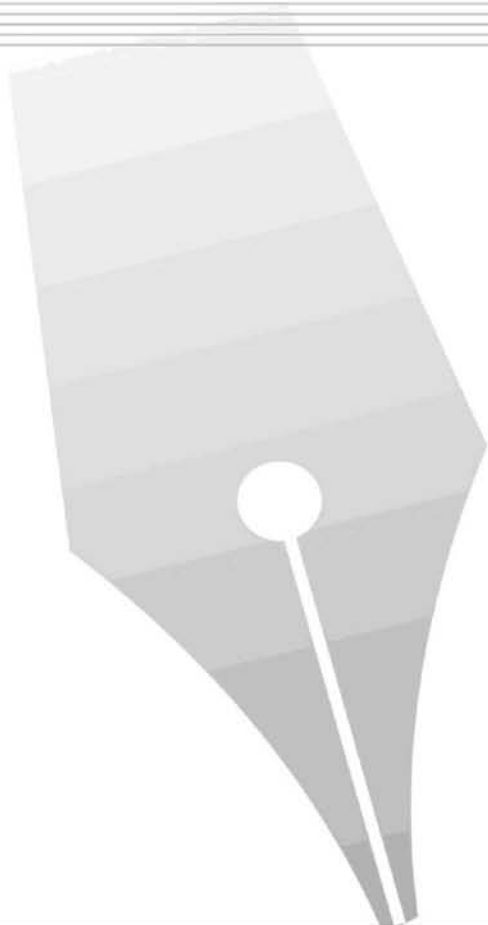


Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



**DEMOCRACIA ADMINISTRATIVA
E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:
A Política Nacional de Participação
Social Constitui Matéria de Lei
ou de Decreto?**

Renato Monteiro de Rezende

Textos para Discussão

158

Outubro/2014

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Diretor Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Paulo Fernando Mohn e Souza – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Fernando B. Meneguim – Consultor-Geral Adjunto

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

conlegestudos@senado.leg.br

URL: www.senado.leg.br/estudos

ISSN 1983-0645

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

REZENDE, R. M. **Democracia Administrativa e Princípio da Legalidade: A Política Nacional de Participação Social constitui matéria de lei ou de decreto?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Outubro/2014 (Texto para Discussão nº 158). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 13 Out. 2014.

DEMOCRACIA ADMINISTRATIVA E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: A Política Nacional de Participação Social constitui matéria de lei ou de decreto?

RESUMO

O Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, que instituiu a Política Nacional de Participação Social, tem sido objeto de acirrada discussão no meio político e na mídia. Seus opositores argumentam que ele representa uma tentativa de transferir o debate sobre políticas públicas do Congresso Nacional para conselhos constituídos por representantes de setores cooptados pelo governo, numa afronta à democracia representativa. Com o objetivo de sustar o ato, encontram-se em tramitação projetos de decreto legislativo nas duas casas do Congresso Nacional. Já o Poder Executivo sustenta que o Decreto não ofende prerrogativas do Congresso Nacional, destinando-se apenas a aperfeiçoar instrumentos de participação social já existentes, estabelecendo diretrizes mínimas a serem observadas pela Administração Pública nesse âmbito. O presente estudo analisa a validade do Decreto nº 8.243, de 2014, à luz das disposições constitucionais atinentes à participação social, da compreensão moderna do princípio da legalidade e das competências normativas do Poder Executivo. Examina também as tendências atuais de democratização da Administração Pública em outros países e os principais problemas enfrentados na implementação de mecanismos de participação social no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia participativa. Administração Pública. Princípio da legalidade. Poder regulamentar. Decreto nº 8.243, de 2014. Política Nacional de Participação Social. Conselhos de políticas públicas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
I. PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TENDÊNCIAS	7
A) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	12
B) FRANÇA	15
II. PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA GESTÃO PÚBLICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	20
III. O DECRETO Nº 8.243, DE 2014: DESCRIÇÃO DE SEU CONTEÚDO	23
IV. A CRIAÇÃO DE ÓRGÃOS POR MEIO DE DECRETO.....	27
V. A ADEQUAÇÃO DO INSTRUMENTO NORMATIVO USADO PARA CRIAR A PNPS	36
A) A CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS POR ATO DO PODER EXECUTIVO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	37
B) A RESERVA LEGAL COMO LIMITE AOS ATOS NORMATIVOS DO PODER EXECUTIVO	44
C) LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E DELEGAÇÃO LEGISLATIVA	48
D) A LEGISLAÇÃO EXISTENTE SOBRE PARTICIPAÇÃO SOCIAL	57
VI. A COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL PARA SUSTAR ATOS DO PODER EXECUTIVO.....	60
VII. OS PROBLEMAS REAIS DE UMA POLÍTICA DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO BRASIL	67
A) A QUESTÃO DO APARELHAMENTO NOS CONSELHOS	67
B) A SELEÇÃO DE CONSELHEIROS NÃO INDICADOS PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO.....	75
C) OUTRAS QUESTÕES.....	81
CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS	95

DEMOCRACIA ADMINISTRATIVA E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: A Política Nacional de Participação Social constitui matéria de lei ou de decreto?

Renato Monteiro de Rezende¹

INTRODUÇÃO

A publicação do Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, que *institui a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS, e dá outras providências*, causou grande alvoroço nos meio político, tensionou as relações entre os Poderes Executivo e Legislativo, despertando reações inflamadas no Congresso Nacional e nos principais veículos de comunicação. Mais do que as questões técnicas envolvendo sua forma e conteúdo, tem prevalecido nas discussões o embate ideológico, que o momento da edição do ato – ano de eleições gerais – muito contribuiu para acirrar.

De um lado, os opositores do Decreto, numerosos e com argumentos vários, consideram-no inoportuno e mesmo inconstitucional. Há quem acuse oportunismo político na iniciativa, uma tentativa de agradar os movimentos sociais às vésperas do pleito. Há também os que consideram o Decreto inconstitucional, por tratar de matéria que, em sua ótica, deveria ser disciplinada por lei. Por fim, há quem considere o ato um passo decisivo para a substituição da democracia representativa parlamentar por um governo de sovietes ou ainda por um regime de feições ditatoriais.

Do outro lado, o governo sustenta não apenas a legitimidade do meio utilizado (Decreto), mas também das normas nele inseridas, sob o argumento de que elas cuidam de organização administrativa, contêm instruções dirigidas exclusivamente aos órgãos do Poder Executivo e visam a sistematizar instrumentos de participação social já existentes, alguns deles expressamente previstos em lei.

Este estudo pretende analisar o Decreto nº 8.243, de 2014, e mais amplamente a própria proposta de incremento da participação popular na Administração Pública, à luz do texto constitucional brasileiro e das experiências passadas e atuais nesse domínio, nos planos nacional e internacional.

¹ Consultor Legislativo do Senado Federal, na área de Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Partidário.

Para tanto, o trabalho se desdobra em sete seções. A primeira se dedica a examinar as tendências de democratização da Administração Pública, verificadas a partir da segunda metade do séc. XX, nos Estados Unidos e em alguns países europeus, com destaque para os instrumentos de participação social engendrados nos sistemas jurídicos norte-americano e francês.

A Seção II contém um breve histórico da participação social na Administração Pública brasileira e identifica as principais normas da Constituição de 1988 relativas ao assunto.

A Seção III, de caráter descritivo, esmiúça o conteúdo do Decreto nº 8.243, de 2014, detalhando as regras desse ato normativo sobre a PNPS e o SNPS, em especial as exigências fixadas para as instâncias e mecanismos de participação social nele previstos.

O exame da constitucionalidade do Decreto se inicia na Seção IV, que aborda o tema da criação de órgãos da Administração Pública por meio de regulamentos autônomos. Ainda que, como se verá mais adiante, o Decreto não institua conselhos de políticas públicas, a discussão sobre a regulação infralegal da matéria é importante, seja porque dois órgãos públicos foram por ele criados, seja porque, na vigência da Constituição de 1988, são numerosos os conselhos instituídos por decreto.

A Seção V prossegue na análise da constitucionalidade do Decreto nº 8.243, de 2014, procurando ofertar respostas às seguintes questões: (i) é dado ao Poder Executivo criar políticas públicas por meio de decreto? (ii) as disposições do Decreto nº 8.243, de 2014, tratam de matéria sujeita à reserva legal ou se fundamentam na competência presidencial para dispor, mediante regulamento autônomo, sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública, de que trata o art. 84, VI, *a*, do Texto Magno? (iii) havendo reserva legal sobre a matéria, existe legislação federal da qual o Decreto possa ser considerado regulamento executivo, nos termos do art. 84, IV, da Constituição?

Na Seção VI, examinaremos, à luz das conclusões formuladas na seção anterior, a constitucionalidade do uso, em relação ao Decreto nº 8.243, de 2014, da competência congressional para sustar atos do Poder Executivo, prevista no art. 49, V, da Carta Política.

Por fim, a Seção VII abordará alguns daqueles que, a nosso ver, constituem os principais problemas dos mecanismos de participação social na Administração Pública utilizados no Brasil, entre os quais os riscos de aparelhamento dos conselhos de políticas públicas pelos governos, o *deficit* de representatividade de seus membros (inclusive em virtude da ocupação das vagas por organizações e grupos de interesse mais poderosos), e a dependência que os conselhos têm da boa vontade dos gestores para poderem funcionar regularmente.

I. PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TENDÊNCIAS

A discussão em torno das formas de participação social na Administração Pública está longe de ser recente, seja no Brasil, seja em outras democracias.

No século XIX, as relações entre o Poder Legislativo e a Administração Pública eram tratadas, no plano teórico, segundo um modelo de virtual automatismo na aplicação, pelos órgãos administrativos, dos comandos legais. A lei constituía a expressão da vontade geral e à Administração Pública competia simplesmente executá-la, em um regime de vinculação do administrador à legalidade. Sob esses pressupostos, não havia sentido em falar de democratização da Administração, pois o momento apropriado para a participação do povo era o da escolha de seus representantes no Poder Legislativo. Isso explica, por exemplo, a resistência do austríaco Adolf Merkl, nos anos 1920, à ideia de instituir formas de participação dos cidadãos no processo de execução das leis. Na visão do jurista, iniciativas nesse sentido poderiam solapar a autoridade da lei, fazendo sobre ela prevalecerem as decisões administrativas. Para que a vontade geral expressa nas leis fosse observada, dever-se-ia organizar uma administração autocrática, fundada na unidade e na disciplina.²

A reivindicação de espaços participativos no processo decisório administrativo se tornou um tema sensível com a passagem do modelo de Estado liberal do século XIX para o Estado social do século XX, prestador de serviços, e a crescente assunção de competências normativas pelo Poder Executivo. A ideia de que a lei aprovada pelo Parlamento deveria esgotar a regulação de matérias afetas aos direitos e deveres dos indivíduos deu espaço, nessa nova ordem, à prática frequente de delegações legislativas. A criação de agências reguladoras independentes implicou a atribuição de poderes normativos a entidades externas ao Parlamento, no âmbito dos setores econômicos por elas regulados.

Mesmo dentro do próprio processo legislativo, a influência do Poder Executivo se tornou cada vez maior. Foi-lhe conferida, pelas constituições de diversos países, iniciativa legislativa ampla, e, em determinadas matérias, de forma privativa, fazendo depender do Chefe desse Poder qualquer alteração legislativa nesses domínios. A prova do protagonismo do Executivo no processo legislativo é dada pelas taxas de sucesso e dominância, que medem, respectivamente, o percentual de projetos aprovados dentre os de sua autoria e de projetos seus dentre todos os aprovados pelo Poder Legislativo.³ Em determinados casos, atribuiu-se competência ao Executivo até mesmo para adotar “leis sob condição resolutiva”, que inovam imediatamente o ordenamento jurídico,

² Cf.: ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Principes et modalités de la participation à la vie administrative. In: DELPÉRÉE, Francis [Org.]. *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*. Bruxelles: Bruylant, 1986, p. 252.

³ Já em 1976, pesquisa abrangendo 41 países, indicava taxas de sucesso superiores a 80% em 33 deles. Cf.: HERMAN, Valentine; MENDEL, Françoise. *Parliaments of the World: a reference compendium*. London: Inter-Parliamentary Union, 1976.

ainda que sujeitas a confirmação pelo Parlamento, como ocorre no Brasil com as medidas provisórias.

Diferentemente do Poder Legislativo, porém, onde as várias correntes políticas podem se fazer representar mais facilmente (sobretudo em países com sistema eleitoral proporcional), a estrutura tradicional do Poder Executivo oferece alguns obstáculos ao pluralismo no processo decisório. A estrutura hierarquizada da Administração Pública, as resistências de um aparelho burocrático fechado em si mesmo, a persistente visão verticalizada do administrado como súdito, a direção unipessoal do Poder Executivo constituem fatores que podem dificultar a participação dos cidadãos na tomada de decisões administrativas. Em face da atribuição crescente de funções normativas ao Poder Executivo, a criação de mecanismos de participação social na Administração Pública busca neutralizar o *deficit* democrático produzido pelo deslocamento do *locus* de produção normativa.

Em um contexto de expansão da democracia até mesmo para domínios extraestatais⁴, processos de democratização passam a ser vistos como um imperativo também em relação à Administração Pública, que constitui a face mais visível do poder do Estado, com a qual o cidadão tem um contato mais direto e frequente. Sob essa ótica, reduzir a democracia ao momento eleitoral é empobrecê-la. O aumento da participação dos cidadãos na Administração Pública busca: superar a ideia de que a competência deliberativa do povo se circunscreve ao instante do voto; realizar a aproximação entre a sociedade e o aparelho estatal criado para servi-la; neutralizar os riscos de um “governo dos burocratas”; aumentar a aceitação e a eficácia social das decisões administrativas. A interação entre o poder público e os administrados permite que se colham subsídios para melhor orientar decisões estatais, além de conferir a elas maior legitimidade, propiciada por um “sentimento de equidade procedimental” experimentado pelos cidadãos partícipes. Como fruto da interação, estes também passam a ter ciência das próprias restrições materiais à ação administrativa, o que lhes permite adaptar suas expectativas às condicionantes do mundo real.⁵

O alargamento do campo de incidência do processo democrático, não mais limitado ao momento do voto, constitui exigência defluente do princípio do Estado de Direito e se traduz de diversas formas no âmbito administrativo: na substituição de estruturas hierarquizadas e autoritárias por formas colegiais de decisão; na eleição, como modo de escolha de ocupantes de determinados cargos de direção; na participação paritária, nos órgãos de gestão, de todos quantos desempenhem suas atividades em

⁴ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000, pp. 67-70.

⁵ ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 800-2. RIVERO, Jean. Introduction. In: DELPÉRÉE, Francis [Org.]. *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*. Bruxelles: Bruylant, 1986, pp. 15-8. AUBY, Jean-Bernard. Remarques préliminaires sur la Démocratie Administrative. In: *Revue Française d'Administration Publique*, n. 137-8, 2011, pp. 16-18.

determinados setores da administração; na transparência do processo administrativo; e na participação dos administrados, por meio de organizações populares de base, na gestão da administração pública.⁶

Se no Brasil é crescente o uso de instrumentos de participação social na Administração Pública, isso não é menos verdade em outros países com longa tradição democrática. Desde a segunda metade do século XX, inúmeras modalidades de participação do povo nos processos decisórios estatais foram criadas e outras reavivadas.

Na sistematização das formas de participação social na Administração Pública, são identificadas duas grandes categorias: as participações direta e indireta. A primeira tem um caráter tendencialmente universalista, no sentido de uma abertura de oportunidades de participação às pessoas em geral. Exemplos dessa modalidade são as audiências públicas, eventos de caráter consultivo, presenciais e orais, realizados no âmbito de um processo decisório, e dos quais podem tomar parte quaisquer interessados, fazendo uso da palavra para encaminhar propostas, discuti-las etc.

Também as consultas públicas são instrumentos de participação social direta, de quaisquer interessados, com similaridades em relação às audiências públicas, mas que delas se diferenciam pelo seu caráter não presencial, sendo as contribuições dos participantes formuladas por escrito.

A participação individual e direta pode ocorrer igualmente através do ouvidor, que atua como mediador entre o cidadão e a Administração Pública, canal para o recebimento de sugestões, reclamações, denúncias das pessoas em geral, seu encaminhamento e acompanhamento, sobretudo no tocante à prestação de serviços públicos e ao correto funcionamento do aparelho estatal.

Alguns países, como os Estados Unidos e a Suíça, se valem de plebiscitos e referendos não apenas em matéria legislativa, mas também para questões administrativas, sobretudo em nível municipal, podendo eles se revestir de caráter consultivo ou mesmo vinculante. Entre as questões submetidas à deliberação popular, podem ser citadas a realização de obras e projetos de grande impacto, questões urbanísticas e a alienação de bens públicos.⁷

Ainda que as variedades de participação direta pressuponham um espaço de interação entre a sociedade e o Estado aberto a todos os interessados, condicionantes do mundo real podem dificultar sobremaneira a participação efetiva. Assim, inafastáveis

⁶ Exemplos de José Joaquim Gomes Canotilho, à luz da experiência constitucional portuguesa (*Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, pp. 432-3).

⁷ No Brasil, a Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, ao disciplinar os institutos do plebiscito e do referendo, prevê seu uso também em relação a matérias de natureza administrativa. Contudo, se a convocação de plebiscitos e referendos em matéria legislativa já se mostra raríssima, no caso de medidas administrativas a consulta popular nesses moldes é praticamente inexistente.

regras ritualísticas em uma audiência pública podem, por exemplo, reduzir bastante as oportunidades de manifestação. O processo de discussão deve ter limites temporais. Ademais, nem todo interessado em participar da audiência disporá de condições para se deslocar ao lugar em que será realizada ou poderá estar presente na data e horário estabelecidos.

Já a participação indireta se dá normalmente quando representantes da sociedade são escolhidos para integrar órgãos colegiados integrantes da Administração (conselhos) ou instâncias de discussão temporárias e periódicas (conferências). As formas tradicionais de consulta a colegiados, restritas ao aconselhamento da autoridade por comissões de *experts*, se converteram, com o tempo, em canais de interlocução com amplos setores da sociedade. A participação orgânica baseia-se, assim, na assunção de que os indicados para integrar conselhos e conferências irão representar os interesses daqueles em nome dos quais atuam. O quanto a escolha dos participantes dos colegiados reflete a realidade social é matéria que depende fundamentalmente da forma como se organiza o processo de seleção e dos graus de participação cívica da população e de democracia interna das organizações da sociedade civil.

Há casos em que o mecanismo conjuga participação direta e indireta. Tal se dá, por exemplo, em experiências de orçamento participativo, instrumento viabilizador da participação da comunidade em decisões sobre a alocação de recursos públicos. Seu modelo básico inclui assembleias integradas por todos os interessados, que definem prioridades e elegem delegados. A estrutura piramidal do processo decisório denota o elemento de representação política, cabendo a deliberação final a um conselho de delegados. A proposta é, então, incorporada ao projeto de lei orçamentária encaminhado ao Poder Legislativo.

Por fim, mas sem esgotar esse rol, merecem registro os júris de cidadãos e as pesquisas deliberativas, processos que resgatam o sorteio como método de seleção das pessoas chamadas a decidir numa democracia, algo que remonta à pólis ateniense, berço da democracia. Os júris cidadãos e pesquisas deliberativas nasceram de experiências organizadas por cientistas sociais, a partir da constatação das deficiências apresentadas pelo modelo de democracia representativa, caracterizado, nos termos do minimalismo schumpeteriano, por uma competição entre elites, na qual o papel do povo se limitaria ao exercício periódico do direito de voto para possibilitar a formação de um novo governo.

Adotados nos Estados Unidos e em alguns países europeus, os júris de cidadãos consistem em comissões de cidadãos (em número que varia de 12 a 50 pessoas) escolhidos por sorteio e com a preocupação de refletir a diversidade social, para discutir uma dada questão de interesse público. Os temas são variados, indo desde o planejamento urbano, até questões ambientais, orçamentárias e de política social. Após se informarem, colherem subsídios junto a especialistas, e deliberarem a respeito, os

participantes elaboram uma manifestação final, que é encaminhada às autoridades. O procedimento, considerado pouco manipulável, inclui uma fase deliberativa a portas fechadas. A manifestação do júri pode ser impositiva, mas geralmente se reveste de caráter apenas consultivo.

As pesquisas deliberativas se assemelham aos júris de cidadãos, mas se processam com um número bem maior de participantes. A partir de uma amostra representativa do eleitorado, são escolhidas aleatoriamente pessoas em número nunca inferior 130, para discutir a questão submetida a consulta. Também diferentemente dos júris, as informações e subsídios são fornecidos aos participantes antes mesmo do início do processo, e as reuniões são realizadas em público. No início e no fim dos trabalhos são colhidas as opiniões individuais e os resultados são encaminhados às autoridades, para subsidiar suas decisões.⁸

A previsão de mecanismos de participação popular nos negócios públicos foi preocupação de diversas cartas constitucionais de países que, ao longo do século XX, passaram por processos de redemocratização.

A Constituição portuguesa de 1976 contém vários preceitos com o objetivo de promover a participação do povo no processo decisório administrativo, entre os quais os que estabelecem: o dever estatal de assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais (art. 9º, c); o direito do cidadão de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do país, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos (art. 48, n. 1); a garantia de participação dos interessados na elaboração dos instrumentos de planejamento urbanístico (art. 65, n. 5); a participação de professores e alunos na gestão democrática das escolas, bem como a participação de suas associações e das entidades representativas dos pais, das comunidades e das instituições científicas na definição da política de ensino (art. 77); a intensificação da participação das populações na vida administrativa local por meio de organizações de moradores (art. 263, n. 1); a estruturação da Administração Pública de modo a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efetiva, por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática (art. 267, n. 1).

Também a Constituição espanhola de 1978 dedicou alguns preceitos à participação social nos assuntos públicos. Previu: a obrigação dos poderes públicos de facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, bem como de remover os obstáculos que impeçam ou dificultem tal participação (art. 9, n. 2); o direito dos cidadãos de participar nos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes eleitos (art. 23, n. 1); a participação efetiva de todos os setores afetados na programação geral do ensino (art. 27, n. 5); a oitiva, pelos poderes públicos, das organizações de

⁸ Sobre os júris e cidadãos e as pesquisas deliberativas, cf.: SINTOMER, Yves. *O poder ao povo: júris de cidadãos, sorteio e democracia participativa*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, pp. 122-38.

consumidores e usuários, nas questões que possam afetá-los (art. 51, n. 2); a audiência dos cidadãos, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, no procedimento de elaboração das disposições administrativas que os afetem (art. 105, *a*); a participação dos interessados na seguridade social e na atividade dos organismos públicos cuja função afete diretamente a qualidade de vida e o bem-estar geral (art. 129, n. 1); a constituição de conselho para viabilizar a colaboração dos sindicatos e outras organizações profissionais, empresariais e econômicas na elaboração, pelo governo, de projetos de planificação econômica (art. 131, n. 2).

