, das normas que o regulam) às expectativas coletivas e na aceitabilidade da ordem estatal, de acordo com o atendimento dessas expectativas. E dessa forma, vem ao caso o clássico conflito entre a autonomia privada e a autonomia pública, levantado e estudado por Jürgen Habermas em sua “teoria do discurso”. O filósofo vê na soberania popular algo como um feixe de poderes e faculdades conferidos ao ente estatal, que seria reflexo da autonomia pública, ao passo que a liberdade individual corresponderia à autonomia privada. E a confrontação entre as duas figuras de autonomia seria, pois,

uma tensão entre a validade e a faticidade das normas.

Explica-se: o indivíduo, dotado de sua autonomia privada, compreendendo toda a gama de direitos e liberdades a ele facultados como cidadão, somente aceitará cumprir as normas impostas na medida em que encontre nelas validade, pois a norma representa, naturalmente, uma restrição às suas liberdades. Ou seja, o conflito entre faticidade e validade ocorre entre a vontade individual e a vontade coletiva, soberana. Mas, quando se está sob um regime democrático, esse conflito deve ser bem resolvido, uma vez que tanto é basilar o respeito à autonomia privada, como também não se pode negar o papel do Estado que, sem a soberania popular, seria enfraquecido e desordenado.

As autonomias privada e pública, antes de se excluïrem, se completam, na medida em que não se pode conceber soberania popular sem liberdade individual. A compatibilização entre as duas esferas de autonomia não se dá de qualquer maneira. Em outras palavras: o processo de legitimação da ordem jurídica e da atividade estatal no regime democrático possui peculiar funcionamento e deve ocorrer com vistas à efetivação de certos direitos inerentes à democracia.

Dada a complexidade da sociedade moderna, a autonomia pública torna-se um fenômeno extremamente denso e multifacetado; afinal, não representa apenas o poder de um grupo de indivíduos homogêneos quanto aos seus interesses e estilos, como ocorria nas primeiras formas de sociedade. Ao contrário: a sociedade moderna é marcada, como antes mencionado, pela complexidade das operações e relações que ocorrem em seu ambiente, de forma que não se pode dar a qualquer fenômeno que seja – entre eles, a soberania popular, uma interpretação simplória e reducionista.

Tem-se, portanto, um cenário em que a atribuição de poderes do povo ao Estado, bem como a direção da vontade e das ações não se caracteriza por uma pacífica e homogênea

comunhão de interesses. O consenso, em regra, não ocorre quanto aos interesses em sua substância. Ao contrário, o mais provável é que haja dissenso sobre que decisões a se tomar. Como então compatibilizar o modelo democrático, participativo e representativo, com uma coletividade tão diversa em seus interesses e necessidades? Como justificar e manter a autonomia pública e o poder conferido ao Estado quando ela tanto se distancia das diversas opiniões que despontam das diversas autonomias privadas de cada indivíduo?

Para a doutrina, a resposta está justamente na aceitação do dissenso como inerente à sociedade complexa e a uma nova formulação e fundamentação do que seria o consenso. A afirmação da soberania do povo e a sua necessária sobreposição à autonomia privada ocorre à medida que se permite o fluxo dos diversos valores, opiniões e interesses que dela emanam.

Destarte, eis a compreensão que hoje se tem a respeito da legitimação do Estado de Direito sujeito ao um regime democrático. Conforme já observado, a reformulação do que seria o consenso é fundamental para a compreensão do que se pretende transmitir. Não se pode deixar de reconhecer, pois, que o consenso quanto ao conteúdo, à matéria, aos valores, é inviável na sociedade moderna. A pluralidade de ideias, interesses e opiniões não pode, como já mencionado, ser captada pelos sistemas e incorporada na sociedade em sua totalidade. Explícite-se: a democracia não impõe sejam todos esses interesses, valores e opiniões observados e promovidos em caráter geral por toda a sociedade. Isso seria impossível em sociedades complexas tais quais se têm hoje.

Diferentemente, a democracia impõe sejam abertas esferas de discussão, por meio de procedimentos jurídico-constitucionais, nos quais se permita confrontar tais diferenças e, conforme as regras procedimentais, selecionar quais valores,

interesses, opiniões, necessidades, enfim, quais elementos serão de fato incorporados na sociedade e positivados pelo direito.

O consenso na sociedade moderna não se dá por meio da seleção de um conteúdo universalmente aceito pelos indivíduos nela inseridos. Dá-se, sim, pela aceitação e pelo respeito a procedimentos que permitam, conforme regras preestabelecidas e de conhecimento geral, extrair de todo o dissenso contencioso um determinado interesse, que irá prevalecer como a vontade estatal.

É dessa forma que se pode concluir a respeito da legitimação do Estado democrático. Ela ocorrerá, pois, na medida em que houver consenso quanto aos procedimentos que permitam formar a vontade do Estado, pressupondo-se, ainda, que tais procedimentos sejam do livre acesso de todos os indivíduos.

No mais, convém destacar que a teoria da procedimentalização necessita se fazer acompanhar de uma gama de aspectos políticos e jurídicos próprios à democracia e ao Estado de direito, pois sem eles a sua implementação fica inviabilizada. É o caso dos direitos fundamentais e da divisão dos Poderes do Estado. Isso porque, conforme já se mencionou, não garantidos os direitos fundamentais, fica minado o acesso ao procedimento; ou, concentrando demais os seus poderes, o Estado se fecha perante o povo e dificulta uma atuação com base em seus interesses e no princípio da legalidade, pois, fechado, tende a utilizar o poder de forma autoritária. Daí, o destaque a dispositivos constitucionais, como as cláusulas pétreas, que impõem, por exemplo, a tripartição das funções, bem como aos dispositivos que asseguram direitos fundamentais.

Concluindo, a legitimação do Estado e do ordenamento jurídico na sociedade moderna, sujeita a um regime democrático, passa pela procedimentalização, como um recurso

amplo e hígido, voltado para a consensualização das tão diversas diferenças presentes no corpo da sociedade. Na medida em que o Estado extrai sua vontade, por meio de procedimentos, assegurando aos indivíduos a oportunidade de participação, afere-se a legitimação.

1.6 INSUFICIÊNCIA DO ESTADO BRASILEIRO NA CONTEMPORANEIDADE

O fenômeno da democracia, assim como diversos outros na história da humanidade, não ocorreu simultaneamente nos planos teórico-institucional e prático, ao menos em todos os Estados. De fato, é comum que se tente implantar na sociedade um modelo político mais moderno e cientificamente mais avançado; contudo, é sabido que o fenômeno social não se resume à tese. Pelo contrário, no plano fático é que se encontra a maior parte das dificuldades a serem enfrentadas. Mais especificamente, discute-se se a democracia formal, aquela positivada em lei, discursada pelas autoridades e tão aplaudida nos meios científicos e políticos, encontra correspondência fática.

A proposta distinção entre uma democracia formal e uma substancial, ou democracia de fato, interessa muito, sobretudo na análise do cenário político e social brasileiro. Afinal, emergem a todo momento evidências de que, mesmo após a promulgação de uma Constituição de conteúdo normativo e político de alto nível, não se efetivou a democracia prometida pela ordem jurídica do país. Mas, como foi dito, havendo tantas garantias democráticas previstas na Constituição e nas demais leis, é de se concluir que os problemas da efetivação do regime democrático não se encontram nas normas em si, mas sim no ambiente social.

Como visto, um regime democrático legítimo demanda a participação dos cidadãos na formação da vontade política do

Estado. Disso emerge, como primeiro preceito de um regime democrático, o direito de voto; e daí também surge uma primeira classificação entre as democracias, quanto à forma de participação – as denominadas democracias diretas e as indiretas.¹¹ Isso porque, como é cediço, a grande população das sociedades atuais, aliada à unificação dos Estados em territórios de grande extensão, implica em uma densidade demográfica tamanha que, na maioria das vezes, impossibilita que se dê voz a todo indivíduo nos procedimentos de formação da vontade do Estado. Daí advém o conceito de representatividade, pelo qual os cidadãos elegem representantes para atuar em tais procedimentos junto ao Estado, caracterizando, por isso, uma democracia indireta. Já nas democracias diretas, todo cidadão tem sua voz para opinar pessoalmente nos procedimentos de tomada de decisões pelo Estado. Somente pela participação é possível garantir-se que o Governo venha a decidir, seja abstrata ou concretamente, de acordo com a vontade do povo. O ideal seria que todos pudessem participar diretamente, contudo, até agora, impera a prática da intermediação de representantes que, presumidamente, decidirão de acordo com a vontade do povo – uma participação indireta.¹²

Tendo isso em vista, o direito de escolher os representantes foi sempre visto como o principal direito político de um regime democrático, sobretudo em países como o Brasil, em que sucedeu, historicamente, a um sistema ditatorial militar. Entretanto, o direito de voto, não obstante sua grande relevância, foi e ainda é objeto de uma visão reducionista das formas de participação política e,

¹¹ É de se mencionar, também, a chamada democracia “semidireta”, que compreenderia procedimentos de tomada de decisão com a participação indireta dos cidadãos, por meio de representantes, e outros com sua participação direta.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial – fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 35.

consequentemente, do regime democrático. A crítica não tem substrato no plano formal, pois a participação democrática por meio do voto se revelou uma forma funcional de apuração de opiniões; sua razão encontra-se, na verdade, no plano fático.

E a explicação se dá pelo fato de que, conforme ressaltado pelo autor acima citado, os representantes decidem presumidamente e não necessariamente de acordo com a vontade do povo. Portanto, ainda que se queira e deva crer que aquele que toma a cargo uma função pública o faz inspirado nos anseios sociais, a história e o atual cenário político brasileiro demonstram que, infelizmente, essa crença não tem assim tanta razão de ser. E isso se diz por duas fundamentais constatações que são essenciais ao presente estudo: primeiro, a de que o povo, tanto por ausência de interesse, quanto por falta de oportunidades, não se compromete a participar dos procedimentos democráticos; segundo, a de que os cargos representativos perante o Estado brasileiro são, em grande parte, acessíveis por procedimentos que somente são democráticos na forma, mas não em sua substância.

Na medida em que o Estado perde sua fonte de referência, suas funções e atividades tendem a perder espaço perante organizações e interesses de outra ordem, que muitas vezes atuam desregulamentadamente e de forma alheia aos objetivos sociais. E, dessa forma, perde força o regime democrático, pois seus procedimentos ficam ofuscados e subutilizados. Mais do que isso, eles tendem a se extinguir ou a nem mesmo ser instituídos, pois, como já dito, falta o interesse do cidadão em deles participar.

A estrutura formalmente democrática passa a funcionar e “legitimar”, apenas para fins também meramente formais, o Estado “democrático”.¹³ A alienação política e o desinteresse popular nas instituições democráticas acabam por enfraquecê-

¹³ QUADROS DE MAGALHÃES, José Luiz. *Direito constitucional: tomo III*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 23.

las, na medida em que abrem espaço para que discursos de outras ordens tomem parte do poder político do Estado, coloquem de lado o investimento na construção de um modelo realmente democrático e façam uso dele para tornar o Brasil um país privatista, protetor de interesses particulares sob a cortina de uma democracia formal.

Então, o simples direito de voto, no contexto em que hoje se encontram a sociedade e o Estado brasileiro, não pode contemplar o procedimento democrático em sua totalidade. Incerta a população quanto ao papel do seu voto e à função do Estado, esse se torna uma presa fácil para aqueles que visam utilizar de sua estrutura para buscar interesses particulares, bastando para tanto a sua formal legitimação sob o icônico conceito de um povo que atribuiria validade a seu ordenamento jurídico.

1.7 A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO SOB A ÓTICA PROCEDIMENTALISTA

A visão tradicional da democracia como um regime político previamente definido e estruturado não permite alcançar os seus reais objetivos. A concepção que hoje se pretende ter da democracia é de um processo, e não uma instituição concretizável em uma última e insuperável instância. E essa concepção, como se pode perceber, possui relevante conexão com as doutrinas de Habermas e Luhmann, que, conjugadas, sugerem que a atuação do Poder Público em um regime democrático implica, de forma basilar, sejam abertos canais de diálogo para que, por meio de procedimentos preestabelecidos, se possa confrontar os tão diversos elementos que emanam da sociedade e com isso tomar a decisão que aparentar mais aceitável e própria para nortear a atividade estatal. Como já foi dito, é por meio da procedimentalização e das organizações estatais que o Estado Democrático de Direito implementa uma

democracia de fato.

A participação dos indivíduos em tais procedimentos é o que vem a legitimar o Estado e a ordem jurídica, pois assim se concretizam os mecanismos da democracia, isto é, do “governo do povo”. E mais: conforme estudado, a referida participação não deve se exaurir no tradicional sistema de votação dos representantes e seus similares (plebiscitos, referendos), mas permear outras esferas da própria sociedade, permitindo um diálogo amplo e a instituição de procedimentos que venham a contribuir para a instauração e a funcionalização dos mecanismos democráticos.

A concretização dos direitos dos indivíduos e da coletividade fica mais próxima à medida que os canais de comunicação entre o Poder Público e a sociedade são abertos. Por isso se fala em ampliação das formas de participação popular nos procedimentos decisórios estatais. Há dois aspectos de grande relevância e fundamentais para que se possa implementar meios de participação popular com eficiência: em primeiro lugar, deve-se atentar para o fato de que tal participação tende a ser mais organizada e eficiente o quanto mais limitado for seu âmbito de decisão. E, em segundo lugar, impõe reconhecer que o diálogo não deve se manter restrito à estrutura do Estado, sendo relevante a sua difusão em outros entes que tenham origem no corpo da sociedade.