A exemplo das Constituições portuguesa e espanhola, a brasileira de 1988 também incorporou vários preceitos de participação popular na Administração Pública, como veremos na seção seguinte. Antes, porém, examinemos mais detalhadamente como os ordenamentos jurídicos norte-americano e francês tratam a matéria. Convém reiterar que eles constituem apenas uma amostra das diversas práticas de democracia administrativa adotadas em todo o mundo.

A) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O processo de formação dos Estados Unidos como nação é caracterizado por um elevado grau de participação cívica na definição dos rumos do governo, sobretudo em nível local. Nos estados da Nova Inglaterra, notabilizaram-se, como forma de democracia direta, os chamados *town meetings*, nos quais os habitantes de uma cidade se reuniam em assembleia para decidir sobre questões legislativas e administrativas de interesse local. Inclusive no âmbito judicial, o papel do cidadão nas decisões estatais era considerável, como demonstram os tribunais do júri. No plano nacional, até mesmo em razão da maior distância entre governantes e governados, as oportunidades de participação popular na Administração Pública eram menores.

Com o crescimento do Estado burocrático intervencionista e a ampliação dos poderes normativos da Administração Pública, durante o *New Deal*, a demanda por maior influência da sociedade sobre o funcionamento do aparelho estatal se intensificou. Uma das primeiras respostas a isso foi o *Administrative Procedure Act* (APA), de 1946, que fez diversas prescrições às agências do Poder Executivo, a serem observadas nos seus processos de edição de normas e de fiscalização dos setores regulados. Sempre que estivessem em jogo os direitos dos administrados, as agências deveriam produzir e publicar a justificação para os seus atos, dando-se oportunidade aos potenciais afetados para expor, por escrito e oralmente (quando convocada audiência pública), seus argumentos antes da decisão final da agência (o *notice-and-comment rulemaking*).

Na forma como o APA foi interpretado originalmente, os agentes econômicos dos setores regulados eram os principais beneficiados com tais direitos de participação⁹.

⁹ Segundo William Funk, a ênfase na proteção dos interesses dos agentes econômicos no processo de edição de normas pelas agências reguladoras pode ser explicada pelas condições daquele momento

A partir da década de 1970, todavia, o Poder Judiciário passou a dar uma exegese mais larga às disposições do APA, para ampliar as oportunidades de participação do público em geral e os deveres das agências, o que incluía tornar disponíveis as informações e estudos de que dispunham e que serviriam de subsídio na elaboração das normas, bem como oferecer respostas aos comentários e sugestões do público sobre as propostas de regulação.

Na década de 1990, positivando práticas já adotadas em alguns setores, o *Negotiated Rulemaking Act* estipulou regras para um procedimento de negociação prévia, entre todos os interessados em uma dada regulação, sob a mediação da agência, com vistas à produção de atos normativos que contem com o máximo de consenso entre os setores afetados. Nesse tipo de procedimento, a influência do público na determinação do conteúdo da norma é maior, reduzindo sensivelmente o unilateralismo da Administração Pública no processo decisório.

Quanto à participação social nas políticas de fomento, durante a administração de Lyndon Johnson, o *Economic Opportunity Act* (EOA), de 1964, instituiu o *Community Action Program*, por meio do qual eram destinados recursos federais para entes públicos locais e instituições sem fins lucrativos, com o objetivo de desenvolver ações de combate à pobreza. A Lei determinava que, no desenvolvimento, condução e administração desse programa, fosse assegurada a máxima participação possível dos residentes nas áreas e membros dos grupos atendidos. Nos anos 1970, a exemplo do EOA, outras leis instituíram políticas, para diversos setores específicos, na implementação e fiscalização das quais se deveria assegurar a participação dos cidadãos. O governo federal se incumbia do financiamento das ações, cabendo às instâncias locais a execução dos programas, em áreas como habitação, desenvolvimento urbano e saúde.

Outra importante medida legislativa no sentido de abrir a Administração Pública à participação social foi o *Federal Advisory Committee Act* (FACA), de 1972. Desde os primeiros anos da república norte-americana se entendeu como inerente aos poderes do Presidente da República a possibilidade de constituir grupos, comissões ou conselhos para lhe dar assessoramento. Também no âmbito das agências, tais conselhos eram criados, sem necessidade de lei para tanto. A preocupação do Congresso com o grande número, a composição e o modo de operar desses conselhos levou, contudo, à aprovação de uma lei para discipliná-los. Criticavam-se, então, os procedimentos pouco

histórico, em que o fenômeno da captura das autoridades pelo setor regulado ainda não constituía uma realidade, inclusive em razão da “cultura hostil” do corpo dirigente das agências em relação às empresas fiscalizadas. Nesse contexto, a participação do público em geral era vista como desnecessária, pois, numa visão indisfarçavelmente elitista, esperava-se que os técnicos detivessem uma maior capacidade de identificar o interesse público do que a própria população à qual serviam (Public participation and transparency in administrative Law – three examples as an object lesson. In: *Administrative Law Review*, vol. 61, 2009, pp. 173, 177-8).

transparentes, bem como a influência dos grupos econômicos representados nesses colegiados sobre as decisões administrativas, sobretudo nas agências.

O FACA estabeleceu que: (i) salvo o disposto em legislação específica, as comissões teriam um prazo de funcionamento de dois anos, admitidas sucessivas renovações; (ii) suas reuniões deveriam ser previamente divulgadas, abertas ao público, e a documentação por elas recebida e produzida, bem como suas atas, deveriam estar disponíveis ao público; (iii) sua composição deveria ser equilibrada em termos de pontos de vista representados, devendo também ser franqueado ao público presente às suas reuniões manifestar-se; (iv) seus atos de criação deveriam conter regras que preservassem a independência dos membros, de modo a que as opiniões do colegiado não fossem indevidamente influenciadas pela autoridade nomeante ou por qualquer interesse especial.

O alcance das disposições do FACA, no entanto, foi logo restringido pelo Poder Judiciário. A lei submetia a suas regras quaisquer comitês, conselhos, comissões, conferências, painéis, forças tarefas ou outros grupos similares criados por lei, bem como os criados ou utilizados pelo Presidente da República ou as agências do Poder Executivo, com o propósito de obter aconselhamento ou recomendações, exceto aquelas compostas exclusivamente por servidores públicos federais. Em 1989, a Suprema Corte, no caso *Public Citizen v. US Department of Justice* (491 US 440) entendeu que o termo “utilizados” não poderia se estender a conselhos que não houvessem sido criados nem estivessem sob a direção do Poder Executivo.

Problemas na aplicação do FACA também se fizeram sentir em relação às exigências de transparência e de composição equilibrada, com resistência do Poder Executivo em cumpri-las. Em muitos casos, a total transparência obstava um aconselhamento sincero, além de se revelar incompatível com a prerrogativa presidencial de receber informações confidenciais. Em face disso, o Poder Judiciário excluiu diversas comissões da incidência do FACA.

Também a necessidade de assegurar, na composição dos conselhos, a representação de pontos de vista variados é vista, em certas ocasiões, como prejudicial às próprias finalidades perseguidas, de que constitui exemplo a representação de grupos religiosos com posições extremadas numa comissão de fomento a pesquisas científicas. Diante das exceções reconhecidas pelos tribunais à aplicação do FACA, bem como do desincentivo que, nos demais casos, suas exigências produziam para a criação de conselhos, há quem sustente que essa lei não foi bem sucedida no sentido de ampliar a participação social na formulação de políticas.¹⁰

¹⁰ Cf.: FUNK, *op. cit.*, pp. 186-7.

B) FRANÇA

Na França, a democratização da Administração Pública já constituía objeto de discussão doutrinária na década de 1960 e de iniciativas legislativas no decênio que lhe seguiu. A Lei nº 73-6, de 3 de janeiro de 1973, inspirada no *Ombudsman* sueco (instituído no início do séc. XIX), criou a função de *Mediateur*, uma autoridade administrativa independente, escolhida pelo Conselho de Ministros e com mandato de 6 anos, incumbida de examinar reclamações sobre o funcionamento da Administração Pública, em suas relações com os administrados. Abriu-se, com isso, um canal institucional para interação entre estes e o aparelho administrativo do Estado.

As reclamações, formuladas por qualquer pessoa física ou jurídica, eram dirigidas ao *Mediateur* necessariamente por intermédio de algum membro da Assembleia Nacional ou do Senado. Para auxiliá-lo no desempenho de suas funções, o *Mediateur* poderia designar delegados em todo o território francês, incumbidos de instruir os processos iniciados a partir das reclamações. Concluindo pela procedência de uma reclamação, o *Mediateur* poderia fazer recomendações ao órgão ou ente administrativo, propor medidas para sanar os problemas constatados, e sugerir alterações em disposições legislativas ou regulamentares. Na omissão da autoridade competente, o *Mediateur* poderia instaurar processo disciplinar contra o agente responsável.

Com a reforma constitucional de 2008, o cargo de *Mediateur* ganhou *status* constitucional, sendo alterada a sua denominação para *Défenseur des droits*, e ampliado seu campo de atuação. Nos termos do art. 71-1 da Constituição, cabe ao *Défenseur*, além de outras atribuições conferidas por lei, velar pelo respeito aos direitos e liberdades pelas administrações do Estado, das coletividades territoriais, dos estabelecimentos públicos, assim como todos os organismos públicos investidos em uma missão de serviço público. Pode atuar de ofício ou ser acionado por qualquer pessoa que se considere lesada pela Administração Pública.

Além dessas funções, a Lei Orgânica nº 2011-333, de 29 de março de 2011, conferiu ao *Défenseur* as de proteger e promover o interesse superior e os direitos da criança, lutar contra a discriminação e promover a igualdade, bem como velar pelo respeito às normas de deontologia por quem exerça atividades de segurança pública. Com isso, suas intervenções deixaram de se dar exclusivamente no âmbito da Administração Pública, abrangendo também a ação de particulares. Quanto às reclamações, não há mais a intermediação necessária de deputados ou senadores. A Lei também estimulou o uso da mediação e de técnicas de transação na resolução de conflitos nos quais o *Défenseur* venha a intervir.

Outra vertente da democratização da Administração Pública na França se opera no plano consultivo. A oitiva juridicamente regulada dos administrados remonta ao séc. XIX, ainda que num contexto bastante específico. A Lei de 8 de março de 1810, ao

dispor sobre os procedimentos de desapropriação por utilidade pública, instituiu a *enquête publique*, uma espécie de consulta realizada no curso do processo expropriatório, para permitir a defesa dos interesses dos proprietários. Durante muito tempo, essa foi a única previsão legal de procedimento de consulta. Sem embargo, já nos anos 1960 se falava de um modelo de *Administration consultative* (ainda que essa ideia se traduzisse sobretudo na participação orgânica de *experts* e representantes de grupos de interesse em conselhos e outros órgãos colegiados), assim como em uma maior transparência da Administração Pública, com abertura de arquivos à consulta pública, promovida por leis do fim da década de 1970.

A Lei nº 83-630, de 12 de julho 1983 (*Loi Bouchardeau*), criou e regulou com detalhes uma *enquête publique* sobre projetos cuja execução pudesse causar danos ao meio ambiente, com a finalidade de informar o público e coletar opiniões, sugestões e contrapropostas, posteriormente ao estudo de impacto ambiental, para municiar a autoridade competente dos subsídios necessários à tomada de decisão.

De outra hipótese de participação social cuidou a Lei nº 85-729, de 18 de julho de 1985, que alterou o Código de Urbanismo, para prever uma espécie de *concertation*, incluindo moradores, associações locais e outras pessoas interessadas, durante a elaboração de projetos envolvendo o plano de ocupação do solo e a ordenação territorial, previamente a decisão do conselho municipal. A Lei foi lacônica quanto aos procedimentos a serem observados nesse tipo de consulta, deixando a cargo das autoridades locais delimitar o seu perfil, inclusive em função das especificidades de cada projeto. Assim como na *enquête publique*, na *concertation* a autoridade pública não está vinculada, ao adotar sua decisão, às contribuições e sugestões dos participantes. A omissão em levar a cabo o procedimento, contudo, importa nulidade processual.

A ausência de uma disciplina legal mais abrangente dos processos de consulta não foi um impeditivo de que o governo tomasse a iniciativa de promovê-los, como ocorreu na discussão de novas normas para a aquisição de nacionalidade francesa, levada a cabo pela Comissão da Nacionalidade, em 1986, e da reforma dos serviços públicos de correios e telecomunicações, em 1989.

Novo instrumento de participação foi concebido pela Lei nº 95-101, de 2 de fevereiro de 1995 (*Loi Barnier*). Esse diploma criou a Comissão Nacional do Debate Público (CNDP), incumbida de organizar processos de discussão de grandes projetos públicos de interesse nacional, com relevância sócio-econômica ou que possam produzir um considerável impacto ao meio ambiente. Legislação posterior promoveu alterações nas competências e no funcionamento da Comissão, ampliando seu raio de ação. Nesse âmbito, o *débat public* (que precede a já mencionada *enquête publique*), deve se processar sobre a oportunidade, os objetivos e as características principais do projeto. Dura quatro meses, podendo ser estendido por mais dois, por decisão da CNDP e se desenvolve de várias formas: reuniões públicas, publicação de dossiês, criação de sítios

na Internet, entre outras. Ao fim, a CNDP apresenta ao responsável pelo projeto um balanço dos trabalhos.

Com a reforma constitucional de 2003 e a aprovação da Lei Orgânica nº 2003-04, de 1º de agosto de 2003, e da Lei nº 2004-809, de 13 de agosto de 2004, foram abertas novas oportunidades de interação com a sociedade, mediante a figura do referendo local com caráter decisório, e da consulta aos eleitores das coletividades territoriais.

No plano da participação orgânica, a prática de constituição de comissões em que têm assento representantes da sociedade civil é antiga na França. Uma das mais relevantes instituições consultivas francesas é o Conselho Econômico, Social e Ambiental, que tem previsão constitucional. Seu antecedente histórico mais remoto foi o Conselho Nacional Econômico, criado por decreto, em 1925, composto por representantes das organizações sociais francesas mais representativas. Suprimido durante a ocupação alemã na Segunda Guerra, foi reinstituído pela Constituição de 1946, como Conselho Econômico, incumbido de produzir, por solicitação ou por iniciativa própria, pareceres e relatórios sobre a situação econômica do país, bem como sobre projetos de lei e planos econômicos nacionais. De sua composição participavam representantes dos trabalhadores urbanos, produtores rurais, empresários, intelectuais, associações de defesa da família, entre outros.

O órgão foi mantido pela Constituição de 1958, como Conselho Econômico e Social, sendo-lhe alterada a denominação e agregadas funções consultivas em matéria ambiental pela reforma constitucional de 2008. Atualmente, é composto por 233 membros, recrutados em diversos grupos sociais: trabalhadores, empresários, produtores rurais, artesãos, profissionais liberais, membros de cooperativas, representantes da juventude, dos estudantes, da vida associativa e das fundações, inclusive as de proteção ao meio ambiente, de associações de defesa da família, dos departamentos e regiões ultramarinas, além de personalidades com experiência nos domínios econômico, social, cultural, esportivo e científico.

O Conselho elabora pareceres sobre projetos de lei e de atos normativos do Poder Executivo, bem como sobre questões econômicas, sociais e ambientais que tenham sido submetidas à sua consideração pelo Governo ou pelo Parlamento. A consulta ao Conselho é obrigatória no caso de planos e projetos de lei de planejamento econômico, social e ambiental, ou seja, aqueles que fixam objetivos quantitativos e qualitativos para a ação estatal nesses domínios. A Lei Orgânica nº 2010-704, de 28 de junho de 2010, prevê a possibilidade de consulta ao órgão mediante petição apresentada por, no mínimo, 500 mil cidadãos.

O número de conselhos e outros órgãos colegiados de caráter consultivo vinculados ao Poder Executivo na França é considerável. Levantamento da década de 1960 dava conta da existência de 4.700 órgãos consultivos, dos quais 500 conselhos, 1.200 comitês e 3.000 comissões. A partir de 1996, a legislação financeira passou a

exigir a apresentação, ao Parlamento, de lista indicando todas as comissões e instâncias consultivas e deliberativas, criadas por lei ou por ato do Poder Executivo, e vinculadas diretamente ao Primeiro Ministro e aos demais Ministros. Nos últimos anos, muitas dessas instâncias foram extintas ou fundidas. Em 2010, somavam 719. Em 2014, 594¹¹. Esse número, porém, não abrange as comissões nos âmbito departamental e local.

A redução do número de conselhos, comissões e comitês se insere no esforço de simplificação levado a cabo pelos Decretos nº 2006-665, de 7 de junho de 2006, e nº 2006-672, de 8 de junho de 2006. O primeiro dispôs sobre a redução do número e a simplificação da composição de comissões administrativas. O segundo, sobre a criação, composição e funcionamento de comissões administrativas de caráter consultivo. De acordo com ele, novas comissões consultivas que contem com a participação de representantes da sociedade civil e não sejam previstas em lei somente poderão ser criadas mediante decreto, após estudo que justifique a sua necessidade, e com prazo certo de duração, não superior a cinco anos, admitindo-se, porém, sucessivas prorrogações, também autorizadas por meio de decreto. O limite temporal não se impõe às comissões que, além de funções consultivas, também tenham poderes decisórios ou produzam pareceres vinculantes. O Decreto veicula, outrossim, diversas regras dirigidas a simplificar o funcionamento dos conselhos, possibilitando, inclusive, reuniões não presenciais, com o uso da Internet, de videoconferências etc.

Os dois Decretos mencionados foram editados em razão do diagnóstico de que o sistema francês de administração consultiva comprometia recursos humanos e materiais em demasia, diluía responsabilidades e retardava o processo decisional, sem enriquecê-lo efetivamente.

Os conselhos, comitês e comissões com participação de representantes da sociedade civil atuam nas mais variadas áreas de políticas públicas, desde as mais centrais (ex.: Conselho Superior da Educação, Conferência Nacional de Saúde, Conselho Nacional do Emprego, Conselho Superior de Transportes Terrestres e Intermodalidade), àquelas com âmbito material mais específico (ex.: Conselho Nacional da Vida Escolar, a Comissão de Vigilância e Controle de Publicações destinadas à Infância e à Adolescência, o Conselho Nacional de Urgências Hospitalares, a Comissão Nacional dos Tíquetes Restaurante).

A forma de escolha dos membros é bastante variada. Em alguns casos, o ato de criação apenas identifica a categoria que será representada, deixando à discricção da autoridade pública a escolha. Noutros, a nomeação ocorre a partir de indicação de

¹¹ A relação de comissões e instâncias consultivas e deliberativas hoje existentes encontra-se em anexo do projeto de lei de finanças para o exercício de 2014. A lista informa o ato normativo que determinou a criação de cada colegiado, o número de seus membros, o custo de funcionamento e o número de reuniões realizadas nos três últimos exercícios. Encontra-se disponível em: http://www.performance-publique.budget.gouv.fr/sites/performance_publique/files/farandole/ressources/2014/pap/pdf/jaunes/jaune2014_commissions.pdf. Acessado em 13 de outubro de 2014.

entidades representativas dos setores interessados na política pública. Há também membros que são escolhidos por meio de votação no setor representado.

A criação de conselhos, no Direito francês, normalmente se dá por decreto, por constituir matéria de organização e funcionamento da Administração Pública, no âmbito do processo administrativo não contencioso. Assim ocorre quando o parecer do conselho não é vinculante da decisão da autoridade pública. Entretanto, quando se cuida de processo administrativo em matéria para a qual a Constituição estabelece uma reserva legal, a intervenção do legislador é necessária para a criação do órgão¹².

No plano local, merece menção o *conseil de quartier*, figura criada pela Lei nº 2002-276, de 27 de fevereiro de 2002. Os conselhos de bairros podem ser criados nos municípios com mais de 20 mil habitantes, e o são em caráter obrigatório naqueles com mais de 80 mil habitantes. Têm funções consultivas em face do Poder Executivo local e são compostos por membros do conselho municipal (órgão legislativo local), personalidades representativas e membros de associações comunitárias. A mesma lei determinou a criação, nas regiões, departamentos e municípios com mais de 10 mil habitantes, de comissão consultiva de serviços públicos locais, composta por membros do Poder Legislativo e representantes de associações locais. Essa comissão produz relatórios e avaliações sobre os serviços públicos locais e deve ser consultada sobre todo projeto de delegação de serviços públicos e de parcerias público-privadas, bem como sobre a criação de empresas estatais prestadoras de tais serviços e dotadas de autonomia financeira.

A orientação mais recente em termos de participação social é a de privilegiar mecanismos de consulta que não demandem a criação de órgãos colegiados permanentes, e, com o aproveitamento de recursos de tecnologia da informação e da comunicação, lançar mão de consultas abertas ao público em geral.

¹² Foi o que entendeu o Conselho Constitucional francês, na Decisão nº 82-124, de 23 de junho de 1982, sobre os comitês de bacia, aos quais foi conferida competência para emitir pareceres vinculantes sobre a criação de taxas a serem cobradas dos usuários pelo uso da água. Diversamente, na Decisão nº 99-184, de 18 de março de 1999, analisando dispositivo da Lei nº 95-101, de 1995, que criou a Comissão Nacional do Debate Público, o Conselho Constitucional concluiu tratar-se de matéria de natureza regulamentar, uma vez que os trabalhos desenvolvidos por tal comissão não vinculavam qualquer autoridade pública. O Conselho Constitucional também considera necessária a regulação mediante lei quando a oitiva do órgão consultivo se insere no contexto de proteção ao exercício de liberdades públicas. É importante frisar que, mesmo quando os conselhos são dotados de competências deliberativas, estas não se impõem perante o Primeiro Ministro, de modo a limitar-lhe o poder regulamentar que a Constituição lhe atribuiu. Nesse sentido, a Decisão nº 2006-544, de 14 de dezembro de 2006, do Conselho Constitucional, na qual o órgão asseriu que, se por um lado, as disposições constitucionais relativas ao poder regulamentar *não impedem que o legislador entregue aos cuidados de autoridade estatal distinta do Primeiro Ministro a elaboração de normas para dar execução a uma lei, desde que tal habilitação não envolva mais do que medidas de alcance limitado, tanto no campo de aplicação quanto no conteúdo*, as mesmas normas constitucionais *não permitem que o exercício do poder regulamentar pelo Primeiro Ministro seja subordinado a um parecer vinculante daquela autoridade*.