A respeito do primeiro apontamento, a limitação do âmbito decisório, como parâmetro para a delimitação do âmbito de participação popular, é uma constatação do fato de que tanto uma excessiva leva de opiniões e interesses relativos a um tema de menor expressividade, quanto uma ínfima gama de opiniões e interesses considerados quando da análise de temas de maior relevância, terminam por frustrar os objetivos da participação popular, porque ou abrem por demais espaço para a complexidade ou deixam de encará-la em seu todo, quando necessário. A eficiência dos procedimentos

democráticos requer sejam os canais de diálogo abertos em esfera objetivamente restrita aos temas a serem discutidos.

Nessa esteira, surge uma reflexão muito relevante sobre a forma do Estado brasileiro e a distribuição de suas competências. O modelo federativo adotado no Brasil, dividido, a rigor, em três esferas administrativas (União, Estados e Municípios), implica em uma densa repartição de competências, assim como em uma volumosa estruturação dos diversos entes estatais que, naturalmente, desconcentram e descentralizam suas atividades em diversos âmbitos.

A tripartição, dada a extensão do território brasileiro, possibilita maior presença das autoridades em cada localidade, o que resulta em atendimento mais imediato das necessidades sociais. Todavia, essa maior eficiência somente ocorre de fato caso a repartição das competências confira aos entes federados poderes suficientes para atuar na resolução das questões locais. É que, no Brasil se adotou um “federalismo cetrífugo”, que tende a centralizar os poderes na União, em detrimento das Administrações locais.

Ora, quanto mais distante o poder estiver do povo, ou, melhor dizendo, da parcela do povo à qual interessa a discussão que se vá realizar, menores serão as chances de se ter uma efetiva participação popular. Afinal, isso implica numa excessiva difusão do diálogo democrático, no que se perde a objetividade que seria fornecida pelos interesses, opiniões e valores relativos à camada da população a quem realmente interessa o tema em discussão.

Em razão disso, deve-se refletir sobre o quão importante é a releitura da forma federativa; visando torná-la mais funcional, por meio de repartição de competências, convênios, entre outros instrumentos viáveis. Visa-se, pois, organizar e concentrar os procedimentos democráticos em âmbitos que contemplem todas as diversidades em jogo, mas de forma objetiva e efetiva, sem dar margem para mais nem para menos

complexidade.

Não menos importante é a reflexão sobre a necessidade de se ampliar o diálogo democrático (por meio da participação popular) para além dos limites da estrutura física do Estado. Isto é, criar canais dialógicos no seio da população e possibilitar a captação da sua expressão como fonte inspiradora de seus atos. A ideia por trás disso, diga-se, é o fato de que o ente não é capaz de coordenar e de receber na origem todas as formas de expressão popular que inspiram os anseios sociais.

A comunicação no corpo social permite aos indivíduos se organizarem e especializarem acerca dos interesses que em comum defendem. Permitem, ainda, fortalecer sua voz como um grupo sólido e com credibilidade no contexto nacional ou mesmo internacional. Afinal, cumpre ressaltar que a evolução das tecnologias de informação e de comunicação contribuem imensamente para que isso ocorra.

Em suma, impõe-se reconhecer que a arquitetura da democracia engloba muitos outros fatores, cuja construção não pode ficar apenas a cargo do Estado; deve, acima de tudo, contar com a iniciativa e com o interesse dos indivíduos, que mais do que nunca dispõem de meios para se organizar e dar voz a seus interesses.

2 O PODER DISCRICIONÁRIO À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 FORMAÇÃO DA VONTADE ESTATAL: FUNÇÃO E LEGALIDADE

A instituição do Estado e a sua atividade ocorre por meio da atribuição de poderes por parte dos indivíduos que, pela cessão de parcelas de liberdade, conferem corpo e instrumentos para que se constitua e atue no ambiente social. Também, ao longo da evolução social e científica, buscou-se dar maior

significado ao ente estatal, tendo em vista que havia, em diversos contextos históricos, se tornado uma instituição deveras limitadora da autonomia privada, tão essencial para a existência e realização do homem.

Os resultados dessa busca se materializaram no direito positivo, sobretudo nas constituições. Por meio delas, visou-se atrelar a atuação do Estado a objetivos específicos e preestabelecidos, que teriam como conteúdo aquilo que a sociedade dele espera. A lei, portanto, passou a limitar a atividade e a própria estrutura estatal ao conteúdo que dela consta; isto é, o conteúdo legal atribui sentido ao ente estatal. Ele lhe confere seu desiderato, suas finalidades.

O Estado, então, passa a atuar nos limites da lei e no sentido por ela preconizado; não se concebe sua ação sem que esteja prevista em um dispositivo legal, e despida de objetivo em sintonia com as previsões legais. Coroa-se, com isso, o princípio da legalidade, fazendo com que a atuação estatal seja vinculada: “a Administração só pode fazer o que lhe é permitido. Logo, a relação existente entre um indivíduo e a lei, é meramente uma relação de não contradição, enquanto que a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, mas é também uma relação de subsunção¹⁴.”

O poder conferido ao Estado não é mais que um comando oriundo da lei. Antes de implicar uma possibilidade de livre escolha e ação, se encontra vinculado a uma finalidade disposta na norma. Daí se falar que “o eixo metodológico do Direito Público não gira em torno da idéia de poder, mas gira em torno da idéia de dever”¹⁵.

Isso porque, como já se viu, o Estado não é titular de interesses próprios. Diferentemente, a ele compete a

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 13.

¹⁵ *Ibidem*, p. 14.

administração e a consecução dos interesses públicos que emanam de terceiros, membros da sociedade; não pode, por isso, dispor deles. Pelo mesmo motivo, não cabe a ele formar sua vontade de acordo com critérios aleatórios e infundados. Emerge disso o que se denomina princípio da “indisponibilidade do interesse público”, determinando que em relação aos bens e interesses públicos, cabe ao Estado “apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, verdadeira titular dos direitos e interesses públicos”, nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho¹⁶: “A vontade estatal reflete fins preestabelecidos e normatizados, representando os anseios da coletividade que foram traçados e positivados em lei. Destarte, a vontade do Estado e os fins de sua atuação estão totalmente direcionados pelo “interesse público”.

2.2 O INTERESSE PÚBLICO

A análise do termo “interesse público”, comumente designado “bem comum”, parece ter por longo tempo levado boa parte das doutrinas jurídica e política a um abismo conceitual. E isso se afirma não apenas pela dificuldade de definição de seu significado real, mas também pela relevância que tal termo assume para o Direito e para a Ciência Política.