Nesse sentido, a Lei nº 2011-525, de 17 de maio de 2011, em seu art. 16, prevê que, quando uma autoridade administrativa deva solicitar o parecer de comissão consultiva, previamente à edição de ato regulamentar, poderá, alternativamente, organizar uma *consultation ouverte*, com duração de no mínimo 15 dias, de modo a recolher, em um sítio da Internet, as observações de todas as pessoas interessadas¹³. Também a comissão inicialmente incumbida de opinar sobre a matéria poderá participar da consulta aberta, oferecendo suas contribuições. Ao fim do processo, a autoridade deverá elaborar e publicar uma síntese das observações e sugestões dos participantes. Os mesmos procedimentos de consulta *on line* foram estendidos, pelo Decreto nº 2011-1832, de 8 de dezembro de 2011, para as *enquêtes publiques*.

II. PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA GESTÃO PÚBLICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, alguns instrumentos de participação social na Administração Pública são anteriores à Constituição de 1988. A previsão normativa de conselhos de políticas públicas remonta à década de 1930, muito embora eles tivessem inicialmente feições mais aproximadas à de comissões de especialistas.

Por decisão de um dos conselhos que já contavam com representantes da sociedade civil, ganhou previsão normativa, em questões ambientais, outra forma de participação social: a audiência pública (Resoluções nº 1, de 23 de janeiro de 1986, e nº 9, de 3 de dezembro de 1987, do Conselho Nacional de Meio Ambiente – Conama).

A década de 1980 é marcada por esse incremento na democracia administrativa. Conquanto houvesse sido precedida por sete outras, foi a Conferência Nacional de Saúde realizada em 1986 que possibilitou a participação de amplos setores da sociedade civil nos respectivos debates, antes restritos a atores governamentais e à comunidade de especialistas.

Essa demanda por maior participação se refletiu, obviamente, nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte e no texto constitucional afinal aprovado. Com efeito, a soberania popular é proclamada já no artigo inaugural da Constituição de 1988, cujo parágrafo único estabelece: *todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*. Quis o constituinte, portanto, que a democracia não se resumisse à sua modalidade representativa.

¹³ A Lei manteve a exigência de consulta, nos moldes tradicionais, quando o colegiado que deva opinar for uma autoridade administrativa independente, quando a opinião revestir-se de caráter vinculante, a consulta disser respeito ao exercício de liberdades públicas, constituir a garantia de uma exigência constitucional, traduzir um poder de proposição, ou ainda quando se destinem a concretizar o princípio da participação.

Em diversos dispositivos, a Carta Política aponta a necessidade de as instâncias de poder assegurarem a participação social nos processos decisórios estatais. Assim, a participação do povo na definição de políticas públicas não se dá apenas de forma indireta, mediante a eleição de seus representantes, mas também por instrumentos de democracia direta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (art. 14, *caput* e incisos I a III, da Constituição).

Os citados instrumentos não esgotam as formas de participação social na gestão da coisa pública. A Constituição prevê outras modalidades de interveniência da sociedade civil no planejamento, na gestão e na fiscalização de políticas públicas, como indicam os seguintes preceitos:

Constituição de 1988

“Art. 10. É assegurada a **participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos** em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.”

“Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

.....
XII – cooperação das associações representativas no planejamento municipal;

.....”
“Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, **com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes**, levando em conta, especialmente:

.....”
“Art. 194.
Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

.....
VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.”

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

III – participação da comunidade.

.....”

“Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

.....

II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

.....”

“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

.....

VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

.....”

“Art. 216-A.....

§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios:

.....

X – democratização dos processos decisórios com participação e controle social;

.....

§ 2º Constitui a estrutura do Sistema Nacional de Cultura, nas respectivas esferas da Federação:

.....

II – conselhos de política cultural;

III – conferências de cultura;

.....”

ADCT

“Art.77.

.....

§ 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por **Conselho de Saúde**, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal.”

“Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010¹⁴, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação,

¹⁴ A vigência desse fundo foi prorrogada por tempo indeterminado, pela Emenda Constitucional nº 67, de 22 de dezembro de 2010.

educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

Parágrafo único. O Fundo previsto neste artigo terá Conselho Consultivo e de Acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, nos termos da lei.”

Os comandos colacionados revelam que, longe de ser infenso à participação popular na Administração Pública, o constituinte determinou que o Estado a estimule em setores importantes da atuação do poder público, como as políticas de previdência e assistência social, de educação, saúde e cultura. É falacioso, portanto, sustentar que a participação popular nos assuntos estatais deva se dar exclusivamente de forma indireta, pela eleição dos chefes do Poder Executivo e dos membros do Poder Legislativo.

Os dispositivos constitucionais que versam sobre a matéria são indicativos de uma orientação mais geral do constituinte em assegurar a ampla participação dos cidadãos na condução dos assuntos estatais. Essa abertura da Administração Pública à sociedade também constitui 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 consentânea com a soberania popular. É nessa perspectiva que alguns autores falam na existência de um princípio constitucional implícito – o princípio da participação –, dedutível do conjunto de referências no Texto Magno a modalidades de interação do cidadão com o poder público, no processo de formação de vontade estatal, e mesmo de um direito fundamental à participação.¹⁵

III. O DECRETO Nº 8.243, DE 2014: DESCRIÇÃO DE SEU CONTEÚDO

A ampliação da participação social constitui uma das diretrizes do Plano Plurianual (PPA) de 2012-2015, autoidentificado como *instrumento de planejamento governamental que define diretrizes, objetivos e metas com o propósito de viabilizar a implementação e a gestão das políticas públicas, orientar a definição de prioridades e auxiliar na promoção do desenvolvimento sustentável* (arts. 3º e 4º, II, da Lei nº 12.593, de 18 de janeiro de 2012). No âmbito do Programa 2038 – Democracia e Aperfeiçoamento da Gestão Pública, constante do anexo do PPA, são identificadas iniciativas como a implementação do sistema de ouvidorias do Poder Executivo Federal, o fortalecimento dos espaços de participação social, a criação de novos mecanismos para ampliar a transparência e a participação da sociedade civil na formulação, no monitoramento e na avaliação de políticas públicas, e o estabelecimento e manutenção de interfaces de diálogo social.

¹⁵ PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, pp. 71-85. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 153-4, 161.

Em consonância com a diretriz fixada pelo PPA, o Decreto nº 8.243, de 2014, disciplina a Política Nacional de Participação Social e o Sistema Nacional de Participação Social.

Constituído por 22 artigos, o Decreto, em seu art. 1º, enuncia o seu objeto, bem como o propósito da PNPS, a saber: fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil. Assim, na formulação, na execução, no monitoramento, na avaliação de programas e políticas públicas e no aprimoramento da gestão pública deverão ser considerados os objetivos e as diretrizes da PNPS.

O art. 2º veicula as definições, para fins do Decreto, de sociedade civil e das diversas instâncias e mecanismos de participação social por ele reguladas. Trata-se de definições operacionais, para compreensão das normas do Decreto, havendo ressalva expressa de que tais definições não implicam a desconstituição ou alteração de conselhos, comissões e demais instâncias de participação social já instituídos no âmbito do governo federal.

O art. 3º relaciona as diretrizes gerais da PNPS, e o art. 4º identifica os objetivos dessa política.

O art. 5º estabelece: *os órgãos e entidades da Administração pública federal direta e indireta deverão, respeitadas as especificidades de cada caso, considerar as instâncias e os mecanismos de participação social, previstos neste Decreto, para a formulação, a execução, o monitoramento e a avaliação de seus programas e políticas públicas.* Anualmente, os órgãos e entidades deverão elaborar relatório de implementação da PNPS no âmbito de seus programas e políticas setoriais, sob a coordenação da Secretaria-Geral da Presidência da República.

O art. 6º enumera as instâncias e mecanismos de participação social, sem prejuízo de outras formas de diálogo entre administração pública federal e sociedade civil: conselho de políticas públicas, comissão de políticas públicas, conferência nacional, ouvidoria pública federal, mesa de diálogo, fórum interconselhos, audiência pública, consulta pública e ambiente virtual de participação social.

Os arts. 7º e 8º cuidam de atribuições da Secretaria-Geral da Presidência da República, como coordenadora do SNPS, entre as quais a de acompanhar e orientar a implementação da PNPS nos órgãos e entidades, realizar estudos técnicos e promover avaliações, realizar audiências e consultas públicas sobre aspectos relevantes para a gestão da PNPS e do SNPS e propor pactos para o fortalecimento da participação social aos demais entes federados.

O art. 9º institui o Comitê Governamental de Participação Popular, órgão de assessoramento da Secretaria-Geral da Presidência da República, em suas funções no âmbito do SNPS.

O art. 10 estatui diretrizes a serem observadas na constituição e funcionamento de novos conselhos de políticas públicas, **ressalvado o disposto em lei**: I – presença de representantes eleitos ou indicados pela sociedade civil, preferencialmente de forma paritária em relação aos representantes governamentais, quando a natureza da representação o recomendar; II – definição, com consulta prévia à sociedade civil, de suas atribuições, competências e natureza; III – garantia da diversidade entre os representantes da sociedade civil; IV – estabelecimento de critérios transparentes de escolha de seus membros; V – rotatividade dos representantes da sociedade civil; VI – compromisso com o acompanhamento dos processos conferenciais relativos ao tema de sua competência; e VII – publicidade de seus atos.

Dentro da mesma filosofia, os artigos seguintes estipulam diretrizes aplicáveis às comissões de políticas públicas, às conferências nacionais, às ouvidorias, às mesas de diálogo, aos fóruns interconselhos, às audiências públicas, às consultas públicas e aos ambientes virtuais de participação social.

Em relação às comissões de políticas públicas, as diretrizes fixadas pelo art. 11 são as seguintes: I – presença de representantes eleitos ou indicados pela sociedade civil; II – definição de prazo, tema e objetivo a ser atingido; III – garantia da diversidade entre os representantes da sociedade civil; IV – estabelecimento de critérios transparentes de escolha de seus membros; e V – publicidade de seus atos.

Já as conferências nacionais deverão observar, nos termos do art. 12, estes preceitos: I – divulgação ampla e prévia do documento convocatório, especificando seus objetivos e etapas; II – garantia da diversidade dos sujeitos participantes; III – estabelecimento de critérios e procedimentos para a designação dos delegados governamentais e para a escolha dos delegados da sociedade civil; IV – integração entre etapas municipais, estaduais, regionais, distrital e nacional, quando houver; V – disponibilização prévia dos documentos de referência e materiais a serem apreciados na etapa nacional; VI – definição dos procedimentos metodológicos e pedagógicos a serem adotados nas diferentes etapas; VII – publicidade de seus resultados; VIII – determinação do modelo de acompanhamento de suas resoluções; e IX – indicação da periodicidade de sua realização, considerando o calendário de outros processos conferenciais.

De acordo com o art. 13 do Decreto, às ouvidorias cumprirá atender às diretrizes da Ouvidoria-Geral da União da Controladoria-Geral da União, prevista na Lei nº 10.683, de 2003, e com atribuições definidas no art. 14 do Anexo I ao Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013.

Na realização de mesas de diálogo, deverão ser observados os seguintes requisitos, a teor do art. 14 do Decreto: I – participação das partes afetadas; II – envolvimento dos representantes da sociedade civil na construção da solução do conflito; III – prazo definido de funcionamento; e IV – acompanhamento da

implementação das soluções pactuadas e obrigações voluntariamente assumidas pelas partes envolvidas.

Já para os fóruns interconselhos, o art. 15 do Decreto fixa estas diretrizes: I – definição da política ou programa a ser objeto de debate, formulação e acompanhamento; II – definição dos conselhos e organizações da sociedade civil a serem convidados pela sua vinculação ao tema; III – produção de recomendações para as políticas e programas em questão; e IV – publicidade das conclusões.

Consoante o art. 16, as audiências públicas deverão atender ao seguinte: I – divulgação ampla e prévia do documento convocatório, especificado seu objeto, metodologia e o momento de realização; II – livre acesso aos sujeitos afetados e interessados; III – sistematização das contribuições recebidas; IV – publicidade, com ampla divulgação de seus resultados, e a disponibilização do conteúdo dos debates; e V – compromisso de resposta às propostas recebidas.

Para as consultas públicas, o art. 17 prevê como diretrizes: I – divulgação ampla e prévia do documento convocatório, especificando seu objeto, metodologia e o momento de realização; II – disponibilização prévia e em tempo hábil dos documentos que serão objeto da consulta em linguagem simples e objetiva, e dos estudos e do material técnico utilizado como fundamento para a proposta colocada em consulta pública e a análise de impacto regulatório, quando houver; III – utilização da internet e de tecnologias de comunicação e informação; IV – sistematização das contribuições recebidas; V – publicidade de seus resultados; e VI – compromisso de resposta às propostas recebidas.

Encerrando o conjunto de determinações relativas a cada modalidade de participação, o art. 18 dispõe que, na criação de ambientes virtuais de participação social, os órgãos e entidades da Administração Pública federal deverão observar estas regras: I – promoção da participação de forma direta da sociedade civil nos debates e decisões do governo; II – fornecimento às pessoas com deficiência de todas as informações destinadas ao público em geral em formatos acessíveis e tecnologias apropriadas aos diferentes tipos de deficiência; III – disponibilização de acesso aos termos de uso do ambiente no momento do cadastro; IV – explicitação de objetivos, metodologias e produtos esperados; V – garantia da diversidade dos sujeitos participantes; VI – definição de estratégias de comunicação e mobilização, e disponibilização de subsídios para o diálogo; VII – utilização de ambientes e ferramentas de redes sociais, quando for o caso; VIII – priorização da exportação de dados em formatos abertos e legíveis por máquinas; IX – sistematização e publicidade das contribuições recebidas; X – utilização prioritária de *softwares* e licenças livres como estratégia de estímulo à participação na construção das ferramentas tecnológicas de participação social; e XI – fomento à integração com instâncias e mecanismos

presenciais, como transmissão de debates e oferta de oportunidade para participação remota.

O art. 19 institui a Mesa de Monitoramento das Demandas Sociais, instância colegiada interministerial responsável pela coordenação e encaminhamento de pautas dos movimentos sociais e pelo monitoramento de suas respostas.

O art. 20 determina que as agências reguladoras observem, na realização de audiências e consultas públicas, o disposto no Decreto.

O art. 21 atribui à Casa Civil da Presidência da República a competência para decidir sobre a ampla divulgação de projeto de ato normativo de especial significado político ou social.

O art. 22 constitui a cláusula de vigência.

Feita essa explanação do conteúdo do Decreto, passemos ao exame de sua conformidade com a Constituição e as leis.

IV. A CRIAÇÃO DE ÓRGÃOS POR MEIO DE DECRETO

Uma das críticas dirigidas ao Decreto nº 8.243, de 2014, propagada nos meios de comunicação e em redes sociais, é a de que ele criaria conselhos, sem autorização legal para tanto. Nesse âmbito, duas questões estão a exigir exame: (i) conselhos integrantes da Administração Pública somente podem ser criados por lei? (ii) o Decreto efetivamente teria criado conselhos? Esta seção se dedica a oferecer resposta aos dois questionamentos.

Como já mencionado, uma das formas de participação da sociedade civil na Administração Pública no Brasil se dá por meio dos conselhos de políticas públicas. O Decreto nº 8.243, de 2014, conceitua conselho de política pública, em seu art. 2º, II, como uma *instância colegiada temática permanente, instituída por ato normativo, de diálogo entre a sociedade civil e o governo para promover a participação no processo decisório e na gestão de políticas públicas*. Sendo criados por ato do Poder Público, dotados de atribuições públicas, constituídos por membros escolhidos em processo no qual tomam parte autoridades públicas, e vinculados a órgãos ou entidades públicas, não há como negar aos conselhos a natureza de órgão público¹⁶.

O ato normativo que cria um conselho, como ocorre em relação a qualquer outro órgão, deve, no mínimo, definir-lhe a estrutura básica e as competências. Quem quer que leia o inteiro teor do Decreto nº 8.243, de 2014, concluirá que esse ato não cria

¹⁶ No dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, órgão público é *uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram, com o objetivo de expressar a vontade do Estado* (*Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 521). A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, em seu art. 1º, § 2º, I, define órgão como *a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta*.

conselho algum. Simplesmente estabelece diretrizes a serem observadas: (i) na constituição e funcionamento de tais conselhos; (ii) nas relações de órgãos do Poder Executivo federal com os conselhos já criados e com os que vierem a ser constituídos.

Os únicos órgãos criados pelo Decreto são o Comitê Governamental de Participação Social e a Mesa de Monitoramento das Demandas Sociais, que não se confundem com conselhos de políticas públicas. Em relação a eles são válidas as observações que faremos a seguir quanto à criação de órgãos públicos, inclusive conselhos, por decreto e por lei.

Uma rápida pesquisa à legislação revela a criação, por decreto, de vários conselhos (com ou sem participação de representantes da sociedade civil). Podemos citar, entre outros atos normativos:

- a) O Decreto nº 83.355, de 20 de abril de 1979, que criou o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano;
- b) O Decreto nº 85.110, de 2 de setembro de 1980, que criou o Conselho Federal de Entorpecentes;
- c) O Decreto nº 91.469, de 24 de julho de 1985, que criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor;
- d) O Decreto nº 1.366, de 12 de janeiro de 1995, que dispôs sobre o Programa Comunidade Solidária e criou o Conselho consultivo daquele Programa;
- e) O Decreto nº 1.946, de 28 de junho de 1996, que criou o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), bem como o Conselho Nacional do Pronaf;
- f) O Decreto nº 3.076, de 1º de junho de 1999, que criou o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência;
- g) O Decreto nº 5.520, de 24 de agosto de 2005, que criou o Conselho Nacional de Política Cultural;
- h) O Decreto nº 6.950, de 26 de agosto de 2009, que criou o Conselho Nacional de Segurança Pública.

Em que pese haver exemplos de conselhos criados por decreto, é prática comum na vigência da Constituição de 1988 a sua instituição por lei, sobretudo quando se trata dos conselhos centrais da política pública à qual se referem. Mesmo sob a égide de Constituições passadas, não raro isso ocorria. Como exemplos de conselhos criados por lei, podemos citar: o Conselho Federal de Educação, instituído pela Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, e transformado em Conselho Nacional de Educação pela Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995; o Conama, criado pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981; o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), criado pela Lei nº 8.242, de 12 de outubro de 1991; o Conselho Nacional de Assistência Social, criado pela Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993; o Conselho Nacional do Esporte, criado como Conselho de Desenvolvimento do Desporto Brasileiro pela Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998; o Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (CDES),

criado pela Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003; o Conselho Nacional da Juventude (Conjuve), criado pela Lei nº 11.129, de 30 de junho de 2005.

Segundo informações compiladas pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), existiam em funcionamento no Brasil, em 2010, 31 conselhos nacionais de políticas públicas, assim entendidos os órgãos colegiados vinculados ao Poder Executivo federal, criados por lei ou decreto, centrais na sua área de política pública (excluídos, portanto, os auxiliares e complementares) e cuja composição possui significativa participação de representantes da sociedade civil¹⁷. Desse total, apenas 5 foram criados anteriormente à Constituição de 1988. No tocante ao instrumento e à época de criação de tais conselhos, os 31 conselhos podem ser assim distribuídos¹⁸:

Período	Criados por lei	Criados por decreto
Até 1989	5	0
1990 a 1994	4	0
1995 a 1998	4	0
1999 a 2002	0	3
2003 a 2006	9	4
2007 a 2010	0	2

Fonte: IPEA

No regime anterior a 1988, a Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, não atribuía à lei a disciplina da criação de órgãos públicos. Seu art. 81, V, previa competir privativamente ao Presidente da República dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da Administração Federal. Com isso, podia o Chefe do Poder Executivo criar e estruturar órgãos mediante decreto. Parte da doutrina chegava mesmo a sustentar a existência de uma reserva de administração na matéria, não sendo dado ao legislador invadi-la.¹⁹ Sem

¹⁷ IPEA. *Brasil em Desenvolvimento: Estado Planejamento e Políticas Públicas*. Brasília, IPEA, 2010, vol. 3, pp. 572 e ss. Conforme o critério de classificação utilizado, o número de conselhos nacionais pode aumentar significativamente. O mesmo estudo cita outros trabalhos que identificaram a existência de até 109 conselhos nacionais. Os dados a seguir expostos, relativos à data e ao modo de criação dos conselhos, são extraídos do estudo do IPEA.

¹⁸ Há equívoco na tabela original do IPEA, que identifica um conselho anterior a 1989 como criado por decreto. Todos os conselhos identificados no estudo do IPEA e criados antes de 1989 o foram por ato normativo primário – lei ou decreto-lei. Juridicamente, o decreto-lei da Constituição de 1967 não tinha a mesma natureza de um decreto. Por isso, o Conselho Nacional de Turismo, instituído pelo Decreto-Lei nº 55, de 18 de novembro de 1966, deve ser incluído no rol dos criados por lei. Ainda em relação a esse conselho, é importante registrar que ele foi extinto pela Lei nº 8.181, de 28 de março de 1991, e reinstituído pela Medida Provisória nº 2.216, de 31 de agosto de 2001. Como sua previsão original se deu pelo Decreto-lei nº 55, de 1966, optamos por considerá-lo entre aqueles anteriores a 1989, como fez o IPEA.

¹⁹ Nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 373.

se comprometer com a tese de que a criação de órgãos do Poder Executivo somente poderia ocorrer por ato normativo do Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 1.508 (DJ de 27.10.1988), considerou ser lícito, sob o regime da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o tratamento do assunto em decreto.

Já a Constituição de 1988, em sua redação original, estabelecia: caber ao Congresso Nacional dispor, com a sanção do Presidente da República, sobre criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da Administração Pública; serem de iniciativa privativa do Presidente da República as leis sobre a matéria; e competir ao Presidente da República dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública, na forma da lei (arts. 48, XI, 61, § 1º, II, e, 84, VI, e 88).

Com a reforma operada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, a distribuição de competências passou a ser a seguinte: a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública é matéria a ser tratada em lei; a iniciativa de tal lei é privativa do Presidente da República; a esta autoridade cabe também dispor, por meio de decreto, sobre organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos (arts. 48, XI, 61, § 1º, II, e, e 84, VI, a, e 88).

Uma exegese literal dos mencionados preceitos da Constituição de 1988 conduziria à conclusão de que a criação de todo e qualquer órgão deve se dar por meio de lei. Não é isso, porém, que ocorre na prática, inclusive porque a atividade legislativa poderia avolumar-se sobremaneira e, no limite, inviabilizar-se caso a criação de qualquer órgão – uma simples seção de almoxarifado de uma secretaria de Ministério – dependesse de lei. Mesmo juristas refratários à ideia do uso de decreto para inovar o ordenamento jurídico, como Celso Antônio Bandeira de Mello, reconheciam, ainda antes das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, a possibilidade de ato do Poder Executivo proceder, *no interior de esquemas já legalmente traçados de maneira genérica, quer no que atina a competências, quer no que atina à organização básica na lei formulada, a ulteriores subdivisões, isto é, partições na intimidade dos mesmos órgãos, de tal sorte que as atribuições, já estatuídas em lei para aquele órgão, sejam internamente distribuídas.*²⁰

Aliás, a própria referência a Ministérios, na norma constitucional, sinaliza que a vontade do constituinte foi a de condicionar a lei apenas a criação dos órgãos mais próximos à cúpula do Poder Executivo. É o que sustenta José Levi Mello do Amaral Júnior, ao interpretar o art. 61, § 1º, II, e, da Constituição:

A expressão “órgãos” da fórmula é relativa aos órgãos não vinculados a Ministérios, isto é, refere-se, por exemplo, aos órgãos diretamente

²⁰ *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.75 [versão atualizada até a Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000].

subordinados à Presidência da República, como a Casa Civil da Presidência da República e o Advogado-Geral da União (*vide*, a propósito, o art. 1º da Lei n. 10.683, de 28 de maio de 2003).

Assim, é de rigor técnico – e imperiosa – a utilização de decreto autônomo para dispor sobre a estruturação e as atribuições dos órgãos internos aos Ministérios, sob pena de inconstitucionalidade. Tais órgãos são de segundo nível, são “órgãos de órgãos” (os mencionados na fórmula são de primeiro nível), ou, em outras palavras, são meras unidades administrativas, tipicamente situadas no âmbito temático do decreto autônomo.

Em suma: o decreto autônomo pode criar, extinguir, modificar e fusionar as unidades administrativas internas aos Ministérios.²¹

Na visão desse autor, as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, nos arts. 61, § 2º, II, *e*, e 84, VI, da Carta Magna tiveram por propósito retirar do domínio da lei a disciplina da organização e do funcionamento da Administração Pública, instituindo uma reserva de administração sobre a matéria²². Nisso teria adequado a situação do Executivo àquilo que já se dava nos outros Poderes: possibilitar que sua organização e funcionamento sejam regulados por ato privativo do próprio Poder. A Câmara dos Deputados, o Senado Federal e os Tribunais dispõem sobre o tema mediante resoluções suas, inclusive quando isso implica a criação de órgãos no âmbito de seus serviços auxiliares e secretarias (arts. 51, IV, 52, XIII, e 96, I, *a e b*, da Constituição).

A tese da reserva de administração na disciplina da organização e funcionamento da Administração Pública se funda, basicamente, na circunstância de o art. 84 da Constituição prever competências privativas do Presidente da República. Para os autores que rejeitam a possibilidade de o Poder Legislativo dispor sobre organização e funcionamento da Administração Pública, a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, teria, ao promover a mudança no inciso VI do referido artigo, transferido a disciplina do assunto do domínio da lei para o do decreto autônomo, salvo quando se tratar da criação de Ministérios (ou órgãos equivalentes) ou quando houver aumento de despesa. Essa

²¹ In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et alii* [Coords.] *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 1329-30. André Rodrigues Cyrino sustenta que a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, não teve como propósito vedar subdivisões internas de órgãos já existentes (*O poder regulamentar autônomo do Presidente da República*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 155). E mesmo na vigência do texto original da Constituição de 1988, embora rechaçasse a figura dos decretos autônomos, Carlos Ari Sundfeld, ao interpretar o art. 84, VI, também diferenciava os Ministérios, como órgãos dirigentes, superiores e de autoridade, dos órgãos subalternos, inferiores e auxiliares, entendendo viável a criação destes últimos por decreto (Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos – limites da lei e do decreto regulamentar. In: *Revista de Direito Público*, ano 24, n. 97, jan/mar 1991, p.48-9).

²² No mesmo sentido se pronuncia André Rodrigues Cyrino (*op. cit.*, pp. 142 e ss). A reserva de administração, segundo José Joaquim Gomes Canotilho compreende *um núcleo funcional de administração resistente à lei, ou seja, um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento* (*Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, pp. 810-11). O princípio da reserva de administração é reconhecido pela jurisprudência do STF (ADI nº 2.364, DJ de 14.12.2001; ADI nº 3.343, DJ de 22.11.2011).

exegese, embora alicerçada na literalidade do *caput* do art. 84, enseja problemas de difícil equacionamento, tanto quanto a interpretação literal do art. 61, § 1º, II, *e*. Caso ela prospere, deverão ser consideradas inconstitucionais, por invasão de competência privativa do Presidente da República, todas as leis posteriores à Emenda Constitucional nº 32, de 2001, que dispuseram sobre a criação de conselhos ou outros órgãos hierarquicamente inferiores aos Ministérios.

Amaral Júnior²³ propõe solução intermediária para o problema: a inteligência de que a sanção, pelo Presidente da República, de lei que disponha sobre matéria regulável por decreto autônomo convalidaria o vício, sem prejuízo de decreto posterior dispor de forma diversa da lei convalidada. A Constituição francesa, em seu art. 37, admite a concorrência de lei e decreto no tratamento de matérias do domínio do regulamento autônomo. Disposição de lei versando sobre tema que, a juízo do Conselho Constitucional francês, se insira no domínio do regulamento autônomo pode ser modificada por decreto. A dificuldade no raciocínio de Amaral Júnior reside na tese de que a sanção convalida o vício de iniciativa. Ela se baseia em jurisprudência já superada do STF.

Em defesa da concorrência, no regime atual, de lei e decreto em matéria de organização e funcionamento da Administração Pública, poder-se-ia arguir que, na vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, embora competisse **privativamente** ao Presidente da República dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal, nem por isso se entendia ser interdito à lei tratar do assunto, inclusive para criar órgãos. Um exemplo disso foi a já citada criação do Conama pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

Conquanto alguns doutrinadores sustentassem a existência de uma reserva de administração *in casu*, é equivocado dizer que essa fosse a posição majoritária, havendo mesmo quem recusasse a viabilidade da criação de órgãos por decreto²⁴. Não foi outra a razão de a controvérsia ser levada ao STF, que, no julgamento da Representação nº 1.508, reconheceu o poder do Presidente da República, sem perfilhar a tese da reserva de administração. Entre os doutrinadores que a rechaçavam, bem como, em um regime de corregulação da matéria por lei e decreto, a eventual prevalência deste sobre aquela, Geraldo Ataliba afastava a exegese literal do art. 81, V, da Carta de 1967, que desconsiderava o restante do texto constitucional, em especial o art. 43, segundo o qual competia ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União. Segundo o jurista, o decreto, além de simplesmente regulamentar lei preexistente, poderia, quando muito, atuar *praeter legem*.²⁵

²³ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Decreto Autônomo: Questões Polêmicas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella [Org.] *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 539.

²⁴ LEITE, Luciano Ferreira. *O regulamento no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, pp. 52-5.

²⁵ *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, pp. 32-3. A crítica de Ataliba se

O exercício *praeter legem* do poder regulamentar para dispor sobre organização e funcionamento da Administração Pública tinha em Hely Lopes Meirelles um de seus principais defensores. O doutrinador manteve sua posição a respeito do tema mesmo na vigência da nova ordem constitucional.²⁶

A Constituição de 1988 repetiu, em seu art. 48, a previsão do art. 43 da Carta pretérita, estabelecendo caber ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias de competência da União. Ora, a compreensão de uma norma constitucional deve ser feita à luz do texto integral da Constituição, de modo que o seu sentido se mantenha harmônico com os demais preceitos integrantes da Lei Maior. Uma leitura isolada do art. 84, VI, *a*, poderia levar à conclusão, por exemplo, de que a organização e o funcionamento da Administração Pública deveriam ser regulados por decreto em quaisquer casos que não importassem a criação de Ministérios ou o aumento de despesa. Nada mais enganoso. Decreto que confira a determinado órgão competências que impliquem restrições à esfera de liberdade dos indivíduos deve ser considerado inválido, pois, de acordo com o art. 5º, II, da Constituição, somente à lei é dado impor tais restrições (as implicações do princípio da legalidade sobre as competências regulamentares do Poder Executivo serão examinadas detidamente mais à frente).

Os exatos limites da normatividade do art. 84, VI, *a*, não são dados mediante um exame isolado daquele preceito, mas sim na sua conjugação com os demais comandos constitucionais. Por esse motivo, não consideramos desarrazoado sustentar que da leitura conjunta daquele dispositivo com o *caput* do art. 48 da Constituição resulte a viabilidade do tratamento, em lei, da organização e do funcionamento da Administração Pública, desde que o ato emanado do Congresso Nacional se revista de generalidade e abstração.

Ademais, caso o art. 84 fosse interpretado em sua literalidade, deveríamos concluir que a competência regulamentar teria sido atribuída exclusivamente ao Presidente da República. Isso é desmentido expressamente por outros dispositivos, como

dirigia mais precisamente a quem propugnava a primazia do decreto sobre a lei (o que, de algum modo, pressupunha a possibilidade de regulação por lei, da organização e funcionamento da Administração Pública). Nas palavras do jurista: *parece não haver dúvida quanto a que essa é matéria legislativa que – na forma do art. 43 da Constituição – cabe ao Congresso Nacional prover. Entretanto, tem prevalecido inteligência segundo a qual o presidente da república, mediante ato próprio, pode dispor livremente nesse campo. Tal inteligência – pedestre e literal – apoia-se na expressão privativamente, da cabeça do art. 81.[...] Deveras, não pode prevalecer a inteligência predominante. A prevalência da lei sobre os atos executivos é absoluta. Se houver lei, não pode ser contrariada, nem modificada por esses atos, por nenhum decreto presidencial. Os atos do chefe do Executivo têm que adequar-se rigorosamente à lei. [...] Em consequência, parece forçoso entender-se que aí há, simplesmente, um caso em que a competência executiva deve ser considerada residual, no sentido de que não dispondo o Congresso a respeito, mediante lei, então fica esta matéria na liberdade do Presidente da República. [...] O efeito do preceito (art. 81, V) está em permitir delegação legislativa implícita ou explícita. Também permite decreto executivo no vazio ou na ausência da lei. Entretanto, se sobrevier lei, estas medidas executivas perdem a sua eficácia. A ideia de que à lei é dado tratar, com generalidade e abstração, sobre quaisquer matérias consubstancia o princípio da universalidade temática das leis.*

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 155-6.

os arts. 103-B, § 4º, I, e 130-A, § 2º, II, da Constituição, que conferem competência aos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público para expedir atos regulamentares. Mesmo na ausência de regra expressa aludindo à competência regulamentar, ninguém recusará que a edição de normas dirigidas à fiel execução de lei que disponha sobre plano de carreiras no Poder Judiciário deva se fazer por ato normativo daquele mesmo Poder, pois isso decorre da lógica do princípio da separação dos Poderes. Também o poder do Tribunal Superior Eleitoral de regulamentar a legislação eleitoral é amplamente reconhecido, ainda que não expressamente previsto na Constituição, mas sim no Código Eleitoral e em outros diplomas legais (cf. no STF: medida cautelar na ADI nº 147, DJ de 09.02.1990; e ADI nº 2.243, DJ de 06.06.2003).

Analogamente, embora seja competência privativa do Presidente da República, nos termos do art. 84, IV, sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, o art. 66, § 7º, da Carta Magna, prevê hipótese de promulgação de lei pelo Presidente do Senado Federal. E, mesmo sem comando constitucional expresso, a promulgação de lei proveniente de medida provisória aprovada sem alterações pelo Poder Legislativo se dá pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional, nos termos do art. 12 da Resolução do Congresso Nacional nº 1, de 8 de maio de 2002. Apesar da dicção do art. 84, IV, tal procedimento não é objeto de reproche, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência.²⁷

Assim, não se pode concluir, a partir do termo “privativamente”, inscrito no *caput* do art. 84 da Constituição Federal, que passou a ser interdita a disciplina, por meio de lei, da organização e do funcionamento da Administração Pública. A interpretação que parece mais adequada do art. 84, VI, *a*, c/c o art. 48, *caput*, da Constituição é a de que o Poder Executivo detém competência para inovar o ordenamento jurídico mediante decreto, quando este versar sobre organização e funcionamento da Administração Pública federal, sem que seja interdito à lei dispor sobre o assunto.²⁸

²⁷ Sobre a desnecessidade de encaminhamento ao Presidente da República, para sanção e promulgação, de medidas provisórias aprovadas integralmente pelo Congresso Nacional, cf.: ADI nº 691 (DJ de 19.06.1992) e Recurso Extraordinário nº 217.194 (DJ de 01.06.2001). Na doutrina: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Modificação de Medida Provisória na conversão em Lei – Necessidade de Remessa para sanção e veto em face de alteração – Outros aspectos – Opinião legal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/parecer.htm. Acessado em 13 de outubro de 2014. Também: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 700.

²⁸ Gustavo Binenbojm chega à mesma conclusão, a partir de premissas distintas (*Uma teoria do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 176-8). Para o autor, a competência do Presidente da República para expedir decretos autônomos tem um caráter excepcional, devendo-se aplicar o princípio hermenêutico segundo o qual *quem pode o mais pode o menos* (se a lei pode dispor sobre o aumento de despesas, a criação e extinção de órgãos, também poderia dispor sobre a matéria do art. 84, VI, *a*, da Constituição). Além disso, na visão de Binenbojm, caso a alteração promovida nas competências do Presidente da República importasse uma reserva de administração, a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, deveria ser considerada inconstitucional, por violação de cláusulas pétreas (a separação dos poderes e o princípio da legalidade). No caso de conflito entre a lei e o decreto autônomo que trate de organização e funcionamento da Administração, Binenbojm sustenta que deve prosperar aquela, tendo em vista o princípio da primazia da lei. Divergindo do entendimento de que a matéria referida no art. 84, VI, *a*, da Constituição é aberta à regulação por lei e por decreto, Thiago

Em decisões prolatadas após a reforma constitucional de 2001, o STF não tem perfilhado a exegese de que a organização e o funcionamento da Administração Pública passaram a ser matéria disciplinável exclusivamente por decreto. Diversamente, o Excelso Pretório parece admitir a concorrência entre lei e decreto na regulação do assunto. No julgamento da ADI nº 3.254 (DJ de 02.12.2005), concluiu a Corte ser *indispensável a iniciativa do Chefe do Poder Executivo (mediante projeto de lei ou mesmo, após a EC 32/01, por meio de decreto) na elaboração de normas que de alguma forma remodelam as atribuições de órgão pertencente à estrutura administrativa*. Esse entendimento foi reiterado no acórdão prolatado na ADI nº 2.857 (DJ de 30.11.2007), quando o Tribunal assentou que, *à luz do princípio da simetria, são de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual as leis que versem sobre a organização administrativa do Estado, podendo a questão referente à organização e funcionamento da Administração Estadual, quando não importar aumento de despesa, ser regulamentada por meio de Decreto do Chefe do Poder Executivo*.

Constitua matéria privativa ou concorrentemente regulável por ato normativo do Poder Executivo, o que parece estar hoje fora de contestação é a licitude do uso de decreto para dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública, nisso incluída a criação de órgãos de grau hierárquico inferior ao de Ministério.

A Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que organiza a Presidência da República e os Ministérios, orienta-se em bases semelhantes às adotadas pelo STF na interpretação dos arts. 61, § 2º, II, *e*, e 84, VI, *a*, da Constituição. Grosso modo, limita-se a definir as atribuições dos Ministérios e Secretarias vinculadas à Presidência da República, bem como sua estrutura básica. Ao dispor sobre essa estrutura básica, em alguns casos, a Lei se refere a conselhos e secretarias, sem contudo estabelecer as competências da maioria deles. Não se pode dizer que, com isso, a Lei esteja a criar os conselhos e secretarias cujas atribuições não enumera, mesmo porque, sendo os órgãos plexos de competências estatais, a sua criação deve se fazer em ato que lhe defina as competências e estrutura.²⁹

Marrara interpreta a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, como criadora de *uma fonte própria e exclusiva para o tratamento da auto-organização administrativa* (As fontes do Direito Administrativo e o princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves [Coords.] *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 246). Em sua visão, admitir que a lei disponha sobre a matéria, e mais, com primazia sobre o decreto, permitiria, por exemplo, o bloqueio do poder regulamentar autônomo de um Presidente da República pelo seu antecessor, que aprovasse mudanças na organização e o funcionamento da Administração Pública mediante lei. O raciocínio peca por equiparar a produção legislativa a um ato de vontade exclusiva do Presidente da República. Quem aprova a lei é o Congresso Nacional. A influência do Chefe Executivo sobre a agenda legislativa não infirma essa conclusão. De resto, se a questão for tratada nesses termos, o novo Presidente também pode lançar mão de sua influência para aprovar uma lei que promova as mudanças por ele pretendidas.

²⁹ Aqui se aplica raciocínio semelhante ao válido para os cargos públicos, que também são feixes de competências estatais, atribuíveis a um agente público. A criação de um cargo público só se aperfeiçoa com a definição normativa de suas atribuições (cf. julgamento, pelo STF, da ADI nº 4.125, DJ de 15.02.2011). Havendo reserva legal para a criação de cargos públicos (art. 48, X, da CF), não pode a

Como visto, a prática tradicional e nunca contestada com sucesso é de que, criados os órgãos da cúpula do Poder Executivo (Ministérios e Secretarias vinculadas à Presidência da República) por meio de lei³⁰, sua organização interna seja definida por decreto. As leis de organização do Poder Executivo, quando muito, limitam-se a enumerar alguns órgãos que compõem a estrutura dos Ministérios ou mesmo a fixar o número máximo de secretarias que podem integrar a sua estrutura, sem definir-lhes as atribuições. Os órgãos integrantes da estrutura dos Ministérios são criados por decreto.³¹

No tocante aos conselhos, o modo de sua criação não é uniforme, conforme mencionado anteriormente. Há conselhos criados por decreto e por lei. Não temos notícia de qualquer contestação exitosa da constitucionalidade de decretos que os tenham instituído no âmbito federal. Aliás, se a interpretação literal do art. 61, § 1º, II, e, da Constituição fosse levada às últimas consequências, até mesmo a criação das incontáveis comissões na Administração Pública, como por exemplo as de licitação ou de avaliação de estágio probatório, deveria ser feita mediante lei, o que se revela de todo disparatado.

Por fim, independentemente do juízo que se faça a respeito da constitucionalidade da criação de conselhos por meio de ato do Poder Executivo, no caso do Decreto nº 8.243, de 2014, tal questão não se coloca, já que esse diploma normativo não cria conselho algum. Quanto aos dois órgãos criados pelo Decreto – o Comitê Governamental de Participação Social e a Mesa de Monitoramento das Demandas Sociais –, as razões expendidas *supra* nos parecem suficientes para afastar alegações de inconstitucionalidade do ato normativo editado pelo Poder Executivo.

V. A ADEQUAÇÃO DO INSTRUMENTO NORMATIVO USADO PARA CRIAR A PNPS

Outro ponto a ser examinado é o da viabilidade da veiculação, em regulamento, das normas procedimentais e de competência que o Decreto nº 8.243, de 2014, dirige aos órgãos e entidades da Administração Pública. A presente Seção se dedicará a essa análise.

lei simplesmente prever que determinado cargo fica criado, sem fixar-lhe as atribuições.

³⁰ No regime da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, até mesmo Ministérios foram criados por meio de ato do Poder Executivo, como o Ministério da Cultura, criado pelo Decreto nº 91.144, de 15 de abril de 1985.

³¹ Tratando especificamente dos conselhos, ainda na vigência do texto original da Constituição de 1988, Carlos Ari Sundfeld, atentando para a natureza consultiva desses órgãos, sustentava: *É possível, igualmente, a instituição de Conselho para desempenhar atividades de mero aconselhamento ou assistência ao Governador, se os membros deste Conselho vierem a ocupar funções honoríficas, que, não sendo remuneradas, não se caracterizam como cargos públicos, podendo sua criação prescindir de lei (op. cit., p. 48).*

A) A CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS POR ATO DO PODER EXECUTIVO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Conforme já citado, o Decreto em comento institui uma assim chamada “política nacional”. Poderia fazê-lo? A expressão “política nacional” não deveria despertar qualquer estranhamento. Políticas não são instituídas exclusivamente por meio de lei. Massa-Arzabe observa que, embora diversas políticas, como as de saúde e assistência social, sejam *encabeçadas por leis, outras políticas são estruturadas a partir de atos normativos, portarias ou resoluções e, posteriormente, decretos e mesmo leis são editadas como parte da estrutura da política.*³²

A autora cita como casos arquetípicos de criação de política pública por ato infralegal o Programa Comunidade Solidária e o Pronaf, criados, respectivamente, pelos Decretos nº 1.366, de 12 de janeiro de 1995, e nº 1.946, de 28 de junho de 1996. A esses poderíamos somar o Programa de Aceleração do Crescimento, instituído pelo Decreto nº 6.025, de 22 de janeiro de 2007.³³ Leis posteriores vieram a disciplinar aspectos dessa política pública, como a Lei nº 11.578, de 26 de novembro de 2007. Não há qualquer preceito constitucional a determinar que toda e qualquer política pública seja instituída por lei. Isso, porém, está longe de significar que o Congresso Nacional seja alijado do debate essas políticas. Para todas aquelas atividades que demandam alocação de recursos orçamentários, há necessidade de autorização legislativa para que a política pública seja implementada. Além disso, quando a atividade estatal acarreta intervenção nas liberdades ou na propriedade dos indivíduos, a questão sobre a existência de fundamentos normativos superiores para o ato administrativo necessariamente se coloca.

De acordo com a doutrina e a jurisprudência dominantes, em face do princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II, da Constituição, a criação de deveres ou restrições a direitos dos indivíduos não se pode fazer por ato infralegal. Muitas vezes, a implementação de uma política pública implica a criação de deveres para os particulares, mas isso não constitui requisito para definir um conjunto de ações estatais como tal. Políticas públicas podem ser conceituadas como *programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.*³⁴ A realização desses objetivos não passa necessariamente pela via coercitiva. Uma política pública pode ser constituída por ações de fomento.

³² MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. [Org.] *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 67-8. Evidentemente, se a norma legal se revela incompatível com a do decreto ou portaria que lhe precedeu, deve, a nosso juízo, prevalecer a lei.

³³ O Decreto também criou dois órgãos: o Comitê Gestor do Programa de Aceleração do Crescimento – CGPAC, e o Grupo Executivo do Programa de Aceleração do Crescimento – GEPAC, o que constitui mais um caso de criação de órgãos por ato infralegal.

³⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. [Org.] *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38.