Por tais razões, a questão deve ser precedida de uma contextualização da evolução histórica do conceito de interesse público. O termo ganha maior relevo à medida que despontam teorias que justificam a existência do Estado com base na soberania popular. Afinal, daí se passa a conceber que o Estado tem uma função e está sujeito a normas que espelham justamente os anseios dos indivíduos.

Todavia, o reconhecimento da existência de um interesse público positivado em lei e norteador das condutas do Estado, nem de longe consiste do degrau final para que se compreenda

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 28.

a real importância do termo. Mais do que isso, iniciou-se outra missão: a de esclarecer o que de fato seriam os interesses públicos, para que assim se pudesse dar melhor delimitação e funcionalização à atividade estatal.

Com efeito, em um primeiro estágio do Estado moderno, o interesse público foi visto como um interesse na preservação da liberdade dos indivíduos em face do poder estatal. Buscou-se na liberdade individual a fundamentação da soberania.

Com o advento da doutrina de Rousseau, o conceito de interesse público renovou seus contornos para englobar algo além da simples soma de interesses individuais, pois ao “homem social” importaria o “interesse geral”, como o interesse de toda a sociedade da qual fazia parte, pois teria um agir racional que lhe encaminharia a esse consenso. Não obstante, essa concepção acabaria por se desvirtuar em uma forma de opressão à própria liberdade dos homens, na medida em que se acreditava que a lei, imposta como um consenso geral oriundo da racionalidade dos homens, seria dotada de um conteúdo incontestável e supremo.¹⁷

Por causa disso, sobreveio um novo movimento para redefinir o conceito de interesse público. Por meio das revoltas sociais iniciadas no fim do século XIX, que, capitaneadas, sobretudo, pelas frentes operárias e calcadas em ideologias da Igreja, buscaram elevar os direitos fundamentais como parâmetros maiores do que seria o bem comum, ou o interesse público. O interesse público, nesse momento, “reveste-se, mais uma vez, de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano”¹⁸. Trata-se, pois, do momento de transição política do Estado liberal para o Estado social.

Assim, passou a ser atrelado à ideia de se garantir a todo

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 212.

¹⁸ *Ibidem*, p. 215.

indivíduo condições essenciais para sua existência com um ser livre e findo em si mesmo. Realçou-se, pois, o princípio da dignidade da pessoa humana. E, assumindo o Estado, nesse momento histórico, o papel de agente ativo da promoção do bem-estar da sociedade, os interesses públicos começaram a ganhar contornos mais fáticos e passaram a compreender certos serviços por ele prestados.

Todavia, a falência do Estado provedor fomentou novas reflexões sobre o que de fato seriam interesses públicos. Certo foi que se reconheceu que a atuação estatal deveria estar pautada em tais interesses, pois eles expressariam sua finalidade. Entretanto, o conceito permaneceu por muito tempo sem uma definição mais concreta. E isso implicou em certos problemas; cite-se, pois, que a incerteza quanto ao que seria, em um caso prático, um interesse público a se tutelar, gerava também dificuldades à legalidade de atuação do Poder Público; de outro lado, essa incerteza muito interessava àqueles que, pretendendo burlar a concretização do bem comum, fomentavam a leitura do conceito de “interesses públicos” como uma fachada, um conceito meramente formal, que somente serviria para fundamentar, a qualquer custo e de modo não necessariamente legítimo, a atuação do Estado.

Com efeito, por essas e outras razões, a expressão foi por vezes interpretada em sentido quase literal, isto é, enxergavam-se no interesse público os interesses comuns de toda a coletividade, que preservaria e promoveria os anseios que todos teriam em comum. Seria, sob essa ótica, um interesse universal, intocável, compreendendo elementos morais. Exagerava-se, pois, ao tentar imprimir acepções excessivamente axiológicas – não que se deva negar que haja, sim, uma grande carga de valores que estariam compreendidas; contudo, a mitificação serviu também para legitimar posticivamente atos do Estado que, muitas vezes, não se inspiravam em um verdadeiro anseio coletivo. O conceito de

interesse público se esvaziava e perdia, com isso, toda a relevância que possui para a real legitimação do Estado.

Isso ficou evidenciado, sobretudo, à medida que a sociedade moderna foi se caracterizando como complexa, palco de diversidades múltiplas e de conflitos de interesses, opiniões, valores e expectativas. Ficava nítido, afinal, que não caberia justificar o poder do Estado com base em um suposto consenso em relação a ofuscados conceitos universais e incontestáveis que atenderiam pela expressão “interesse coletivo”. Relembre-se, pois, que a sociedade moderna assumiu um caráter de complexidade de relações humanas e estruturais que tornou impossível a realização de todas as necessidades sociais de forma simultânea, e que tampouco permitiria se falar de um consenso sobre interesses comuns, metaindividuais e generalizados.

Foi ciente disso que a doutrina passou novamente a questionar o significado do termo. Consoante a crítica traçada por Héctor Jorge Escola, “o interesse público não é a soma dos interesses coincidentes, pessoais, mas o resultado de um interesse emergente da vida em comunidade, no qual a maioria dos indivíduos reconhece, também, um interesse próprio e direto”.¹⁹

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, acrescenta que “o interesse público não deve ser entendido como um somatório de interesses individuais dos membros de uma sociedade. Os interesses individuais e os dos grupos devem ser satisfeitos, respectivamente, pelos indivíduos e pelos próprios grupos.”²⁰

Destarte, vê-se nas correntes doutrinárias modernas uma convergência no sentido de abandonar a ideia clássica (com

¹⁹ Apud BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Op. cit.*, p. 54-55.

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites do controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 12.

origens na teoria contratualista) do interesse público como um somatório de interesses individuais, visualizando a união de valores axiológicos compartilhados unanimemente pela coletividade. Ao revés, ressalta-se a hipercomplexidade da sociedade moderna, cujo contexto somente poderá levar à noção de um “bem comum” se aceita a doutrina de que o consenso não se dá quanto ao conteúdo, mas sim em relação às regras de seleção de interesses, isto é, ao procedimento democrático.

Com efeito, esse salto paradigmático relativo à compreensão da sociedade moderna permitiu também a reformulação do conceito de interesse público sob a ótica procedimentalista. E, sob esse ponto de vista, pôde-se compreender que o interesse público resulta, na verdade, de procedimentos dialógicos democráticos, em que se levantam os diversos conflitos ideológicos presentes na sociedade e, com respeito a regras preestabelecidas e aos olhos da coletividade, selecionam-se aqueles que, em razão das circunstâncias fáticas, mereçam ser acolhidos em detrimento dos demais.

Conclui-se que o conceito de interesse público tem hoje feições muito mais dinâmicas e funcionais, que lhe afastam de uma interpretação reducionista ou generalizante. Essa nova visão deriva, pois, de uma ótica procedimentalista das atividades públicas, donde surge, mais além, uma interligação com os conceitos de legitimidade, legalidade, função e participação, tão importantes para o estudo do Estado democrático de direito.