Ademais, a criação de obrigações no interior da estrutura administrativa não necessariamente se faz pela via legal. No exercício dos poderes hierárquico e normativo, a autoridade administrativa pode editar atos com efeitos jurídicos internos, que não se confundem com os regulamentos dirigidos a dar fiel execução a leis específicas. A competência constitucional para a edição de tais atos é a mesma exercitada quando da criação de órgãos por decreto (art. 84, VI, *a*, da Carta Magna). Os destinatários de norma administrativa se encontram naquilo que se costuma denominar *relação especial de sujeição*. Seja quando dispõem sobre a estrutura dos Ministérios, seja quando estabelecem rotinas internas e procedimentos a serem observados no âmbito desses órgãos, tais atos do Poder Executivo, conhecidos como regulamentos administrativos ou de organização, distinguem-se dos chamados regulamentos jurídicos ou normativos. Sobre o tema, discorre Di Pietro³⁵:

Os regulamentos jurídicos ou normativos estabelecem normas sobre relações de supremacia geral, ou seja, aquelas relações que ligam todos os cidadãos ao Estado, tal como ocorre com as normas inseridas no poder de polícia, limitadoras dos direitos individuais em benefício do interesse público. Eles voltam-se para fora da Administração Pública.

Os regulamentos administrativos ou de organização contêm normas sobre a organização administrativa ou sobre as relações entre os particulares que estejam em situação de submissão especial ao Estado, decorrente de um título jurídico especial, como um contrato, uma concessão de serviço público, a outorga de auxílios ou subvenções, a nomeação de servidor público, a convocação para o serviço militar, a internação em hospital público etc. [...]

Nos sistemas jurídicos que admitem essa distinção, os regulamentos independentes ou autônomos só podem existir em matéria organizativa ou de sujeição, nunca nas relações de supremacia geral.

No direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos, a não ser a partir da Emenda Constitucional nº 32/01.

Consoante já expusemos, a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, conferiu poderes ao Presidente da República para, por meio de decreto, dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgãos (entendidos como Ministérios e outros órgãos de mesma hierarquia). Resgatou a figura do decreto autônomo³⁶, utilizado na vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, para regular a economia interna da Administração Pública.

³⁵ *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 92, 96.

³⁶ Há quem propugne uma diferenciação terminológica, denominando decretos autônomos aqueles expedidos no âmbito da reserva de administração, e decretos independentes aqueles editados *praeter legem*, para suprir o vazio legal, devendo os últimos, para manter-se vigentes, guardar consonância com as leis que lhes sobrevenham. Nesse sentido, André Rodrigues Cyrino (*op. cit.*, pp. 93 e ss). Boa parte da doutrina, contudo, usa indistintamente os termos, e mesmo na legislação de outros países o uso pretendido para eles não tem necessariamente as feições que se lhes pretende dar. Na França, por exemplo, não há uma identidade entre *règlement autonome* e reserva de administração, não no sentido

Ora, o Decreto nº 8.243, de 2014, nada mais é, em sua essência, do que um conjunto de instruções, dadas pelo Chefe do Poder Executivo aos órgãos a ele subordinados, sobre como devem proceder em matéria de participação popular na Administração Pública, sobre como devem ser instituídos e como devem funcionar os órgãos criados para viabilizar essa participação, e sobre que diretrizes devem ser observadas em procedimentos de administração participativa, tais como as audiências e consultas públicas. A competência para editar normas que regulam o funcionamento da Administração Pública advém não apenas do inciso VI, *a*, do art. 84 da Constituição, mas também do inciso I do mesmo artigo, segundo o qual cabe ao Presidente da República exercer a direção superior da Administração federal. Trata-se, portanto, de manifestação dos poderes normativo e hierárquico da Administração Pública. E, como veremos mais à frente, nos pontos em que já existe disciplina legal, mesmo a competência regulamentar prevista no art. 84, IV, da Constituição pode ser invocada como fundamento para o Decreto.

Se no exercício do poder hierárquico o Chefe do Poder Executivo poderia, por exemplo, determinar, no caso concreto, que uma dada deliberação de conselho fosse levada em conta na tomada de decisão do Ministério ao qual ele se vincula, desafia a lógica supor que o Presidente da República não pudesse, em lugar de ordenar o mesmo em cada caso concreto, editar ato normativo com essa finalidade. Em um dos primeiros casos em que foi instado a se pronunciar a respeito das mudanças promovidas pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, o STF assentou que a estrutura hierarquizada do Poder Executivo e a supremacia presidencial constituem fundamento suficiente para legitimar a avocação, pelo Presidente da República, de determinadas decisões antes entregues aos Ministros de Estado (ADI nº 2.564, DJ de 06.02.2004). Invocando o art. 84, VI, *a*, da Carta Magna, o Tribunal não vislumbrou ofensa ao princípio da reserva legal em decreto que condicionava à autorização presidencial a liberação de recursos para o processamento da folha de pagamento dos servidores do Poder Executivo.

Embora o art. 5º, II, da Constituição estabeleça apenas que *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, se não em virtude de lei*, referindo-se, portanto, à imposição de deveres aos indivíduos, também a criação de direitos é normalmente considerada pela doutrina como matéria sujeita a tratamento original em lei³⁷. Admitindo-

de que seria nula, por invasão de competência, lei disciplinando matérias do regulamento autônomo.

³⁷ Cf.: SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 82-3. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 65. Sobre o tema, observa Celso Antônio Bandeira de Mello: *ao regulamento desassiste incluir no sistema positivo qualquer regra geradora de direito ou obrigação novos. Nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregados pelo regulamento. [...] Considera-se que há delegação disfarçada e inconstitucional, efetuada fora do procedimento regular, toda vez que a lei remete ao Executivo a criação das regras que configuram o direito ou que geram a obrigação, o dever ou a restrição à liberdade. Isto sucede quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição. Ocorre, mais evidentemente, quando a lei faculta ao regulamento determinar obrigações, deveres, limitações ou restrições que já não estejam previamente*

se que a instituição de direitos tem como contrapartida a previsão de deveres, poder-se-ia, numa primeira aproximação, concluir pela necessidade de lei também no caso da criação de direitos. Quando as relações se travam entre particulares, o raciocínio é perfeito. Mas e quando é estatal o dever correlato ao direito instituído? Poder-se-ia invocar o art. 5º, II, como fundamento bastante para a exigência de lei? O catálogo de direitos do art. 5º foi concebido como proteção dos indivíduos contra ingerências estatais ou de outros indivíduos, e não como proteção ao Estado.

Admitir que o princípio da legalidade constitui um obstáculo peremptório à ampliação da esfera de direitos dos administrados por decreto conduz a uma situação dificilmente conciliável com a prática jurídica e a tradição do Direito brasileiro. É evidente que, ao regularem procedimentos administrativos, decretos podem produzir efeitos positivos sobre a esfera de direitos dos administrados. Não há como negar isso se, no eventual silêncio da lei, um decreto vier a estabelecer condicionamentos à atuação administrativa que conduzam à abertura de oportunidades de participação popular, condicionamentos na ausência dos quais não seria viável ou não estaria garantida tal participação³⁸. Sob essa ótica, porém, toda norma que regule a organização e o funcionamento da Administração Pública produz reflexos sobre a esfera jurídica dos administrados.

Ato normativo editado pela Administração que obrigue os órgãos e entidades a publicarem informações detalhadas sobre a execução orçamentária, remuneração de servidores, convênios e contratos celebrados pode ser interpretada como conformadora de direitos do administrado à informação. Estaria a matéria, em face do princípio da legalidade, sujeita a tratamento original necessariamente por lei? Na ausência de lei, a Administração estaria impedida de, por iniciativa própria, divulgar esses dados e editar ato normativo disciplinando tal divulgação? Ora, foi exatamente isso o que aconteceu no plano concreto. Senão, vejamos.

A Constituição, em seu art. 5º, XIV e XXXIII, assegura a todos o acesso à informação e o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, a serem prestadas no prazo definido em lei. Esse último comando refere-se claramente à hipótese em que a informação é demandada pelo indivíduo (transparência passiva), e faz menção expressa a lei regulamentadora. Quanto a dados divulgados pela Administração sem necessidade de provocação

definidos e estabelecidos na própria lei (op. cit., pp. 321, 324).

³⁸ Por serem instrumentos de autolimitação administrativa, ao tempo em que obrigam os órgãos e agentes estatais, os regulamentos dão origem a direitos subjetivos para os administrados. Nesse sentido: FERRAZ, Sérgio. *3 Estudos de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pp. 112-3. E, como observa Geraldo Ataliba (*op. cit.*, p. 114), os regulamentos também produzem reflexos limitadores do raio de ação livre dos administrados, ao criarem deveres para os órgãos e agentes públicos. Assim, quando regulamenta uma lei que institui direito para o administrado, o ato do Poder Executivo, ao dispor sobre a repartição à qual o beneficiado terá de se dirigir e que procedimentos formais serão adotados, estabelece exigências com as quais ele terá se conformar.

(transparência ativa), o art. 39, § 6º, da Carta Magna determina que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publiquem anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos, e o art. 165, § 3º, impõe ao Poder Executivo a publicação, a cada bimestre, de relatório resumido da execução orçamentária.

Para regulamentar o art. 5º, XXXIII, da Constituição, foi editada a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, a qual foi sucedida pela Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI). Diferentemente da LAI, a Lei nº 11.111, de 2005, cuidou apenas do acesso a informações por aqueles que as solicitassem (transparência passiva). Isso não obstou que, em sua vigência, fosse editado, com fundamento no art. 84, VI, *a*, da Lei Maior, o Decreto nº 5.482, de 30 de junho de 2005, complementado pela Portaria Interministerial nº 140, de 16 de março de 2006, que criou o Portal da Transparência do Poder Executivo federal, para a veiculação de informações detalhadas e atualizadas (mensal, quinzenal ou semestralmente, conforme o caso) sobre os gastos efetuados por órgãos e entidades, incluindo dados sobre licitações, contratos, passagens e diárias, repasses de recursos federais a outros entes federados, pessoas naturais e organizações não governamentais, além das operações de crédito (transparência ativa).

O Decreto nº 5.482, de 2005, foi editado, portanto, na ausência de lei que disciplinasse a matéria nele versada.³⁹ Nunca se sustentou que, agindo no vazio legal, o Decreto tivesse contrariado o art. 5º, II, da Constituição, criando direitos de acesso à informação *praeter legem*. E, a prosperar uma tal compreensão, qualquer medida organizatória ou comando normativo expedido pela Administração que resultasse em benefício dos administrados seria ilegítimo se não constituísse o desenvolvimento de um direito já previsto em lei, até mesmo um decreto que ampliasse o horário de atendimento ao público nas repartições administrativas ou o direito criado por regulamento da prestação de serviço público editado por agência reguladora.

Dar tamanha extensão ao princípio da legalidade significa ignorar a lógica que levou à sua formulação, calcada na ideia de que incursões da Administração limitadoras

³⁹ Nem mesmo a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), pode ser invocada como fundamento para o Decreto. Na redação original, seu art. 48 limitou-se a enumerar como instrumentos de transparência e gestão fiscal, divulgados inclusive por meios eletrônicos de acesso público, os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária (compilação sintética de dados, aludida no art. 165, § 3º, da Constituição, e divulgada bimestralmente) e o Relatório de Gestão Fiscal (também sintético e divulgado quadrimestralmente). Somente após as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009, a LRF passou a prever a obrigação do poder público de liberar *ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público, incluindo todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado* (arts. 48 e 48-A da LRF).

da liberdade e da propriedade dos indivíduos devem estar autorizadas em ato dos representantes do povo, expressivo da vontade geral. O princípio da legalidade é, antes de tudo, uma garantia contra restrições à liberdade, não um obstáculo à ampliação da esfera de direitos e liberdades dos indivíduos proporcionada reflexamente por atos do Poder Executivo que disciplinam a organização e o funcionamento de seus órgãos. Sob esse pressuposto se explica a afirmação de Thiago Marrara de que, *frente a atos materiais da Administração e também a atos de prestação e concessão de benefícios ao particular, a reserva legal deve ser entendida como ação autorizada pelo Direito*.⁴⁰ Da Administração Pública, exige-se, nesses casos, que sua ação seja conforme o ordenamento jurídico, o Direito existente, e não que esteja necessariamente autorizada por uma norma legal específica.

É nessas bases que parte da doutrina, sobretudo em face da progressiva constitucionalização do Direito Administrativo, refere-se ao princípio da juridicidade, em substituição ao princípio da legalidade, em sua formulação tradicional. A vinculação positiva da Administração, traduzida na assertiva de que o administrador só pode fazer aquilo que a lei o obriga ou autoriza a fazer, é substituída pela vinculação positiva da Administração ao Direito: a ação do administrador deve encontrar fundamento na ordem jurídica, que engloba a Constituição, as leis e todos os demais atos normativos.

A participação popular na Administração Pública envolve a implementação de direitos de natureza prestacional, direitos à organização e ao procedimento. Com efeito, tal participação implica a previsão normativa de uma série de procedimentos e, muitas vezes, a constituição de órgãos, nos quais ela se dá. A incidência do princípio da legalidade como limitante da ação do administrador nesse âmbito é controversa. Na Alemanha, por exemplo, cuja Constituição tratou de forma bastante rígida a matéria, de modo a limitar a ação normativa do Poder Executivo (o que razões históricas, vinculadas à experiência nazista, ajudam a explicar), a doutrina se divide quanto à exigência de autorização legal para a instituição de prestações estatais. O debate se trava em especial quanto aos direitos sociais e subvenções financeiras.⁴¹

⁴⁰ Prossegue o autor: *a regra da reserva [legal] não significa que a Administração possa apenas agir na presença de uma regra autorizativa escrita e específica. A ideia de que a reserva legal tenha a ver com competências específicas e escritas é o principal motivo pelo qual tem-se erroneamente entendido que o princípio da legalidade administrativa é um óbice à atuação flexível do Estado. A reserva legal em sentido estrito – ou seja, a exigência de presença de lei formal para a atuação administrativa – não deve valer para todos os casos, senão àqueles previstos na Constituição ou àqueles em que haja restrição significativa dos direitos fundamentais do particular pelo Estado* (op. cit., pp. 232-3).

⁴¹ Para uma exposição sobre as diferentes posições adotadas com respeito ao tema, cf.: STARCK, Christian. *El concepto de ley en la Constitución alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 394-404. Em decisão da década de 1950, o Tribunal Constitucional Federal concluiu, à luz da Lei Fundamental, inexistir reserva legal para a disciplina do processo e das competências da Administração Pública no âmbito das prestações estatais (*Lastenausgleich*, BVerfGE 8, 155). O Tribunal Administrativo Federal entende que a mera autorização orçamentária constitui fundamento suficiente para as prestações estatais, salvo quando a concessão destas vem acompanhada de ingerências na esfera de direitos fundamentais de terceiros. Hartmut Maurer, ao defender a exigência de lei na instituição de prestações estatais, responde da seguinte forma aos críticos dessa

Na análise dos problemas afetos à eficácia dos preceitos constitucionais, não podem ser ignoradas as recentes manifestações do Poder Judiciário, no sentido de reconhecer a legitimidade de atos administrativos normativos que, para realizar a vontade da Constituição, buscam fundamentação diretamente no seu texto, sem intermediação legislativa. Nesse contexto, ao apreciar a medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 (DJ de 01.09.2006), o STF considerou válida resolução do Conselho Nacional de Justiça que proibia o nepotismo no Poder Judiciário, sem que houvesse lei a disciplinar a matéria.⁴² Na visão da Corte, as restrições constantes do ato normativo do CNJ eram, *no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade*. Como o ato normativo do CNJ poderia extrair diretamente dos citados princípios, de forma mecânica e sem importar inovação no ordenamento jurídico, uma restrição de acesso a cargos públicos com definição até mesmo dos graus de parentesco que caracterizam o nepotismo é uma questão que, a nosso ver, o Tribunal não logrou dar resposta satisfatória. De qualquer modo, o fato é que, nesse julgamento, o STF sequer entendeu necessária a intermediação legislativa para que as comentadas restrições fossem implementadas administrativamente.

Caminho semelhante parece ter sido trilhado pelo STF no julgamento do segundo Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3.902 (DJ de 03.10.2011), no qual considerou válido ato administrativo que determinou a divulgação, no sítio eletrônico de prefeitura, da remuneração percebida por servidores públicos municipais.

tese: *Na doutrina, objeta-se ocasionalmente que a exigência da reserva de lei para a atividade administrativa prestacional, longe de melhorar, piora a situação do cidadão, pois este, à falta de uma regulação legal, nada obtém, e os fins que com ela se perseguem, relativos à realização do estado de direito, tampouco se alcançam. Esta objeção, sem embargo, passa ao largo de um problema: pois se trata da competência, é dizer, do direito e dever que tem o legislador de estabelecer as correspondentes regulações legais. Se o legislador não cumpre essa obrigação, caberia então admitir, em casos de necessidade, a existência de uma competência subsidiária da administração. Questões jurídicas fundamentais não deveriam ser evitadas com a invocação de uma prática defeituosa (Derecho Administrativo alemán. México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2012, p. 122).* No direito espanhol, sustentando que a maior parte das prestações estatais pode ser disciplinada em regulamento, mesmo na ausência de lei, cf.: LEÓN, José Maria Baño. *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*. Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 222. No Direito brasileiro, especificamente no tocante à criação de instrumentos de participação do cidadão na Administração Pública, Patrícia Baptista sustenta: *a interpretação sistematizada de vários dispositivos da Constituição de 1988 autoriza, desde logo, a afirmação de um direito genérico de participação dos administrados com estatuto constitucional, independentemente de qualquer concretização pelo legislador ordinário. [...] Assim, na esteira da moderna teoria constitucional – que advoga a máxima efetividade das normas integrantes do texto constitucional – impõe-se concluir que a eventual ausência de legislação infraconstitucional não pode, sob pena de frustrar-se a vontade do legislador constituinte, impedir que o direito de participação venha a ser exercido ou reclamado desde logo (op. cit., pp. 153-155).*

⁴² Exceção feita ao art. 117, VIII, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que, em extensão notadamente menor que a da Resolução do CNJ, estabelece ser vedado ao servidor manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil.

Conquanto nem a lei municipal sobre o assunto nem o decreto regulamentador tivessem enumerado entre as informações dos servidores que deveriam ser publicadas no sítio eletrônico a sua remuneração, a prefeitura houve por bem, na implantação do portal, incluir esse dado. A Corte entendeu que a divulgação de tais informações constituía um dever extraível do princípio da publicidade administrativa e um direito constitucional do cidadão, não havendo censura a fazer ao ato administrativo que, determinando a publicação, apenas teria cumprido o dever constitucional. A divulgação dos dados, que, de um lado, poderia ser vista como restrição à intimidade dos servidores e, de outro, como uma ampliação do direito de acesso à informação pelos cidadãos, não foi obstada pelo Tribunal.

É de se notar que as duas decisões citadas envolviam atos administrativos que interferiam diretamente e com caráter limitador na esfera de direitos dos indivíduos (acesso a cargos públicos e direito à intimidade), campo ao qual se dirige primacialmente a proteção conferida pelo princípio da legalidade. Quando a relativização desse princípio pelo Poder Judiciário vai ao ponto de considerar válidos atos administrativos que, sem fundamento em lei e sob o argumento de dar cumprimento direto a preceitos constitucionais, implicam uma delimitação restritiva da esfera de direitos dos indivíduos, parece exagerado considerar inválido, por ofensa ao art. 5º, II, da Constituição, decreto que, ao dispor sobre a organização e o funcionamento de órgãos do Poder Executivo, produz reflexos de outra ordem, ampliadores das oportunidades de participação popular na Administração Pública⁴³. Não vemos, portanto, como o princípio da legalidade, na formulação genérica do art. 5º, II, da Constituição, possa constituir obstáculo à edição de decreto com o conteúdo do ora examinado.

B) A RESERVA LEGAL COMO LIMITE AOS ATOS NORMATIVOS DO PODER EXECUTIVO

Já dissemos que, em face do art. 5º, II, da Constituição, a criação de obrigações para os indivíduos ou de restrições a seus direitos deve-se dar por meio de lei. Além dessa formulação genérica do princípio da legalidade (reserva legal em sentido amplo, para alguns), a Constituição, em vários dispositivos, atribui expressamente à lei (e só a ela) o tratamento de determinadas matérias (reserva legal em sentido estrito). Assim, a

⁴³ No mínimo, pode-se dizer que, ao promover uma uniformização no tratamento dado pela Administração Federal aos instrumentos de participação popular, o Decreto evita casuísmos na sua adoção, bem assim uma excessiva discricionariedade do administrador, em atendimento ao princípio da isonomia. O Decreto, porém, faz mais que isso. Apenas para citar dois exemplos, ao dispor que, na composição dos conselhos de políticas públicas, deverão ser observadas as garantias de diversidade e rotatividade dos representantes da sociedade civil, o Decreto atua no sentido de oportunizar maior pluralismo na participação popular. Com isso, deslegitima a criação de conselhos em que haja unidirecionalidade na representação (apenas um dado setor, dentre os interessados, seja representado), ou petrificação na representação (reconduções das mesmas pessoas para a função de conselheiro). Pode-se cogitar mesmo de impugnação judicial de conselhos que não atendam a essas diretrizes.

presunção de validade do Decreto nº 8.243, de 2014, poderá ser afastada se, a despeito de conferir poderes ao Executivo para, mediante decreto autônomo, regular a organização e o funcionamento da Administração, a Constituição houver instituído uma reserva legal especificamente sobre a matéria nele versada. Nesse âmbito, questão que merece enfrentamento é a do alcance do art. 37, § 3º, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, o qual prescreve:

Art. 37.

.....
§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

O comando constitucional atribui à lei a disciplina das formas de participação do usuário na administração pública. Tal dispositivo teria criado uma reserva legal para a matéria? Em caso afirmativo, qual seria a sua extensão? Essas indagações devem ser feitas mesmo por quem entenda que o Decreto não cria obrigação, nem restringe ou cria direitos. Isso porque a reserva legal não necessariamente está associada à ideia da lei como fundamento para restrições ou ampliações diretas da esfera de liberdade dos indivíduos. O tratamento de questões internas ao aparato estatal também pode ser matéria reservada à lei pela Constituição⁴⁴.

Em uma primeira análise, a norma do art. 37, § 3º, parece ser bastante abrangente. Entretanto, destaque deve ser dado ao termo “usuário”. Seja em razão dele, seja por outras expressões utilizadas nos incisos em que se desdobra o parágrafo, como “prestação de serviços públicos”, é razoável sustentar que a participação a que se refere a norma é a do indivíduo enquanto beneficiário das prestações materiais que caracterizam os serviços públicos desempenhados pelos órgãos e entidades da Administração Pública.⁴⁵ O contexto normativo é o de execução de políticas públicas,

⁴⁴ Nesse sentido, por exemplo, os arts. 90, § 2º, 91, § 2º, da Constituição, que estatuem caber à lei regular a organização e o funcionamento dos Conselhos da República e de Defesa Nacional, bem como o art. 224 da Carta, segundo o qual o Congresso Nacional deve, na forma da lei, instituir como seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social.