Com efeito, reconhecer a mobilidade do conceito de interesse público implica em constatar também a relevância que o regime democrático dialógico (com a volumosa participação dos indivíduos nos procedimentos de formação da vontade estatal) possui para legitimar a existência e a atuação do ente estatal. A esse incumbe, portanto, a função de concretizar as finalidades dispostas nas normas, que espelham

os anseios da sociedade. Tal função se materializa de diferentes formas, de acordo com a estrutura orgânica estatal e com os comandos legais que lhe são impostos, mas representam um poder-dever de o Estado agir em busca dos fins legais.

2.3 A DISCRICIONARIEDADE

Quando se remete às funções do Estado, ao dever que a ele incumbe de atuar conforme estabelecido em lei para promover a consecução do interesse coletivo, assume peculiar destaque o poder discricionário. Isso se explica pelo fato de que, por muito tempo, a discricionariedade serviu de campo para fundamentações equivocadas de certos atos praticados pelo Poder Público. Entretanto, como se verá adiante, o tema ocupa espaço especial na construção do Estado democrático de direito, razão pela qual demanda estudo específico para desvendar seu verdadeiro desiderato.

Como é cediço, a doutrina costuma se ocupar do estudo da discricionariedade como um instituto do Direito Administrativo. Fala-se, daí, em poder discricionário no âmbito da função executiva ou administrativa do Estado. O termo designa os atos que se diferenciam dos vinculados, pelos quais o agente público apenas aplicaria a lei nos exatos moldes em que ela se encontra, tendo em vista que entre a situação fática e a previsão legal ocorreria completa subsunção. A lei não deixaria, assim, mais margem de decisão ou de maior interpretação para o agente do que a mera compreensão do tipo legal e a leitura do fato.

Já no caso dos atos discricionários, haveria vinculação à previsão legal até um certo ponto (mínimo legal), a partir do qual caberia ao agente público, com base nas circunstâncias do caso, concretizar a norma, acrescentando-lhe conteúdo para ser aplicada em uma determinada situação fática. Ou seja, o ato discricionário é uma manifestação relativamente vinculada,

mas não em sua completude. A diferença para os atos essencialmente vinculados despontaria dos próprios requisitos e elementos estruturais (competência, finalidade, forma, motivo e objeto), mormente de seu mérito.

A discricionariedade pode ser conceituada como a faculdade conferida por lei à Administração para apreciar o caso concreto, por critérios de oportunidade e conveniência, escolhendo entre soluções válidas à luz do direito.²¹

Entretanto, as conceituações clássicas da discricionariedade não foram suficientes para eliminar o grande questionamento que se instaurou a respeito do tema, qual seja: como conciliar o princípio da legalidade com uma atuação discricionária responsável e efetiva? Ou, indo mais a fundo: qual são os limites do poder discricionário, para que ele não vá de encontro ao princípio da legalidade? Para responder essas perguntas, faz-se necessário um retrato do poder discricionário à luz da função do Estado.

Para tanto, é de se analisar a razão de ser da discricionariedade. Afinal, como visto, a regra insculpida pelo princípio da legalidade, à qual está sujeito o Estado, é a de que o agente público só pode agir nos estritos termos da lei; e, sob essa ótica, causaria estranheza a concepção de um poder conferido ao ente estatal para atuar com liberdade de decisão, podendo optar pela conduta que considerar a mais adequada.

Essa questão pode, contudo, ser solucionada por meio de dois outros simples questionamentos: primeiro, pergunta-se se seria possível prever todas as hipóteses de atuação do Estado, as condutas que ele deveria tomar em cada delas e materializar tudo isso em lei; segundo, ainda que isso fosse hipoteticamente possível, questiona-se se a atividade estatal seria satisfatória caso fosse totalmente atrelada à letra fria da lei.

Supedaneada nessas reflexões, a doutrina passou a interpretar a discricionariedade como uma certa liberdade

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 67.

conferida ao agente público para decidir a melhor forma de ação frente a determinadas situações, em face da impossibilidade de se paralisar a atividade estatal, condicionando-a por completo a exaustivas previsões normativas.

E, mais do que isso, o poder discricionário contribui também para a melhor captação e implementação dos fins da norma. Explica-se: a incompletude de seu texto não se dá por mera omissão do legislador. Ao contrário, intencionalmente deixa-se em aberto a decisão a ser tomada justamente porque se espera que, ciente das circunstâncias fáticas e dos elementos peculiares que se contemplem caso a caso, o agente público possa encontrar uma melhor solução para a situação fática do que a norma poderia abstratamente fazer. Isto é, confia-se na subjetividade do agente público para selecionar e aplicar a norma de forma mais funcional, aliando a finalidade normativa à necessidade do caso.

Contudo, a liberdade de decisão conferida ao agente público não está isenta de balizas. Não é ilimitada; muito antes, como qualquer ação do Estado, o ato discricionário se condiciona aos fins legais, pois “é a lei que deve abrir margem discricionária exatamente porque não se pode admitir atuações administrativas arbitrárias”²².

E é nesse ponto que vêm ao encontro as noções de função e de interesse público. É que, como já se mencionou anteriormente, o poder estatal é hoje encarado não como uma força autônoma e desvinculada, mas, ao contrário, é atrelada à consecução das finalidades do Estado na garantia dos interesses públicos.

Com efeito, o poder discricionário passa, sob essa ótica, a ser visto sob uma razão finalística, pelo que se torna passível de controle, inclusive pela via judicial, conforme já concebe a

²² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Op. cit.*, p. 145.

doutrina mais moderna²³.

Destarte, é nesse sentido que se pode chegar a uma redefinição do conceito de poder discricionário, para compreendê-lo não como uma faculdade, uma liberdade ou simples prerrogativa do agente público. Consiste, diferentemente, de uma técnica de integração da norma, um mecanismo de concretização do texto legal. Não deixa de ser, ao mesmo tempo, uma competência atribuída ao agente público, que assume a função²⁴, ou o dever de dar concretude às finalidades legais “em face da impossibilidade de tudo se prever na letra da norma”.²⁵

Por sua vez, o agente que não atendesse a essa finalidade, incorreria em desvio de poder, vale dizer, utilização de competência em desalinhamento finalístico. Trata-se de modalidade de abuso de poder, que se subdivide em duas hipóteses: a primeira, quando o agente busca finalidade alheia a qualquer interesse público; a segunda, quando busca atender à finalidade pública, mas termina agindo pela via imprópria ou atingindo finalidade outra.