⁴⁵ Há mesmo quem sustente que a referência a lei não tem por escopo determinar ao Poder Legislativo que edite uma lei geral sobre o assunto, mas sim leis que possibilitem a participação do usuário no controle da prestação de cada serviço público específico, dadas as peculiaridades que envolvem cada um deles. Regina Linden Ruaro e Alexandre Schubert Curvelo assim se manifestam sobre o dispositivo constitucional: *A inserção do art. 37, § 3º, no Capítulo VII da CF/88 se dá em função do*

não o de sua formulação, e a participação popular se dá sob a ótica do usuário/consumidor dos serviços estatais, não do cidadão que toma parte nas decisões estatais.⁴⁶

Igualmente não pode passar despercebido o fato de que o constituinte derivado, sentindo necessidade de desdobrar o comando do parágrafo, ao identificar matérias que mereceriam tratamento especial, silenciou completamente quanto à disciplina da participação do cidadão na formulação de políticas públicas, o que corrobora a tese de que o escopo da norma constitucional foi o de determinar ao legislador que regulasse as formas de participação dos usuários de serviços públicos no controle de sua prestação. Ademais, nem o âmbito de atuação dos conselhos de políticas públicas se circunscreve apenas à defesa de usuários de serviços públicos, nem a participação da sociedade civil em tais colegiados se dá sob a ótica exclusiva dos usuários. O que se busca comumente é a abertura de oportunidades de participação para todos os setores da sociedade interessados. A título de exemplo, o Conama é constituído por representantes de Ministérios, de governos estaduais e municipais, de entidades ambientalistas, dos trabalhadores, da comunidade científica, do setor empresarial, dentre outros (Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990).

A reserva legal do art. 37, § 3º, da Constituição não tem, portanto, amplitude tamanha que abarque a participação popular na formulação de políticas públicas. Quando muito, poder-se-á cogitar da reserva no tocante ao controle social da correta e adequada execução dessas políticas, quando se tratar da prestação de serviços públicos.

*segmento que trata da Administração Pública e, portanto, da pessoa jurídica de direito público titularizada originariamente da prestação dos serviços públicos. Desse modo, se é verdade que o princípio fundamental do controle social – da participação ou da democracia direta – deve ser lido (também) na amplitude do exercício da função administrativa perante os usuários dos serviços públicos, não menos verdadeiro é que a aludida participação merece disciplina – legal – segmentada de acordo com o setor da prestação do serviço a que se refere. Igualmente, o dispositivo guarda simetria com o disposto no inciso II, parágrafo único, do art. 175 da CF/88. (In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et alii [Coords.] *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 890-1).*

⁴⁶ Nesse sentido, Jessé Torres Pereira Júnior adverte, ao comentar a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, no § 3º do art. 37 da Constituição: *A lei regulamentadora não conta com autorização constitucional para vir a inserir os usuários em órgãos de deliberação ou em setores de execução dos serviços públicos. A “participação” autorizada dar-se-á, tão somente, pelas três vias definidas nos incisos – reclamação, acesso a registros e informações, direito de representação – a serem percorridas perante os órgãos subordinados da Administração direta e as entidades vinculadas à Administração indireta. [...] Ponderadas tais premissas, a Emenda 19 entende por “participação” do usuário atividade tão-só relacionada com o controle de qualidade dos serviços públicos prestados, o que se deve sublinhar para evitar mal-entendidos que levariam o legislador ordinário a impor a presença do usuário, ou a este supor-se no direito de exigí-la, nos órgãos de direção dos serviços, fosse na Administração direta e indireta, ou nas empresas concessionárias e permissionárias. Para avaliar a qualidade do serviço, e colaborar com o poder público nessa avaliação, é que o usuário poderá oferecer reclamações, ter acesso a registros e informações, e representar contra negligências e abusos, e dispor de outros instrumentos que a lei regulamentadora conceber. Tal “participação” correlaciona-se, portanto, com a “obrigação de manter serviço adequado” a que alude o art. 175, p. único, IV, da CF/88. (Da Reforma Administrativa Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 161-3).*

Deve-se reconhecer que o Decreto tem a pretensão de regular a participação também nesse campo. É o que se desprende do parágrafo único de seu art. 1º, segundo o qual, *na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação de programas e políticas públicas e no aprimoramento da gestão pública serão considerados os objetivos e as diretrizes da PNPS*. No mesmo compasso, seu art. 5º estabelece: *os órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta deverão, respeitadas as especificidades de cada caso, considerar as instâncias e os mecanismos de participação social, previstos neste Decreto, para a formulação, a execução, o monitoramento e a avaliação de seus programas e políticas públicas*.

Assim, tendo o art. 37, § 3º, instituído uma reserva legal, caberia investigar se há disciplina legislativa da matéria ou se o Decreto nº 8.243, de 2014, atuou no vácuo, hipótese em que se poderia cogitar de sua impugnação, por regular originariamente a participação popular no controle da execução, no monitoramento e avaliação de programas e políticas públicas que se consubstanciam na prestação de serviços públicos por órgãos ou entidades da Administração Pública federal.

Ressalte-se, uma vez mais, que o âmbito da reserva legal do art. 37, § 3º, da Constituição é bem mais restrito do que aquele abrangido pelo Decreto em análise, seja porque a participação popular também pode se dar em relação a políticas públicas nas quais não há propriamente usuários de serviços públicos, seja porque, mesmo quando de serviço público se tratar, a participação a que se refere o dispositivo constitucional se dá na fase de execução/prestação, não na de concepção/formulação.

Embora entendamos que, havendo mandamento constitucional expresso para que determinada matéria seja regulada originariamente por lei, tal exigência não pode, sem mais, ser dispensada, em especial quando se cuidar de restrições a direitos, um rápido exercício de Direito Comparado basta para demonstrar que a questão em torno das reservas legais nem sempre é resolvida segundo fórmulas prontas e modelos cartesianos. A esse respeito, merece menção a exegese dada ao art. 105, *a*, da Constituição da Espanha dada pelo Tribunal Constitucional daquele país. O preceito, que integra o conjunto de normas constitucionais regentes do governo e da administração, estabelece que *a lei regulará a audiência dos cidadãos, diretamente ou através das organizações e associações reconhecidas pela lei, no procedimento de elaboração das disposições administrativas que os afetem*.

Em que pese a expressa atribuição da disciplina da matéria à lei, o Tribunal Constitucional espanhol, em mais de uma oportunidade, assinalou que o art. 105, *a*, consiste em *mandato constitucional de aplicação geral, direta e imediata* (Sentença nº 102/1995, BOE de 31.07.1995; Sentença nº 163/1995, BOE de 154.12.1995). Também o Conselho de Estado espanhol reconheceu tratar-se de preceito *de aplicação imediata, de modo que seu enunciado inicial – “a lei regulará” – não pode ser*

entendido como uma postergação, a uma lei futura, da regra de audiência que ele prescreve. (Ditame nº 952/1992)⁴⁷.

A se aplicar raciocínio semelhante no Brasil, na ausência de lei a disciplinar o art. 37, § 3º, da Constituição brasileira, caberia à própria Administração Pública engendrar as condições – nos seus planos organizativo e procedimental – necessárias à viabilização do exercício dos direitos de participação.⁴⁸ De qualquer modo, assumindo-se a postura tradicional da doutrina quanto à inviabilidade de decreto disciplinar originariamente matéria que a Constituição especificamente reservou à lei, cumpre verificar se, de fato, inexistente legislação sobre o assunto.

C) LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E DELEGAÇÃO LEGISLATIVA

O legislador não silenciou por completo a respeito da participação popular na Administração Pública. Ao contrário, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, conhecida como Lei do Processo Administrativo federal (LPA), além de regular mais detidamente duas formas de participação social – a audiência e consulta pública (arts. 31 e 32) –, prevê, em seu art. 33, que *os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas*. Dessarte, a par de dispor especificamente sobre dois instrumentos de participação popular, a Lei facultou à Administração estabelecer outros, a serem utilizados no tratamento de *matéria relevante*, admitindo-se a atuação direta de cada administrado e a atuação indireta, por meio de organizações e associações.

⁴⁷ Na doutrina, cf.: comentários de José Ramón Parada Vázquez ao art. 105 da Constituição Espanhola, em: ALZAGA VILLAAMIL, Oscar [Dir.]. *Comentarios a La Constitución Española de 1978*, Madrid: Edersa, 2006, tomo VIII, pp. 528-9.

⁴⁸ Argumento dessa ordem foi utilizado por Sérgio de Andrea Ferreira, no regime constitucional de 1967/9, para justificar o uso do decreto autônomo na disciplina de procedimentos administrativos, de maneira a possibilitar a fruição de direitos pelos administrados: *Pela Constituição Federal, é dever da Administração Pública expedir certidões requeridas às repartições administrativas para defesa de direitos e esclarecimento de situações. No antigo Estado da Guanabara, inexistia norma legal sobre o procedimento a ser seguido no requerimento e expedição dessas certidões. Poderia, então, o administrador, em cada caso concreto, formular essa ou aquela exigência, quanto aos aspectos formais da petição, a legitimação para firmá-la e a comprovação do interesse na postulação. A Administração carioca, no entanto, preferiu editar regulamento disciplinando todos esses aspectos. Ao contrário, portanto, do que entendem os que se insurgem contra o regulamento autônomo, taxando-o de ilegítimo no Direito Brasileiro, pois que correspondia a uma invasão indevida da competência do legislador, o regulamento autônomo, desde que entendido nos termos antes fixados, é uma afirmação do Direito Administrativo, porquanto constitui manifestação expressiva do princípio da autolimitação do administrador (Direito Administrativo Didático, Rio de Janeiro: Forense, 1981, pp. 62-3). O art. 153, § 35, da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, dispunha que a lei deveria assegurar a expedição de certidões requeridas às repartições administrativas para defesa de direitos e esclarecimento de situações. A defender que o direito de participação dos administrados pode ser exercido mesmo na ausência de lei, cf. o escólio de Patrícia Baptista, transcrito na nota de rodapé nº 41.*

A doutrina não hesita em afirmar que a vontade inequívoca do legislador foi de conferir poderes à Administração para instituir novas modalidades de participação popular além daquelas expressamente disciplinadas na LPA. Irene Nohara, atentando que os instrumentos disciplinados na Lei não são *numerus clausus*, assere ter sido deixada *propositadamente certa margem de discricionariedade para que a Administração inove a partir da criação de mecanismos diversos de interlocução com a comunidade nos processos administrativos, que poderão ser utilizados em todos os casos envolvendo matéria relevante, exceto quando lei especial exigir determinada espécie de mecanismo*. E cita como outras formas de participação as enquetes ou consultas eletrônicas, os painéis de debate da população com especialistas, o maior espaço de atuação dos conselhos de gestão e fiscalização de serviços públicos.⁴⁹

Em face da expressa autorização conferida pelo legislador, cabe examinar se o comando normativo do art. 33 da LPA abarcaria inclusive a participação social no controle da execução de políticas públicas consistentes na prestação de serviços públicos. Em caso afirmativo, o Decreto nº 8.243, de 2014, não teria sido editado no vácuo legislativo, mas sim para dar execução à lei. Da dicção do art. 33 da Lei nº 9.784, de 1999, pode-se concluir que o legislador autorizou até mesmo a instituição e determinação dos contornos de novas formas de participação em cada caso concreto. Nesse sentido, a uniformização promovida pelo Decreto deve ser considerada positiva, na medida em que reduz espaços de discricionariedade que poderiam levar ao tratamento diferenciado de situações semelhantes. Trata-se, pois, de uma autolimitação da Administração Pública, em homenagem ao princípio da igualdade.⁵⁰

Na forma como foi redigido, o art. 33 da Lei nº 9.784, de 1999, opera uma delegação legislativa. Os limites constitucionalmente fixados para tais delegações são objeto de disputas doutrinárias no Brasil. Para quem propugna uma amplitude mais

⁴⁹ *Participação popular no processo administrativo: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos*. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de [Orgs.]. *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 98. Noutro trabalho, a mesma autora esclarece: *O art. 33 abre espaço para que a Administração Federal utilize outros mecanismos para a participação da população e de entes interessados no objeto de seus processos administrativos. A autoridade competente poderá, por exemplo, realizar conferências, encontros, enquetes pela Internet, consultas eletrônicas ou organizar outros tipos de participação presencial, além da consulta e da audiência pública. [...] Em segundo lugar, pela letra do art. 33, a utilização de mecanismos de participação popular não depende de previsão legal. Cumpridos os requisitos da LPA (existência de questão relevante e razoabilidade), pode a autoridade abrir o processo à participação de pessoas físicas e jurídicas. Sempre que não haja previsão legal, dispõe a autoridade de discricionariedade para aplicação desses mecanismos de participação (Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99 Comentada, São Paulo: Atlas, 2009, pp. 245-6)*.

⁵⁰ No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello: *a generalidade da lei e seu caráter abstrato ensancham particularização normativa ulterior. Daí que o regulamento discricionariamente as procede e, assim, cerceia a liberdade de comportamentos dos órgãos e agentes administrativos para além dos cerceios da lei, impondo, destarte, padrões de conduta que correspondem aos critérios administrativos a serem obrigatoriamente observados na aplicação da lei aos casos particulares. Sem esses padrões impostos na via administrativa, os órgãos e agentes administrativos guiar-se-iam por critérios díspares ao aplicarem a lei, do que resultariam tratamentos desuniformes aos administrados (op. cit., p. 318)*.

restrita da competência para expedir regulamentos dirigidos a dar execução às leis (art. 84, IV, da Constituição), estes se destinariam apenas a: (i) disciplinar o modo de atuação da Administração, no seu relacionamento com os administrados, quando da execução da lei; (ii) determinar de forma mais precisa conceitos vagos presentes na lei; (iii) explicitar de forma analítica aquilo que já se encontra inequívoca, ainda que sinteticamente, previsto na lei.

Parte da doutrina, contudo, admite que a lei defira a regulamento a complementação de determinados pontos por ela não exaustivamente disciplinados, desde que estabelecidos *standards* que pautem e limitem a atividade normativa da autoridade administrativa. Na verdade, essa é uma tendência também em outros ordenamentos jurídicos, como o dos Estados Unidos, cuja Suprema Corte, a despeito do silêncio da Constituição nesse particular, admite a delegação legislativa, desde que: (i) ela seja revogável, podendo a lei, a qualquer tempo, retirar da autoridade administrativa o poder delegado; (ii) a lei delegante fixe padrões ou critérios (*standards*) a serem observados pela autoridade administrativa no exercício dos poderes normativos conferidos; (iii) a delegação, em si, seja razoável.⁵¹

Ainda sob o império da Carta de 1946, que, em seu art. 36, § 2º, dispunha ser vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições, Carlos Maximiliano⁵² advertia:

Das próprias palavras dos publicistas que verberam o abuso das delegações legislativas, conclui-se que em todos os países são elas usadas em larga escala. É que acima das teorias, dos preceitos rígidos, dos textos veneráveis estão os fatos incoercíveis e fatais. [...]

Por atenderem menos a doutrinas abstratas do que à realidade inelutável, os italianos, suíços e alemães, embora reconhecendo serem as delegações contrárias aos princípios de Direito Público, aceitam-nas e justificam-nas como necessidade prática.

Entendem que se não opera uma renúncia de funções: porque o Congresso autoriza o Presidente a elaborar um decreto e estabelece os moldes em que será vazado o trabalho do Executivo. Limita-se, portanto, a incumbir do desempenho de parte da sua tarefa uma entidade mais apta para produzi-la nos termos das instruções recebidas. [...]

Da luta, entre correntes diversas, a respeito da incompatibilidade entre a DELEGAÇÃO de atribuições e a doutrina de MONTESQUIEU, resultou meio termo razoável: não se admitiria autorização pura e simples, não condicionada; prevaleceria a subordinada a requisitos amplos e EXPRESSOS. Por exemplo: a) o Poder Executivo é autorizado a reorganizar o Tribunal de Contas; b) fica o Poder Executivo autorizado a reorganizar o Ensino Superior, sobre as seguintes bases: 1) só obtêm matrícula os bacharéis em letras diplomados por ginásios oficiais; 2) ...”.

Os casos como o da letra *a* ruiam como inconstitucionais; o Congresso, sob o regime de 1891, os repelia sempre. [...]

⁵¹ Cf.: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Delegação legislativa: a legislação por associações. In: *Revista de Direito Público*, vol. 22, n. 90, p., p. 181, abr./jun. 1989.

⁵² *Comentários à Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, vol. I, pp. 408-10.

No exemplo sob letra *b*, toda controvérsia desapareceria ante esta redação: “Fica o Poder Executivo autorizado a dar novo Regulamento ao Ensino Superior, sobre as seguintes bases...”.

No mesmo sentido, a afirmação de Caio Tácito de que *regulamentar não é só reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e complementá-la, segundo o seu espírito e conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, explícita ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar*.⁵³

Uma distinção doutrinária muito utilizada é aquela que contrapõe reserva legal absoluta a reserva legal relativa. Há reserva absoluta quando a Constituição exige que determinado tema seja tratado exaustivamente pela lei, sem espaço para atuação discricionária da autoridade administrativa em sua regulamentação. Há reserva relativa quando um tema pode ser disciplinado por fonte diversa da lei, *sob a condição de que esta indique as bases em que aquela deva produzir-se validamente*.⁵⁴

O problema de uma tal distinção é que ela se assenta no pressuposto de que determinadas leis podem e devem esgotar a regulação jurídica abstrata de dada matéria. Costuma-se falar de reserva legal absoluta principalmente em matéria penal e tributária (art. 5º, XXXIX, e art. 150, I, da Constituição). Na prática, porém, observa-se, em muitos casos, que a regulação infralegal efetivamente agrega elementos novos, não presentes na lei nem dela extraíveis de forma necessária. Basta pensar nas normas penais em branco e na legislação tributária dependente de complementação por regulamento. Dizer que o regulamento simplesmente desvela algo que já resultava necessariamente da lei é ignorar a realidade. Regulamento que, por exemplo, disciplina prazos de recolhimento de um imposto inova o ordenamento jurídico, no sentido de que incorpora elementos à obrigação tributária não extraíveis automaticamente do texto da lei⁵⁵.

⁵³ *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, Tomo 2, p. 1079.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 84.

⁵⁵ A esse respeito, bem observa Alexandre Santos de Aragão: *pela doutrina mais tradicional, toda lei já deveria, de per se, normatizar suficientemente a matéria, a fim de que os regulamentos apenas detalhassem as obrigações por ela previamente estabelecidas. Sendo assim, para essa corrente doutrinária, apenas poderiam ser emitidos os ditos “regulamentos meramente executivos”. Verifica-se, no entanto, uma contradição nos próprios termos utilizados por estes autores: se, para eles, a lei, por si própria, já estabelece a obrigação, o que deveria significar a pré-determinação dos seus sujeitos e objeto – de todos os elementos da prestação devida –, não haveria espaço para regulamento algum que não consistisse na mera repetição da lei. Os, por eles chamados, “regulamentos de execução” seriam, destarte, necessariamente inócuos. O que, no entanto, segundo esta doutrina, haveria em tais casos, seria a concessão de discricionariedade à autoridade administrativa regulamentadora para detalhar o conteúdo da obrigação já estabelecida em lei. Ora, se há detalhamento da obrigação, há criação, mesmo que moderada – não mera execução – de alguns aspectos dos elementos da prestação; se foi concedida discricionariedade, há juízo de conveniência e oportunidade administrativa na determinação do exato conteúdo da obrigação imposta (Legalidade e regulamentos administrativos no Direito contemporâneo: uma análise doutrinária e jurisprudencial. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 10, n. 41, out/dez 2002, p. 298). Ver também: ROSENBLATT, Paulo. *Competências regulamentar no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: MP Editora, 2009, pp. 95-100.*

Como assinalava Kelsen, à exceção do ato inaugural e fonte de validade de todos os demais (a norma fundamental), e dos atos de execução puramente material (ex.: o cumprimento de uma ordem de prisão), há um caráter dúplice em todos os demais atos jurídicos, sendo eles, a um só tempo, de criação e de aplicação do Direito⁵⁶. Um regulamento é ato de aplicação da lei, mas é ato de criação sob a perspectiva daqueles que lhe são inferiores na hierarquia das normas. Mesmo um comando singelo de que o reconhecimento de determinado direito está condicionado à apresentação de requerimento com um determinado formato, fornecido pela Administração, constitui inovação, na medida em que estabelece obrigação ao administrado⁵⁷. Dizer que ela tem caráter acessório não lhe muda a natureza de obrigação. Em vista disso, uma orientação essencialista quanto ao que deva ser objeto de regulação em lei ou em regulamento se torna problemática.

Que aspectos da obrigação ou do direito seriam essenciais e, por isso mesmo, deveriam constar necessariamente da lei? A resposta não passa por divisões categóricas, mas por gradações, o que muito dificulta uma resposta universal para a questão. Bem por isso, Victor Nunes Leal, ao tratar das diferenças entre lei e regulamento, perfilha a opinião de León Duguit, segundo a qual não existe diferença substancial, de natureza, entre as duas espécies normativas, mas de grau ou hierarquia. Prossegue o autor⁵⁸:

[S]e o regulamento completa a lei (e sem esse papel seria ele perfeitamente desnecessário), é evidente que a lei sempre deixa alguma coisa para o regulamento. Em outras palavras, toda lei passível de regulamentação contém em si mesma certa margem, por pequena

⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 193-5. Na verdade, mesmo a norma jurídica individual cujo conteúdo é um ato de execução material contém aspectos cuja determinação se dá nela própria e não em atos hierarquicamente superiores, o que denota o seu conteúdo parcialmente inovador. O exercício do poder regulamentar possui um caráter criador do Direito, além de constituir um ato de vontade, e não apenas um ato cognoscitivo e desvelador de realidade normativa anterior a ele. Nesse sentido, Kelsen assinala: *a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar em margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquela que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever* (*Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 388). Se é assim com atos de pura execução material, *a fortiori* o é no caso de atos normativos secundários, como os regulamentos.