Sobre o tema, já se seguiram diversas e valorosas obras, pelas quais se buscou demonstrar e criar parâmetros que, traçando limitações do poder discricionário, permitissem, ao

²³ Importa ressaltar, nesse tocante, que por muito tempo se condenou o controle do mérito dos atos discricionários por parte do Poder Judiciário, pois se entendia que isso implicaria em uma violação do princípio da separação dos Poderes, já que caberia somente ao agente público o juízo de oportunidade e conveniência. Todavia, a evolução da doutrina veio a demonstrar, na esteira dos argumentos que se tecem neste tópico, que mesmo esse juízo de mérito encontra limites legais, já que não se pode conceber, sob o princípio da legalidade, qualquer atuação estatal que não esteja pautada em finalidades impostas por lei, sobretudo aquelas expressas por princípios como os da moralidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, entre outros.

²⁴ Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a idéia de função compreenderia “a de competência em ação para atingir a um fim”. Ela teria o “interesse público como limite interno de seu exercício” e seriam “maneiras de expressar o poder estatal”, devendo “estar definidas elementarmente na lei”, e “dirigidas inexoravelmente ao interesse público”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 36).

²⁵ *Ibidem*, p. 37.

fim, a caracterização e a posterior responsabilização do agente público que incorresse no desvio. A questão, como se vê, perpassa pela mesma e histórica dificuldade de se estabelecer uma definição exata para a discricionariedade.

2.4 O PODER DISCRICIONÁRIO NA FUNÇÃO LEGISLATIVA

Como alhures expandido, a discricionariedade é estudada no âmbito do Direito Administrativo; afinal, é na função administrativa que ela encontra sua maior aplicação, uma vez que a execução das leis cabe, sobretudo, ao Poder Executivo, à Administração Pública, em sentido estrito.

Não obstante, o instituto demanda uma ampliação conceitual. E isso se dá, primeiramente, pelo fato de que o poder discricionário, tido, como se viu no tópico anterior, como uma competência atribuída por lei aos agentes públicos, não se esgota na função administrativa, assim como os agentes não atuam somente no âmbito do Poder Executivo. E, em segundo lugar, é de se reconhecer que a difusão da função legislativa como função atípica para outras entidades (em especial algumas ligadas ao Executivo, como, por exemplo, as agências reguladoras) acaba aumentando o recurso ao poder discricionário, na medida em que se fundem as funções políticas e jurídicas de tais entidades.

A noção de discricionariedade está relacionada com a atividade política, ao passo que, no campo dos atos vinculados, atem-se ao estrito comando legal. Disso se extrai, pois, que a amplitude decisória que caracteriza o poder discricionário é justamente o liame entre a legalidade e a legitimidade que, não tendo sido concretizado em direito positivo por opção do legislador (constituente ou infraconstitucional), fica sob responsabilidade do agente público, a quem incumbe, perante o caso concreto, positivar o interesse público, tido sob o aspecto

político.

Portanto, a discricionariedade funciona como um poder-dever do agente público, visando à transformação dos interesses sociais em normas, conferindo-lhes contornos jurídicos. Com efeito, esse papel não é outro senão aquele mesmo cumprido pelo legislador; e daí fica a prova de que a discricionariedade, longe de ser um instituto exclusivo do Direito Administrativo, é, antes de tudo, um objeto de estudo do Direito Político ou do Direito Constitucional, para se definir mais tradicionalmente.

Sendo a discricionariedade o poder de decisão conforme critérios políticos (que não escapa, contudo, às finalidades legais e constitucionais), é de se concluir que a atividade legislativa não se conduz de outra forma que não por meio de atos discricionários. E, em razão disso, também a ela não podem fugir certos parâmetros de vinculação ao interesse público, inerentes a toda e qualquer atividade estatal. E, indo mais além, não respeitados esses parâmetros, estaria o legislador incorrendo em desvio de poder?

Tais questões constituem reflexões ainda vanguardistas na doutrina jurídica e política, pois por muito tempo foram encobertas por argumentos de ordem formal que, inspirados em certos dispositivos constitucionais, ofuscavam a lógica argumentativa que ora se tece; como exemplo, menciona-se o princípio da independência dos Poderes, que sempre constitui uma barreira para o controle das ações de diversas entidades do Estado. Como já foi mencionado, era justamente esse o argumento contrário à sujeição dos atos administrativos discricionários ao controle do Poder Judiciário, quanto ao seu mérito.

Entretanto, à medida que a sociedade evolui, aumentam também as pressões sobre os Estados pela consolidação do regime democrático, e questões como essas começam a perder as clássicas amarras que as mantinham alheias a

questionamentos como os que ora se fazem. E, por fim, tudo isso aponta para uma melhor reflexão sobre o modo como é formada a vontade do Estado.

É por essa razão que ganha muito relevo a discussão sobre a amplitude discricionária da função legislativa, sobretudo em um contexto em que tal função é tão comumente atribuída a órgãos do Poder Executivo ou a entidades a ele vinculadas. Tomando como base o exemplo já mencionado das agências reguladoras, é de se citar que o fenômeno da privatização ocorrido no Brasil na década de 1990, trazendo consigo a formulação das referidas agências, culminou em concedê-las o poder (atípico) de editar atos normativos, tendo em vista suas especialidades técnicas em seus setores.

Vista como um avanço no que tange à busca por normas mais efetivas, a difusão da função legislativa sugere interessantes reflexões sobre o poder discricionário a ela atrelado. Por exemplo, o paradoxo entre uma legislação que, por emanar de um ente mais especializado, tende a melhor atender o interesse público, sendo portanto mais legítima; mas que, justamente por não ter sido elaborada por um legislador típico, poderia consistir uma ilegítima usurpação da função legislativa típica.

Em todo caso, mais do que apurar a ilegitimidade ou legitimidade das normas editadas pelos diversos legisladores – típicos ou atípicos – do Estado, pretende-se demonstrar o quanto o reconhecimento do caráter da discricionariedade também nos atos legislativos sugere que eles devam também sofrer o mesmo tratamento que hoje já é dado aos atos administrativos discricionários, no sentido de que eles devam, em quaisquer circunstâncias, estar vinculados às finalidades legais e constitucionais que, em última instância, correspondem exatamente ao interesse público, como se viu anteriormente. E, com isso, pretende-se demonstrar que uma nova visão do conceito de discricionariedade possibilita o fomento de

atividades administrativas e legislativas muito mais eficientes do que as que tradicionalmente se teve, contribuindo para a legitimação do Estado democrático de direito.

3 O PODER DISCRICIONÁRIO NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO

3.1 A DISCRICIONARIEDADE COMO CANAL DE RECEPÇÃO DOS INTERESSES PÚBLICOS

Conforme se viu nos tópicos anteriores, a discricionariedade, definida como uma técnica de integração da norma, de um lado, e como uma competência do agente público voltada para os fins normativos, de outro, assume capital relevância como um mecanismo de ligação entre os interesses públicos e o direito positivo. Isso porque ela permite, de forma flexível e funcional, que o agente encontre as soluções mais legítimas (isto é, as soluções que melhor representam os interesses coletivos, à ótica da ciência política) e lhes dê contornos de legalidade (transformando, assim, interesses coletivos em lei).

E é por meio dessa leitura do poder discricionário que se pode ver a sua verdadeira relevância como atributo do poder estatal no contexto democrático; qual seja: ele permite a procedimentalização da seleção do interesse público. E isso é de suma importância dado o fato de que, conforme já foi demonstrado, esse interesse não assume, na sociedade moderna, feições previamente definidas. Ao contrário, a forma pela qual se pode definir o que seria o interesse público é justamente o procedimento que permita, por meio do levantamento e estudo dos diversos interesses, valores e expectativas conflitantes, determinar aqueles que mereçam, em razão das circunstâncias fáticas, prevalecer naquele momento.

Sendo assim, trata-se de um método de

procedimentalização da formação da vontade e das decisões do Estado que permite acompanhar evolutivamente e com dinamicidade os tão variáveis interesses públicos. A liberdade decisória representada pelo poder discricionário compreende um poderoso canal pelo qual podem permear os interesses públicos, o que não ocorreria caso a atuação do Estado estivesse completamente limitada à letra da lei. Como já dito, o interesse público é um conceito de conteúdo dinâmico, mutável, e sua aferição passa, impreterivelmente, pela ponderação dos interesses em jogo, que por sua vez são encontrados nas múltiplas expressões e manifestações do ambiente social.

As mencionadas reflexões, apesar de tomarem a discricionariedade sob a ótica do Direito Administrativo, são de profunda importância. Demonstram, pois, a incompatibilidade de uma concepção legalista em um regime democrático de uma sociedade complexa.

Com efeito, para além da atividade administrativa, a discricionariedade também no âmbito legislativo representa um instrumento de diálogo para promover o confronto e a seleção dos diversos interesses presentes na sociedade, para daí positivar aquilo que deva ser elevado à condição de interesse público em nível normativo. Isso porque, certamente, o procedimento legislativo, como uma espécie de atividade estatal, também deve estar norteado pelas finalidades legais e comporta, por sua natureza, ampla margem discricionária quanto às decisões a serem tomadas.

É nesse sentido, portanto, que o poder discricionário ganha relevo no Estado democrático de direito. Ele se torna um canal ativo de diálogo e absorve os interesses públicos, graças à margem de liberdade decisória conferida ao agente público, que deve partir em busca dos elementos para fundamentação de seus atos. E, assim sendo, promove-se a legitimação dos atos do Poder Público e, conseqüentemente, da ordem jurídica.

Entretanto, é de se consignar que a efetiva funcionalidade dos procedimentos democráticos e a relevância do poder discricionário como atributo a eles inerentes, só será alcançada caso haja efetiva participação da população nesse processo.

3.2 A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Condição inexorável para que haja participação e comprometimento político por parte da população é a garantia dos direitos fundamentais. Sem dúvida, grandes passos foram dados nesse campo ao longo da turbulenta história política do último século; todavia, na maior parte dos Estados – e o Brasil se inclui nela – a garantia de tais direitos ainda se encontra em fases primárias.

Com efeito, muito se atrelou e reduziu os direitos políticos ao direito de voto, como se ele encerrasse toda a pretendida e necessária participação política dos cidadãos no contexto democrático. Entretanto, esse entendimento de forma alguma deve persistir quando se busca a efetivação da democracia.

Na verdade, o direito de voto, como já se demonstrou, nenhum valor terá para o regime democrático, caso não seja efetivamente exercido, e por efetivo entenda-se o seu exercício consciente, volitivo e inspirado. Explique-se: é necessário que o povo possua um nível básico de intelectualidade para que exerça seus direitos políticos sem ser manipulado e ludibriado por interesses alheios, que assim ofuscam a afirmação dos verdadeiros interesses públicos.

Mas, para tanto, impõe-se a garantia de condições mínimas de existência digna. Afinal, sem isso, impera a apatia. A legitimação fica forjada e permanece apenas em um plano formal, pois a opinião da população fica muda e essa, sem força para contestar, acaba concordando com a instituição de qualquer ordem política.

A democracia depende, portanto, da promoção de indivíduos reflexivos, conscientes de seus direitos e aptos a afirmar seus interesses e a demandar suas necessidades perante o Estado. Tal consciência somente emerge a partir do momento em que estejam garantidas condições elementares de existência digna do homem, pois, sem essas, de nada adiantam os demais direitos previstos no ordenamento jurídico, já que o homem se torna refém de suas necessidades mais básicas.

3.3 MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NA FORMAÇÃO DA VONTADE ESTATAL

Uma vez garantidos os direitos políticos e os demais direitos fundamentais, sem os quais o cidadão não poderia sequer formar opiniões de cunho político, incumbe ao Estado nova tarefa, a de criar mecanismos que permitam recepcionar esses direitos políticos e utilizá-los para fundamentar suas atividades. É nesse ponto que ganham relevo as formas de participação popular – afinal, os direitos políticos consistem na possibilidade conferida aos cidadãos de participar dos processos de formação da vontade do Estado.

Os direitos políticos tiveram – e ainda têm – sua expressão máxima na eleição dos representantes populares que exercerão funções do Estado na qualidade de agentes públicos. Trata-se do direito de voto, inafastável na democracia representativa. Além disso, a Constituição brasileira ainda consagra outras formas de participação política por meio de votos, quais sejam, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, conforme se extrai de seu art. 14.

Vê-se, pois, que o próprio texto constitucional reconhece tais mecanismos de participação como instrumentos de exercício da soberania popular, isto é, como a forma pela qual o povo atribui poder ao Estado e confere legitimidade à sua existência e atuação.

No entanto, o sufrágio e as demais formas de participação previstas no referido dispositivo constitucional não são mecanismos aptos para captar os interesses públicos em toda a sua extensão. Isso porque, ainda que a eleição dos representantes políticos seja de suma importância no regime democrático, há diversos outros âmbitos de atuação estatal que carecem de melhor baliza pelos interesses da coletividade. Basta recordar, afinal, que até mesmo a função legislativa tem sido muito exercida de forma atípica por entes vinculados ao Poder Executivo e, na maioria dos casos, por agentes que não foram selecionados por sufrágio. Mais do que isso, a própria dinamicidade e as estruturas de organização da sociedade e do Estado, hoje em dia, demandam, em diversas situações, um contato maior e mais imediato entre Estado e indivíduos, para que se possam captar as necessidades desses.

Tendo isso em vista, despontam outras formas de participação que, desenvolvidas e difundidas no âmbito do Direito Administrativo, começam a ganhar espaço também em outras funções do Estado, especialmente na medida em que se reconhece que o poder discricionário passa a ser enxergado como inerente também à atividade legislativa. Esses outros meios de participação consistem, pois, de mecanismos de controle social da atividade do Estado, entendido como “uma forma de controle exógeno do Poder Público nascido das diversas demandas dos grupos sociais”²⁶.