⁵⁷ Geraldo Ataliba procura contornar esse raciocínio afirmando que os comandos do regulamento constituem instruções dirigidas aos servidores da própria Administração, alcançando os administrados apenas indiretamente (*op.cit.*, pp. 113-4). Ora, se a observância da forma condiciona o reconhecimento do direito ou o regular cumprimento do dever, então não há como se negar a existência de restrição à esfera de liberdade do indivíduo quando o regulamento estabelece tais condicionamentos. Dizer que o destinatário direto da norma é o servidor estatal (e isso pode mesmo ocorrer) não tem o condão de alterar a realidade material de restrição da liberdade do administrado. Não constitui requisito para a ocorrência de uma restrição a direitos que o comando jurídico seja diretamente dirigido à pessoa que sofrerá seus efeitos. Deveras, ninguém negará que a prisão de um indivíduo representa limitação à sua liberdade, ainda que a ordem para prendê-lo seja dirigida à autoridade policial.

⁵⁸ LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*, Brasília: Ministério da Justiça, 1997, vol. I, pp. 99-102.

que seja, de delegação ao Poder Executivo, ao qual compete expedir regulamentos. [...] Referimo-nos ao aspecto prático, ao resultado concreto: se o Congresso pode regular um assunto nos seus mínimos detalhes e não o faz, deixando margem para o regulamento, temos, praticamente, uma situação que se assemelha à delegação, embora sem os requisitos técnicos que esta apresenta. [...]

O regulamento, dado o seu papel de texto complementar da lei, envolve sempre a ideia de lacuna legislativa, o que equivale a dizer que contém sempre algum resíduo legislativo, uma certa medida de autoridade delegada. Por isso mesmo, não deixa de haver uma dose de contradição, por pequena que seja, entre proibir as delegações legislativas e conservar nas mãos do Executivo a faculdade regulamentar. Essa dose de contradição, ainda que mínima, explica as dificuldades que encerra o exame da validade dos regulamentos em regime de delegação legislativa proibida. À jurisprudência, no exame de cada caso e com larga margem de arbítrio, é que incumbirá resolver as dúvidas possíveis, já que ao Judiciário compete negar aplicação aos regulamentos ilegais ou inconstitucionais.

É exatamente essa situação prefigurada por Leal, de soluções casuísticas, que pode ser observada no exame da jurisprudência remota e recente do STF. Em matéria tributária, há mesmo quem sustente, em face da jurisprudência do Excelso Pretório, ser impossível identificar parâmetros e limites seguros para o exercício da competência regulamentar⁵⁹.

O exame histórico revela que, em diversas oportunidades, o STF reputou consentâneos com o sistema constitucional brasileiro casos de *delegation with standards*, seja admitindo expressamente a ocorrência desta nas situações examinadas, seja recusando-se a reconhecer que se configurassem como de delegação casos nos quais ela era evidente. No Mandado de Segurança (MS) nº 17.145 (DJ de 27.12.1968), a Corte discutiu a validade de decreto presidencial que versava sobre a remuneração de servidores públicos. Lei incumbira o Poder Executivo de disciplinar o sistema remuneratório de uma categoria de servidores, com observância de alguns princípios por ela arrolados. O regulamento editado foi impugnado sob alegação de haver sido expedido com fundamento em uma delegação constitucionalmente vedada. A decisão do Tribunal foi, contudo, no sentido da validade da lei e do decreto. Embora se cuidasse, pelos critérios da doutrina tradicional, de caso típico de delegação condicionada, entendeu-se na ocasião que o decreto havia se limitado a promover a mera execução da lei, não se caracterizando uma delegação legislativa.

Já no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 76.629 (DJ de 13.09.1974), o STF considerou inválido decreto que impunha exigências aos administrados não presentes em rol taxativo contido na lei regulamentada. Na ocasião, o relator do recurso, Ministro Aliomar Baleeiro, observou que o regulamento seria válido se a lei *expressamente autorizasse o regulamento a estabelecer condições outras*, além daquelas por ela

⁵⁹ ROSENBLATT, Paulo. *Op. cit.*, p. 314.

previstas, caso que não constituiria *delegação proibida de atribuições, mas flexibilidade na fixação de standards jurídicos de caráter técnico*.

No RE nº 186.623 (DJ de 12.04.2002), o STF declarou inconstitucional, por incorrer em delegação legislativa vedada, dispositivo de decreto-lei que conferia a autoridade administrativa, sem qualquer condicionamento ou fixação de *standards*, o poder de aumentar ou reduzir, temporária ou definitivamente, incentivos fiscais concedidos por outro decreto-lei. O STF já se pronunciara na mesma linha, na decisão cautelar na ADI nº 1.296 (DJ de 10.08.1995), na qual suspendera a eficácia de lei estadual que autorizava o Poder Executivo a, mediante decreto específico, conceder benefícios fiscais relativos a tributos estaduais (isenção, redução da base de cálculo, crédito presumido, prorrogação de prazo para recolhimento), em favor de refinaria de petróleo que viesse a se instalar no território do Estado. Restou consignado na ementa do acórdão da Corte:

O Executivo não pode, fundando-se em mera permissão legislativa constante de lei comum, valer-se do regulamento delegado ou autorizado como sucedâneo da lei delegada para o efeito de disciplinar, normativamente, temas sujeitos a reserva constitucional de lei. [...] O legislador, em consequência, não pode deslocar para a esfera institucional de atuação do Poder Executivo – que constitui instância juridicamente inadequada – o exercício do poder de regulação estatal incidente sobre determinadas categorias temáticas – (a) a outorga de isenção fiscal, (b) a redução da base de cálculo tributária, (c) a concessão de crédito presumido e (d) a prorrogação dos prazos de recolhimento dos tributos –, as quais se acham necessariamente submetidas, em razão de sua própria natureza, ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei em sentido formal.

Em seu voto de Relator, o Ministro Celso de Mello, filiou-se à corrente doutrinária que rechaça a possibilidade de o legislador delegar ao Executivo poderes para editar norma instituidora de direito ou obrigação novos, ressaltando, ainda, que *a elaboração de lei delegada não pode ser arbitrariamente substituída, mesmo que com a vontade aquiescente do legislador, pela figura do regulamento delegado ou autorizado*. Sob essa perspectiva, a via correta para conferir ao Poder Executivo a prerrogativa de inovar a ordem jurídica seria a da lei delegada (art. 68 da Constituição), não a do regulamento delegado.

Paradoxalmente, no julgamento do RE nº 154.273 (DJ de 14.06.1996), a Corte assentou que, *não se compreendendo no campo reservado à lei, pelo Texto Fundamental, a definição do vencimento e do modo pelo qual se procederá à atualização monetária das obrigações tributárias, também não se pode ter por configurada delegação de poderes no cometimento desse encargo, pelo legislador ordinário, ao Poder regulamentar*. Dessa maneira, concluiu que nem todos os elementos da obrigação tributária se submetem à reserva legal. À conclusão idêntica chegou no julgamento do RE nº 140.669 (DJ de

14.05.2001), no qual se discutia a constitucionalidade de lei que autorizava o Ministro da Fazenda a fixar prazo para o recolhimento do imposto sobre produtos industrializados.

A validade da *delegation with standards* no Brasil foi expressamente afirmada no julgamento do RE nº 343.446 (DJ de 04.04.2003), no qual se examinou a possibilidade de lei remeter a regulamento a fixação de conceitos dos quais dependia o enquadramento de atividades desempenhadas por empresas nas diversas alíquotas da contribuição denominada seguro de acidente de trabalho. Na ocasião, entendeu-se que a lei definia, *satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida*, não implicando ofensa aos princípios da legalidade genérica e da legalidade tributária (art. 5º, II, e 150, I, da Constituição), *o fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de “atividade preponderante” e “grau de risco leve, médio e grave”*, estes últimos definidores da alíquota a incidir.

Caso recente no qual se reconheceu validade à delegação legislativa foi o decidido monocraticamente pelo Ministro Luiz Fux, na Ação Originária nº 1.823 (DJ de 17.10.2013), na qual se impugnava resolução do CNJ que determinara a divulgação de dados remuneratórios de servidores públicos em sítio eletrônico da Administração. Os autores sustentavam que a LAI não previu, em nenhum de seus dispositivos, a divulgação de tais informações, sendo vedado ao ato regulamentar inovar nesse ponto, com prejuízo aos direitos à intimidade e privacidade dos servidores. Na decisão, o Ministro desenvolveu raciocínio alinhado à tese da validade da *delegation with standards*, muito embora não tenha feito referência a ela. Concluiu que o CNJ não teria extrapolado o poder regulamentar, mas apenas disciplinado a forma de divulgação de informação que interessa à coletividade. E, para demonstrar o acerto da tese, trouxe à colação o art. 3º da LAI, segundo o qual os procedimentos de divulgação de informações devem seguir, entre outras diretrizes, as de observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, e de divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitação.

Em que pese o já citado precedente no MS nº 17.145, a jurisprudência atual do STF a respeito da fixação da remuneração de servidores públicos é no sentido de sua sujeição à reserva absoluta de lei, alicerçada no preceito do art. 37, X, da Constituição (ADIMC nº 2.105, DJ de 28.04.2000; ADIMC nº 2.075, DJ de 27.06.2003; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 478.483, DJ de 01.04.2005).

A aplicação do princípio da reserva de lei em tais matérias administrativas é reconhecida de longa data pelo STF. Ainda na década de 1950, no julgamento do Recurso no MS nº 3.569 (DJ de 16.11.1956), a Corte considerou inconstitucional delegação legislativa em branco conferida ao Poder Executivo para, mediante decreto, criar cargos públicos e fixar-lhes as atribuições e vencimentos.

O Excelso Pretório reafirmou esse entendimento no julgamento da ADI nº 3.232 (DJ de 03.10.2008), ao declarar a inconstitucionalidade de lei estadual que autorizava

genericamente o Poder Executivo a, por meio de decreto, criar cargos públicos e estabelecer suas competências, denominações e remunerações. Nova lei foi editada no mesmo Estado, a qual criou cargos em comissão no mesmo número daqueles criados anteriormente por decreto. Com isso, tentou-se dar sobrevida à situação que ensejou o ajuizamento da ADI nº 3.232. A nova lei foi objeto da ADI nº 4.125, tendo o STF declarado a inconstitucionalidade, entre outros dispositivos seus, daquele que delegava poderes ao Chefe do Executivo para, mediante decreto, dispor sobre atribuições, denominações e especificações dos cargos criados (DJ de 15.02.2011). Com isso, reafirmou que também essas matérias se sujeitam à reserva de lei, não sendo suficiente, para fins de observância da Constituição, que a lei estabeleça o quantitativo e a remuneração dos cargos públicos.

Noutro aresto, o STF declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que se limitava a instituir gratificação para uma categoria de servidores, deixando a cargo de regulamento a definição de aspectos essenciais daquela espécie remuneratória. Consoante restou consignado na ementa do acórdão que julgou o RE nº 264.289 (DJ de 14.12.2001), não é dado à lei *cingir-se à instituição e denominação de uma vantagem e delegar ao Poder Executivo – livre de quaisquer parâmetros legais – a definição de todos os demais aspectos de sua disciplina, incluídos aspectos essenciais à sua quantificação.*

À luz de tudo quanto foi dito, a cláusula aberta do art. 33 da LPA, se interpretada como uma autorização para que o Poder Executivo crie novas formas de participação social no controle da execução, no monitoramento e avaliação de serviços públicos, dificilmente poderia ser considerada uma delegação admissível pela Constituição. Ela se assemelharia à feita pelas leis impugnadas na ADI nº 4.125 e no RE nº 264.289, antes citados. As únicas diretrizes fixadas para a autoridade regulamentadora são as de que: (i) os novos meios de participação de administrados sejam utilizados em processos que tratem de *matéria relevante*; e (ii) a participação seja direta ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas (a segunda diretriz, a rigor, sequer condiciona a regulamentação, pois, segundo o critério classificatório adotado, que outra forma de participação poderia existir além da direta e da indireta?). Por outro lado, para outros âmbitos de participação social, em relação aos quais não tenha sido estabelecida reserva legal, a norma autorizadora do art. 33 da LPA se prestaria apenas a condicionar às citadas diretrizes medidas que o Poder Executivo já poderia adotar independentemente de lei.

A imprestabilidade do art. 33 da LPA como norma regulamentadora do art. 37, § 3º, da Constituição tem por consequência um juízo de invalidade dos dispositivos do Decreto nº 8.243, de 2014, que regulam as formas de participação popular na Administração Pública? Não, pelas razões que apresentaremos a seguir. Antes, convém reiterar que a discussão em torno da validade do Decreto por disciplinar tema sob reserva legal só se coloca em relação a matérias que a Constituição expressamente

atribui à disciplina legislativa. No caso do art. 37, § 3º, da Carta, a participação popular no controle da execução, no monitoramento e na avaliação da prestação de serviços públicos. Outras referências à lei, como *locus* original para a disciplina da participação popular, podem ser encontradas em dispositivos constitucionais que tratam de políticas setoriais, como o art. 194, parágrafo único, VII (seguridade social), e o art. 206, VI (educação). Para as áreas em que não há reserva legal, o Decreto, ao dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública, não criando obrigações ou restringindo liberdades dos administrados, encontra fundamento no art. 84, VI, *a*, da Constituição.

D) A LEGISLAÇÃO EXISTENTE SOBRE PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Diversas leis disciplinam a participação popular na Administração Pública no Brasil. Os dispositivos do Decreto nº 8.243, de 2014, que regulam instrumentos de participação já previstos em lei não podem ser vistos como uma manifestação *praeter legem* do poder regulamentar.

Admitindo-se que o art. 84, VI, *a*, não tenha criado uma reserva de administração, mas apenas permitido ao Presidente da República editar decretos sobre organização e funcionamento da Administração, sem prejuízo da regulação da mesma matéria por lei, a edição de decreto sobre a participação popular na Administração Pública pode também ser tratada como o desenvolvimento dos comandos legais sobre o assunto. E, nas hipóteses em que há reserva legal, como a do art. 37, § 3º, da Constituição, tendo em vista as leis existentes sobre participação popular (a seguir mencionadas), o fundamento jurídico para a edição do Decreto seria o art. 84, IV, da Carta Política, que confere ao Presidente da República competência para a edição de regulamentos destinados à fiel execução da lei.

Aliás, o preâmbulo do Decreto enuncia um duplo fundamento para o ato, ao remeter ao art. 84, IV e VI, *a*, da Constituição como regras de competência invocadas para sua edição. Igualmente se refere ao art. 3º, *caput*, I, da Lei nº 10.683, de 2003, que confere à Secretaria-Geral da Presidência da República competência para assistir o Presidente da República no relacionamento e articulação com as entidades da sociedade civil e na criação e implementação de instrumentos de consulta e participação popular de interesse do Poder Executivo. A Secretaria-Geral detém, portanto, competência definida em lei, que se coaduna com os desdobramentos operados pelo Decreto, ao lhe atribuir o papel de coordenadora do SNPS.

Dito isso, vejamos o que a legislação estabelece a respeito dos instrumentos de participação popular.

A LPA regulou expressamente duas formas de participação – a consulta pública e a audiência pública – procedimentos igualmente contemplados em diversas outras leis. Podemos citar, entre outras previsões de audiências públicas, as seguintes: para

licitações de grande vulto (art. 39 da Lei nº 8.666, de 1993), nos âmbitos da Aneel (art. 4º, § 3º, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996) da ANP (art. 19 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997), da ANAC (art. 27 da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005), nos processos do ciclo orçamentário (art. 48, parágrafo único, I, da Lei Complementar nº 101, de 2000), nas concessões florestais (art. 8º da Lei nº 11.284, de 2 de março de 2006), na discussão dos planos de saúde dos entes federados (art. 31, parágrafo único, da Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012).

Já as consultas públicas são utilizadas: no âmbito da Anatel (o art. 42 da Lei nº 9.472, de 1997), na criação de unidades de conservação ambiental (art. 22 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000), nas parcerias público-privadas (art. 10, VI, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004), no âmbito do Plano Nacional de Cultura (anexo da Lei nº 12.343, de 2 de dezembro de 2010).

Há também leis que autorizam o uso dos dois institutos: na gestão das cidades (arts. 2º, XIII, 40, § 4º, I, 43, II, e 44 da Lei nº 10.257, de 2001), no âmbito da ANTT e da ANTAQ (arts. 34-A e 68 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001), na política de saneamento básico (arts. 11, IV, 19, § 5º, e 51 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007), na instituição de datas comemorativas (Lei nº 12.345, de 9 de dezembro de 2010), e para o acesso a informações públicas (art. 9º, II, da Lei nº 12.527, de 2011).

Algumas conferências nacionais encontram previsão em ato normativo primário, a saber: Conferência Nacional de Educação (art. 90 da Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937), Conferência Nacional da Saúde (Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990), Conferência Nacional de Assistência Social (art. 18, VI, da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993), Conferência Nacional das Cidades (art. 43, III, da Lei nº 10.257, de 2001), Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (o art. 11 da Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006), Conferência Nacional sobre Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária (art. 8º da Lei nº 12.188, de 11 de janeiro de 2010), e Conferência Nacional de Cultura (o art. 14 da Lei nº 12.343, de 2 de dezembro de 2010).

Como indicado anteriormente, muitos conselhos de políticas públicas, no âmbito federal, foram instituídos por lei. Além dos já mencionados Conselhos Nacionais de Educação, de Meio Ambiente, dos Direitos da Criança e do Adolescente, do Esporte, de Desenvolvimento Econômico e Social, da Juventude, diversos outros podem ser citados: Conselho Nacional de Previdência Social (art. 3º da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991), Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia (Lei nº 9.257, de 9 de janeiro de 1996), Conselho Nacional de Recursos Hídricos (arts. 34 a 36 da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997), e Conselho das Cidades (arts. 10 a 14 da Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, c/c o art. 33, VIII, da Lei nº 10.683, de 2003).

Da mesma forma, as ouvidorias públicas estão previstas em diversos diplomas legais, integrando a estrutura: da Sudene, da Sudam e da Sudeco (art. 18-A da Lei

nº 7.827, de 27 de setembro de 1989), da Aneel (art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.427, de 1996), da Anatel (art. 45 da Lei nº 9.472, de 1997), da ANTT e da Antaq (art. 63 da Lei nº 10.233, de 2001) da Controladoria-Geral da União (arts. 17, § 1º, da Lei nº 10.683, de 2003), da Anac (art. 18 da Lei nº 11.182, de 2005), da EBC (art. 20 da 11.652, de 7 de abril de 2008), entre outros órgãos e entidades.

Quanto aos ambientes virtuais de participação social, que se valem de recursos da tecnologia da informação e comunicação, entres eles a Internet, para permitir o diálogo entre a administração e a sociedade civil, a Lei nº 12.527, de 2011, ao impor aos entes públicos a criação de sítios eletrônicos para veiculação de informações, determinou que tais sítios devem indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade. Esse dever de abrir canais de diálogo dos administrados com o Poder Público já encontra previsão legal. E mesmo que não houvesse lei sobre o assunto, seria inusitado, para dizer o mínimo, sustentar que a Administração dependesse de uma autorização legal para abrir canais virtuais de comunicação com os administrados. A prosperar uma tese como essa, haveria ilegalidade na própria criação de sítios eletrônicos oficiais, antes que a lei viesse a prevê-los, algo que ninguém, em seu perfeito juízo, defenderia.

Nas matérias em que a Constituição de 1988 instituiu reserva legal, ao estabelecer regras a serem observadas pela Administração Pública relativamente a tais formas de participação popular, é acertado dizer que o Decreto constitui exercício da competência prevista no art. 84, IV, da Constituição: o Decreto simplesmente regulamenta as leis existentes. As leis que criaram ouvidorias públicas, por exemplo, bem se enquadram na hipótese do art. 37, § 3º, da Carta Magna. Em relação a elas, o Decreto seria um típico regulamento executivo, dirigido a dar-lhes fiel cumprimento. O mesmo se poderia dizer quanto a outras reservas legais, como a do art. 194, parágrafo único, VII, da Constituição. As regras do Decreto a respeito dos conselhos constituiriam regulamentação dos dispositivos da Lei nº 8.213, de 1991, que tratam do Conselho Nacional de Previdência Social. A circunstância de ser um único ato a regulamentar conjunto numeroso de leis em nada prejudica esse raciocínio, pois não existe óbice constitucional a que a regulamentação de diversas leis seja feita por um só ato regulamentar.⁶⁰

Algumas formas de participação referidas no Decreto não encontram previsão legal. É o que ocorre com as comissões de políticas públicas, mesas de diálogo e fóruns interconselhos. Em relação a elas, naqueles âmbitos que não estão sujeitos a reserva legal, o Decreto encontra fundamento na competência do Presidente da República para

⁶⁰ Apenas para citar um exemplo de ato regulamentador de diversas leis, o Decreto nº 7.133, de 19 de março de 2010, estabeleceu critérios e procedimentos gerais a serem observados para a realização de avaliações de desempenho individual e institucional, bem como para o pagamento, a servidores do Poder Executivo, de gratificações de desempenho previstas nas diversas leis de criação de carreiras e planos de cargos cuja remuneração tem, como uma de suas parcelas, a gratificação de desempenho.

dispor sobre organização e funcionamento da Administração Pública. As mesas de diálogo, por exemplo, são definidas como mecanismos de debate e de negociação com a participação dos setores da sociedade civil e do governo diretamente envolvidos no intuito de prevenir, mediar e solucionar conflitos sociais. Nada há, nesse conceito, que vincule necessariamente tais mesas de diálogo à matéria de que trata o art. 37, § 3º, da Constituição ou outros de seus preceitos que estabelecem reservas legais.

As mesas de diálogo são mecanismos pontuais e *ad hoc* de interlocução com a sociedade. Reuniões de autoridades governamentais com representantes da sociedade civil sempre ocorreram e nunca se pretendeu que sua legitimidade dependesse de uma autorização legal. Esse diálogo é ínsito (ou, na prática, deveria sê-lo) à atividade administrativa, que não deve ser desenvolvida de forma apartada da realidade social. Condicionar a realização de tais eventos a uma lei autorizadora seria próximo de submeter ao Poder Legislativo a agenda de autoridades do Poder Executivo, o que se revela incompatível com o princípio da separação dos Poderes⁶¹.

Em síntese, o Decreto nº 8.243, de 2014, encontra fundamento genérico na competência do Presidente da República para dispor, por meio de decreto, sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública. Especificamente nas matérias sujeitas a reserva legal, ele constitui regulamento executivo, editado para pormenorizar os comandos contidos na copiosa legislação federal sobre o assunto.

VI. A COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL PARA SUSTAR ATOS DO PODER EXECUTIVO

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Decreto Legislativo nº 1.491, de 2014, que susta a aplicação do Decreto nº 8.243, de 2014, sob o argumento de ser este último inconstitucional, por corroer as entranhas do sistema representativo. Na justificação do projeto, é ainda assinalado, que as normas do Decreto se caracterizam pela *prevalência do direito à participação daqueles considerados pelo Governo como sociedade civil ou movimentos sociais*, de sorte que *o cidadão comum, não afeto a este ativismo social, fica relegado ao segundo plano dentro da organização política*. Ainda conforme a justificação, haveria, no Decreto, um propósito de transformar o Congresso Nacional *em um autêntico elefante branco, mediante a transferência do debate institucional para segmentos eventualmente cooptados pelo próprio Governo*.