Há, nos institutos de participação popular, procedimentos que contemplam o diálogo democrático, essência do regime da democracia. De fato, à medida que se consagram institutos como tais, mais forte fica o canal entre Estado e sociedade, o que, como se sabe, compreende a legitimidade, isto é, a recepção, pelo Estado, dos interesses públicos que dela (sociedade) emanam. E, sendo o procedimento “o mecanismo adequado para que se possa alargar a capacidade de decisão do

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 844.

sistema administrativo de uma sociedade pluralista hipercomplexa”²⁷, os institutos em questão, ao contemplarem procedimentos democráticos, estão justamente abrindo as portas para a entrada dos anseios populares no mundo político e, em segundo plano, jurídico.

Os contatos podem ser feitos de diversas maneiras. Entre as mais relevantes, as audiências e consultas públicas, e o orçamento participativo. Merece destaque, pois a previsão inculpada no art. 32 da Lei n. 9.784/ 1999, que assim dispõe: “Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.”

Também no âmbito do Direito Ambiental, já se garante a oportunidade de audiência pública no procedimento de licenciamento, o que vem se tornando comum também em outros âmbitos do Direito Público. Com efeito, as audiências públicas consistem de verdadeiros fóruns de debates abertos à coletividade ou a comunidades específicas, mas sempre se garantindo transparência e representatividade.

As consultas públicas, por sua vez, muito se assemelham às audiências públicas, havendo, porém, a diferença de não se realizarem presencialmente, mas sim por meio de documentos enviados pelos participantes ao Poder Público. Trata-se de relevante mecanismo quando se venha a tratar de assuntos de cunho técnico, por exemplo, em que se podem enviar estudos, laudos, entre outros documentos.

Nessa esteira, merece especial menção a Lei n. 10.257/ 2001, o Estatuto da Cidade, diploma que busca a implementação de uma democracia participativa, prevendo, em seus artigos 43 a 45, a gestão democrática da cidade. O fato de uma lei voltada à ocupação do espaço urbano inovar com suas disposições demonstra, mais do que o simples reconhecimento, pelo Poder Público, da importância da gestão participativa, que

²⁷ *Ibidem*, p. 192.

a própria sociedade conclamou, por meio de movimentos e ações congregadas, maior atuação civil nos procedimentos decisórios relativos ao espaço público.

Ainda mais relevante é a inovação trazida pelo art. 4º, III, “F” do mesmo Estatuto, que prevê a gestão orçamentária participativa, na qual o povo, dividido de acordo com seus interesses e regiões de residência, vota perante o Poder Público a favor da destinação de recursos públicos para determinados investimentos de seu interesse. Aquele que tiver maior número de votos será, por fim, o investimento a ser levado a cabo pela Administração.

Além das audiências públicas, consultas públicas e do orçamento participativo, há de se destacar as ouvidorias, canais pelos quais os indivíduos se comunicam com entidades específicas vinculadas ao Poder Público, para informar fatos ou realizar consultas. Esses e outros institutos são todos aplicáveis no âmbito da função administrativa, mas não necessariamente à função legislativa. Entretanto, já são muito comuns as audiências e consultas públicas perante casas legislativas, dando-se voz aos cidadãos para opinar e direcionar os legisladores para uma melhor consecução dos interesses públicos.

Em especial, é de se constatar que os institutos representam uma revolução na gestão dos bens e interesses públicos, pois rompem com as decisões tradicionais, isto é, a forma impositiva pela qual se apresenta a vontade estatal. A reivindicação de espaço por meio dos indivíduos, pessoas físicas, empresas, associações ou outras formas de representação, fomenta o crescimento de uma gestão pública mais próxima da realidade e das necessidades sociais.

Dessa forma, unindo-se a liberdade de avaliação, ponderação e valoração dos fatos e interesses sociais, conferida ao agente público, aos institutos de participação popular, cada vez mais adotados nos diversos âmbitos das funções estatais,

pode-se chegar a uma síntese que só tem a promover a legitimidade da atividade do Estado. Afinal, na medida em que o ordenamento se conecta com os anseios sociais, permitindo sua evolução em conjunto, tende-se a construir um direito que, melhor incorporando os valores e interesses da sociedade, por meio de procedimentos idôneos e do acesso de todos, será mais eficiente e justo, em meio a todo complexo contexto da sociedade moderna.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo com todos os avanços do último século e, em especial, das últimas décadas, o direito brasileiro ainda necessita de releituras relativas à forma com a qual é construído e aplicado.

Isso porque, o caráter complexo da sociedade moderna, repleta de antagonias e divergências quanto aos valores e expectativas de sua plural população, inviabiliza a construção de normas e padrões universais. Sendo assim, a legitimação não ocorrerá com base na imposição do consenso contencioso, mas terá grandes chances de ser atingida quando a organização social se pautar em procedimentos de caráter dialógicos e participativos.

Por isso, cabe ao Estado possibilitar a inserção da população nesses procedimentos e o dever de observá-los em sua atuação, pois, dessa forma, se garante o controle de suas atividades perante o interesse público delineado pela ordem jurídica. O interesse positivado, por sua vez, deve ser submetido aos mesmos procedimentos para que se permita a sua evolução conforme os anseios sociais. Igualmente, incumbe ao Estado e à sociedade a garantia dos direitos fundamentais, sem os quais é impossível a formação de um povo consciente e participativo.

O atributo da discricionariedade nos atos do Poder

Público (que é inerente aos agentes públicos em qualquer das funções do Estado) ganha uma nova importância, pois, praticados os atos com observância dos procedimentos democráticos, permite-se maior controle e a segurança de que os resultados visados serão efetivamente aqueles voltados para os interesses públicos. Em termos práticos, isso pode ser concretizado por meio de mecanismos de inserção e de participação da população nos procedimentos de formação da vontade estatal, inovando com o clássico e já insuficiente sufrágio universal.

A discricionariedade (administrativa, legislativa ou judicial) fica, assim, ainda mais restrita no que tange à finalidade do ato estatal, pois passa a ser mais controlada pelos interesses públicos. Mas, ao mesmo tempo, ganha maior amplitude na formação de seu conteúdo, pois os procedimentos democráticos levam ao agente público um maior número de interesses a serem discutidos e possivelmente concretizados. Essa leitura do ato discricionário permite, portanto, que a dinâmica democrática-dialética ocorra em âmbitos decisórios ainda mais restritos, antes pouco controlados pela sociedade e talvez por isso tão pouco eficientes.

Dessarte, a evolução e a efetivação da democracia brasileira requerem do povo e dos agentes públicos o reconhecimento de que a sociedade moderna somente pode ser pacificada e promovida por meio do diálogo e da participação, meios pelos quais se pode atingir uma correspondência entre direito e anseios sociais. Em outras palavras, a legitimação da ordem jurídica e do Estado na atualidade se dá na medida em que se garante a existência e a prevalência dos procedimentos democráticos participativos nos atos de formação da vontade estatal.