A ideia básica externada pelos autores da proposição é de que o ato do Poder Executivo estaria a implodir o regime democrático, retirando a discussão e formulação de políticas públicas da arena parlamentar – constituída por representantes eleitos pelo

⁶¹ No Direito francês, é consensual a ideia de não haver impedimento a que as autoridades administrativas organizem reuniões sobre objetos determinados, com a participação de representantes da sociedade civil, constituam grupos de trabalho e se valham de outras formas equivalentes de coletar subsídios para a tomada de decisões administrativas, sem necessidade de qualquer autorização legislativa para tanto.

povo – e as colocando nas mãos de conselhos cujos integrantes seriam escolhidos pelo próprio Poder Executivo. Argumentos semelhantes são expendidos na justificação do Projeto de Decreto Legislativo nº 117, de 2014, em tramitação no Senado Federal, que também pretende sustar a aplicação do Decreto. A eles se somam os de que o PNPS *implementa instâncias de relacionamento institucional direto da população com o Poder Executivo federal, através da criação de conselhos* e outras instâncias participativas, e de que o Decreto estaria a criar *mecanismo de representação popular impróprio, por meio da eleição de representantes da sociedade civil para o exercício de mandato em conselhos de políticas públicas, ou, ainda, por indicação direta*, além de estabelecer *modalidade de democracia direta* no caso das mesas de diálogo e nos ambientes virtuais de participação social. Os temores expostos nas justificações dos projetos, contudo, parecem infundados.

Em primeiro lugar, o Decreto não produz ingerência no funcionamento do Congresso Nacional, nem lhe retira competências. Se o fizesse, seria aberrantemente inconstitucional, já que as competências dos Poderes do Estado são reguladas pela própria Constituição. Todos os instrumentos de participação mencionados têm lugar na estrutura do Poder Executivo federal. Há previsão legal para a maioria deles. Assim, foi o próprio Poder Legislativo que, mediante lei, instituiu conselhos, conferências e ouvidorias, previu audiências e consultas públicas.

A escolha de representantes da sociedade civil para compor conselhos, além de constituir determinação constitucional expressa em alguns casos (arts 10 e 194, parágrafo único, VII, da Carta Magna, e art. 79, parágrafo único, do ADCT), é prevista em diversas leis aprovadas pelo Congresso Nacional, como visto anteriormente, algumas das quais se referem à indicação de membros por entidades extraestatais. O mecanismo de representação popular ora considerado impróprio não foi criado pelo Decreto, mas por leis cujos dispositivos atinentes à matéria não foram, à época de sua discussão, considerados espúrios ou antidemocráticos pelo legislador. Assim, se o Chefe do Executivo edita Decreto para regular os procedimentos e o funcionamento de órgãos de participação popular, isso nada tem de excepcional, antes é feito com base nas competências previstas no art. 84, IV e VI, *a*, da Carta Maior. A menos que o Decreto se choque com as disposições das leis editadas sobre o assunto, não há que se cogitar de sua inconstitucionalidade.

Cabe aduzir que a criação de maiores espaços de participação popular não constitui uma tendência exclusiva do Poder Executivo. Também o Poder Legislativo, nos últimos anos, tem se aberto mais às contribuições dos cidadãos, superando a ideia de que o relacionamento do povo com os seus representantes se limita ao momento da escolha destes últimos, nas eleições, e ao contato individual do congressista com suas bases. Nessa linha de maior participação, podemos citar o aumento do número de audiências públicas com entidades da sociedade civil, a criação de comissões de legislação participativa, que recebem sugestões de proposições legislativas e podem

convertê-las em projetos, a abertura de canais de comunicação com o cidadão nos sítios eletrônicos das casas legislativas, a realização de enquetes e a criação de ouvidorias⁶².

Nem o Decreto nº 8.243, de 2014, nem os instrumentos de participação nele tratados suprimem competências do Parlamento. Os órgãos nele referidos funcionam no âmbito do Poder Executivo e, por isso mesmo, não dispõem de atribuições que já não sejam reportáveis a esse mesmo Poder estatal. As decisões tomadas por conselhos, comissões e conferências já poderiam ser adotadas na ausência de tais estruturas. O que se dá é uma reordenação de tais atribuições dentro da intimidade do Poder Executivo. Nenhuma deliberação de conselho a respeito da política pública de seu âmbito de atuação pode prevalecer sobre a lei, da mesma forma como os decretos, instruções, portarias e outros atos normativos do Poder Executivo não podem, a pretexto de dar fiel cumprimento à lei, contrariá-la.

O Decreto deixa claro, em seu art. 10, que as diretrizes fixadas para a constituição de novos conselhos ou reorganização dos já existentes deverão ser observadas pelos órgãos do Poder Executivo federal, **ressalvado o disposto em lei**. Adota, portanto, a tese da disciplina concorrente da organização administrativa por lei e decreto. De acordo com o Decreto, portanto, dispondo a lei de forma diversa, deve prevalecer a lei.

Os dispositivos que veiculam diretrizes para outras instâncias e mecanismos de participação social não repetem a ressalva. Sem embargo, sob o pressuposto de que a organização e o funcionamento da Administração não sejam matérias disciplináveis exclusivamente por decreto, o mesmo raciocínio desenvolvido *supra* poderá ser aplicado às comissões de políticas públicas, conferências nacionais, ouvidorias públicas, mesas de diálogo, fóruns interconselhos, audiências públicas, consultas públicas e ambientes virtuais de participação social. E, naqueles casos em que a Constituição estabeleceu reserva legal, como o da participação do usuário de serviços públicos (art. 37, § 3º), é evidente que o Decreto não terá aplicação se dispuser de forma contrária à lei. Ocorre que as regras do Decreto quanto aos instrumentos de participação são tão genéricas e calcadas naquilo que poderia ser caracterizado como o bom senso

⁶² As audiências públicas nas comissões do Poder Legislativo têm sede constitucional: o art. 58, § 2º, II, da Lei Maior. No Senado Federal, as audiências obedecem ao disposto nos arts. 93 a 95 do Regimento Interno, e devem possibilitar a oitiva de todas as partes interessadas na questão discutida. Já a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa é competente, nos termos do art. 102-E do Regimento, a opinar sobre sugestões legislativas apresentadas por associações e órgãos de classe, sindicatos e entidades organizadas da sociedade civil, devendo as sugestões que receberem parecer favorável transformar-se em proposições legislativas de autoria da comissão. A Ouvidoria do Senado Federal tem suas atribuições definidas no Ato da Mesa do Senado Federal nº 1, de 2011, cabendo-lhe: receber, examinar e dar o tratamento adequado às sugestões, críticas, elogios, reclamações e denúncias, encaminhadas pelo cidadão, sobre as atividades do Senado Federal, especialmente sobre o funcionamento dos serviços legislativos e administrativos da Casa; sugerir mudanças que permitam o efetivo controle social das atividades desenvolvidas no âmbito do Senado Federal, bem como o aperfeiçoamento da organização do Senado Federal; e informar ao interessado, sobre o encaminhamento de suas comunicações.

sobre a matéria, que dificilmente identificaremos colisão entre ele e alguma lei. Ou haverá lei que proíba a diversidade de sujeitos participantes nas conferências nacionais (art. 12, II, do Decreto)? Que determine sejam mantidos em segredo os resultados das audiências públicas (art. 16, IV, do Decreto)? Que proíba o uso da Internet nos processos de consulta pública (art. 17, III)? Que vede a participação, nas mesas de diálogo, das partes afetadas (art. 14, I)?

Tudo aquilo que constitui tema a ser necessariamente tratado em lei continuará se submetendo ao crivo do Congresso Nacional, como já ocorre, em que pese existirem inúmeros conselhos em funcionamento no governo federal. Se as deliberações de algum conselho extrapolarem os limites da competência normativa do Poder Executivo, poderão ser sustadas pelo Congresso Nacional ou declaradas inconstitucionais pelo STF. De resto, aquilo que pode ser disciplinado independentemente de lei continuaria a sê-lo em um cenário no qual não existissem conselhos.

O que, em alguma medida, limita o Congresso Nacional na disciplina legal de políticas públicas não tem a ver, em absoluto, com os instrumentos de participação social ora analisados, mas sim com a forma como o princípio da separação dos Poderes é concebido pela Constituição de 1988 e interpretado pelo STF. A jurisprudência a respeito do assunto é, sem dúvida, uma das mais copiosas e estáveis da Corte, no sentido de resguardar prerrogativas do Chefe do Poder Executivo.⁶³ Quis o constituinte estabelecer reserva de iniciativa em favor do Chefe do Executivo, para leis que disponham sobre atribuições de órgãos e entidades da Administração Pública (art. 61, § 1º, II, *e*, da Carta). E, como a implementação de políticas públicas depende, em regra, da atuação desses órgãos, a deliberação do Congresso Nacional sobre esses assuntos depende de uma ação inaugural do processo legislativo pelo Presidente da República.

Se aquilo que é objeto de deliberação pelos conselhos já poderia ser, na ausência deles, decidido de forma unipessoal, pelo Presidente da República ou um Ministro de Estado, resta claro que o envolvimento de uma pluralidade de atores no processo decisório tem um potencial democratizante. Também é certo que, a depender de como a escolha dos membros de tais conselhos e comissões ou dos participantes das conferências se dê na prática, o propósito declarado para a instituição desse mecanismo de participação social na Administração Pública pode se converter em um arremedo de democracia participativa, como veremos mais adiante.

Quanto à afirmação de que o cidadão comum, não afeito ao ativismo social, ficará alijado dos processos relacionados aos instrumentos de participação social, é importante ter em conta que, no art. 2º, I, do Decreto, o primeiro componente da sociedade civil identificado é justamente o cidadão. Não se pode dizer, portanto, que o

⁶³ Apenas para citar alguns julgados, vejam-se os seguintes: ADI nº 2.730 (DJ de 28.05.2010), ADI nº 3.178 (DJ de 02.03.2007), ADI nº 2.808 (DJ de 17.11.2006), ADIMC nº 2.405, DJ de 17.02.2006), ADIMC nº 2.302 (DJ de 08.08.2003), ADIMC nº 1.391 (DJ de 28.11.1997).

Decreto exclua o cidadão dos processos de participação social. O que se pode afirmar é que, pela sua própria natureza, alguns instrumentos de participação permitem a atuação direta do indivíduo (assim as consultas e audiências públicas, as ouvidorias, os ambientes virtuais de participação), ao passo que noutros se dá a representação de interesses (conselhos, comissões, conferências), cujo maior ou menor grau de legitimidade depende, entre outras coisas, de quão abertos os órgãos representativos estejam para os diferentes grupos sociais que demandam participação. De resto, o cidadão que não é afeito ao ativismo social e, por isso, perde oportunidades de influenciar as decisões do poder público, paga voluntariamente o preço das escolhas que faz, caso seu absentéismo seja, de fato, fruto de verdadeiras escolhas. Assim também acontece com o eleitor que se recusa a tomar parte no processo eleitoral.

O Congresso Nacional é competente, nos termos do art. 49, V, da Constituição Federal para, mediante decreto legislativo, sustar atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Nem todos os atos normativos do Poder Executivo são suscetíveis de sustação pelo Congresso Nacional. Para que o sejam, devem concorrer as seguintes condições: (i) tratar-se de ato editado no exercício do poder regulamentar ou de delegação legislativa; (ii) o ato regulamentar dispor *extra, contra, ultra* ou *praeter legem*, ou a lei delegada ultrapassar os limites fixados pelo Poder Legislativo em resolução, na forma do art. 68, § 2º, da Constituição.

Não se sujeitam, contudo, ao controle de que cuida o art. 49, V, os regulamentos autônomos editados, na ausência de lei, com base no art. 84, VI, *a*, da Constituição. Com efeito, tais atos não se dirigem a regulamentar uma dada lei, antes são editados no exercício de uma competência originária do Poder Executivo para inovar o ordenamento jurídico.

Havendo lei e tratando-se de regulamento executivo destinado a dar-lhe fiel execução, o exercício da competência congressual de sustação é possível, caso o decreto desborde dos limites para ele fixados. Sobre esse poder do Congresso Nacional, observa Anna Cândida da Cunha Ferraz⁶⁴:

Que o Legislativo, no caso do “excesso” do poder regulamentar, verifica a adequação da atividade do Executivo à Constituição, é constatação simples: quando o regulamento desborda da lei, cristaliza-se, por inteiro, um desvio de uma competência constitucional. Mais do que ferir ou ir além da lei, o Executivo atua competência de que não pode dispor. Em última análise, o desbordamento do poder regulamentar é um exercício inconstitucional de competência. [...]

Em outras palavras, exorbitar do poder regulamentar, termo registrado no inciso V do art. 49, é elaborar um regulamento que ultrapassa a competência constitucional atribuída ao Executivo e que se restringe à

⁶⁴ *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 207-8.

expedição de regulamentos “conforme a lei” e não *extra, contra, ou ultra legem*. A faculdade do Executivo para expedir regulamentos é constitucionalmente assegurada, mas é, também constitucionalmente limitada. Os limites “materiais” postos ao Executivo estão na lei cuja regulamentação lhe cabe propiciar; os limites de competência estão na Constituição, fonte do poder regulamentar.

Naquilo em que o Decreto nº 8.243, de 2014, pode ser havido como regulamento executivo, não vislumbramos onde ele teria disposto de forma incompatível com a lei. Muito ao contrário disso, o que o legislador pretendeu, no art. 33 da Lei nº 9.784, de 1999, foi autorizar a Administração Pública a criar novos instrumentos de participação social. Nesse ponto, não há afronta à vontade do legislador. Ao revés, há sintonia entre o Decreto e a lei. Se o legislador poderia fazer uma delegação nesses termos é outra discussão. E seria ilógico valer-se da competência congressual para sustar ato do Poder Executivo que outra coisa não fez do que cumprir a vontade do legislador manifestada no art. 33 da LPA. A contestação da validade da delegação legislativa deveria iniciar pela impugnação da própria lei. E, como o dispositivo da LPA é abrangente, não se limitando a processos que envolvam a participação do administrado como usuário de serviços públicos, eventual contestação da Lei sob o argumento de ela promover uma indevida delegação, resultaria, quando muito, em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Mas mesmo essa discussão perde sentido diante da circunstância de que outras leis disciplinam os instrumentos de participação regulados no Decreto. Isso torna insubsistente um juízo, alicerçado no argumento da delegação legislativa inconstitucional, no sentido de que seria inválido o ato do Poder Executivo nas matérias em que há reserva legal (é importante frisar isso, porque, noutras matérias, quando não envolver criação de obrigações para os indivíduos e se tratar da organização e do funcionamento da Administração, o Poder Executivo poderá editar decreto autônomo).

A competência do art. 49, V, da Constituição não é conferida para permitir a sustação de todo e qualquer ato do Poder Executivo e por toda e qualquer razão. Não é dado ao Congresso Nacional sustar decreto simplesmente por não concordar com o seu conteúdo. Ao editar regulamento com observância dos preceitos constitucionais, o Chefe do Poder Executivo age dentro de um âmbito próprio de competência, que não pode ser subtraído pelos outros poderes. Analogamente, o STF não pode invalidar uma lei do Congresso Nacional apenas porque discorde da opção política adotada pelo legislador. É necessária a demonstração de que a lei contraria a Constituição, da mesma forma como a sustação do decreto requer seja demonstrado que ele exorbitou do poder regulamentar.

Decreto legislativo que suste ato normativo do Poder Executivo fora das hipóteses admitidas pela Carta Magna pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Há, inclusive, julgado do STF no qual foi suspendida cautelarmente a eficácia de decreto legislativo de Assembleia Legislativa que sustava,

com invocação de dispositivo da Constituição estadual análogo ao art. 49, V, da Lei Maior, decreto do Governador de Estado (ADIMC nº 748, DJ de 06.11.1992).

No caso apreciado pelo Excelso Pretório, o decreto executivo havia determinado que as escolas estaduais adotassem três calendários escolares, neles distribuindo o corpo discente, para melhor aproveitamento dos recursos humanos e físicos do Estado. Fê-lo com base em disposição da lei do plano plurianual, que fazia referência expressa ao calendário rotativo com segmentação dos alunos em três grupos, sem entrar em detalhes de execução. Nas informações fornecidas ao STF nos autos da ADI ajuizada pelo Governador contra o decreto legislativo, a Assembleia Legislativa defendeu a legitimidade da sustação, afirmando que o decreto do Governador constituía norma genérica e abstrata editada sem amparo em lei. Na visão do Poder Legislativo, a previsão da lei do PPA não era suficiente para legitimar o decreto, sendo necessária previsão do calendário rotativo na lei do plano estadual de educação.

A maioria do STF manifestou-se pela suspensão cautelar do decreto legislativo, dividindo-se os Ministros quanto ao fundamento jurídico. Para alguns, o decreto do Governador se limitava a dar fiel execução à lei do PPA. De acordo com o Ministro Néri da Silveira, a matéria relativa à existência de “calendários rotativos” estaria prevista em lei como uma inovação no sistema estadual de educação, não sendo possível utilizar o decreto legislativo para sustar a execução de um *ato de governo que guarda conformidade com meta aprovada legislativamente*. Já segundo outros Ministros, a matéria regulada no Decreto sequer necessitava de base legal, inserindo-se no âmbito da ordenação interna dos serviços do Poder Executivo. Nessa linha, as considerações do Ministro Sydney Sanches, para quem o Governador não teria exorbitado do poder regulamentar, *até porque, ao baixar o Decreto, não estava regulamentando uma lei, mas praticando ato autônomo de regulamentação do serviço administrativo, no setor da educação*. Merece registro que a decisão do STF é anterior às mudanças operadas pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, nos arts. 61 e 84 da Constituição.

Noutro julgamento da validade de decreto legislativo sustador de ato normativo do Poder Executivo, o STF reafirmou seu entendimento de que: (i) os decretos legislativos dessa natureza se sujeitam ao controle abstrato de constitucionalidade; (ii) são eles inconstitucionais quando sustam decretos executivos que se limitam a regulamentar as leis (ADI nº 1.553, DJ de 17.09.2004). Na ocasião, discutiu-se a validade de decreto legislativo da Câmara Legislativa do Distrito Federal que sustava decreto do Governador dispondo sobre o teto remuneratório dos servidores distritais. A decisão da Corte foi pela inconstitucionalidade do ato do Poder Legislativo, na parte em que sustava dispositivos do decreto executivo meramente regulamentadores de lei. Sem embargo, foi considerada lícita a sustação de dispositivos que contrariavam os preceitos legais ou que tratavam, na ausência de lei, de matéria submetida à reserva legal.

Em suma, a menos que haja demonstração de que o Decreto nº 8.243, de 2014, dispõe de forma contrária às leis sobre participação social na Administração Pública ou ingressa originariamente em matéria sujeita à reserva legal, o exercício da competência do art. 49, V, da Constituição para sustá-lo se fará de forma indevida, podendo o decreto legislativo eventualmente aprovado ser declarado inconstitucional pelo STF, caso seja contra ele ajuizada ADI. De tudo quanto foi exposto anteriormente, concluímos não se configurar a hipótese autorizadora da sustação congressional.

VII. OS PROBLEMAS REAIS DE UMA POLÍTICA DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO BRASIL

Em face de tudo quanto foi exposto, não vislumbramos consistência nos argumentos jurídicos levantados contra o Decreto nº 8.243, de 2014. Isso não significa que sejam destituídas de valor todas as críticas a ele dirigidas. Nas discussões realizadas no Poder Legislativo e na mídia, o principal ponto de discórdia são os conselhos de políticas públicas. Uma das ideias errôneas muito difundidas e que deve ser desmistificada é a de que o Decreto criaria uma plethora de conselhos na Administração Pública. Como visto anteriormente, os conselhos e outras instâncias de participação social já existem, e o Decreto não cria novos conselhos.

A) A QUESTÃO DO APARELHAMENTO NOS CONSELHOS

Outro argumento comumente invocado contra o Decreto é o de que ele permitiria o aparelhamento da Administração Pública por quadros vinculados ou simpatizantes do partido governista, o que se revelaria ainda mais grave à luz do caráter deliberativo de alguns conselhos e do fato de os seus membros serem detentores de mandato, não podendo ser destituídos de suas funções no caso de ascensão ao poder de partidos de oposição. Assim, segundo essa lógica, a alocação de pessoas vinculadas a um determinado projeto político nesses postos, com possibilidade de neles permanecerem mesmo no caso de substituição, pela via eleitoral, da agremiação partidária detentora da chefia do Poder Executivo, daria ensejo a uma situação na qual a vontade popular manifestada nas urnas poderia ser sabotada por quadros remanescentes do governo anterior.

Convém notar que esse debate não é inédito. Já havia sido feito quando da criação das agências reguladoras, na década de 1990, com inversão de papéis entre os partidos políticos defensores e críticos da concessão, a determinadas autoridades do Poder Executivo, de mandatos se estendendo além do fim do mandato presidencial. No plano jurídico, a censura a esse sistema foi assim sintetizada por Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁵:

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 136.

Questão importante é a de saber se a garantia dos mandatos por todo o prazo previsto pode ou não estender-se além de um mesmo período governamental.

Parece-nos evidentiíssimo que não. Isto seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, é da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger novos governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente.

Fora possível a um dado governante outorgar mandatos a pessoas de sua confiança garantindo-os por um período que ultrapasse a duração de seu próprio mandato, estaria estendendo sua influência para além da época que lhe correspondia (o primeiro mandato de alguns dirigentes da ANATEL é de sete anos) e obstando a que o novo Presidente imprimisse, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa que foi sufragada nas urnas. Em última instância, seria uma fraude contra o próprio povo.

No caso das agências reguladoras, uma tentativa de atenuar essas críticas poderia se basear no fato de que as indicações dos integrantes do corpo dirigente dessas autarquias devem ser aprovadas pelo Senado Federal, o que lhes garantiria maior legitimidade. Isso não anula, contudo, o ponto central da crítica, já que a renovação dos mandatos políticos não se dá apenas no Poder Executivo, mas também no Legislativo, e a nova maioria formada no Senado Federal pode ser politicamente tão hostil às diretrizes do governo anterior quanto o novo Chefe do Poder Executivo. De resto, convém frisar que muitos conselhos já existiam na década de 1990, e a crítica hoje feita poderia ser igualmente formulada à época, já que o sistema de mandatos para conselheiros não era diverso do atual. Segundo o já mencionado estudo do IPEA, dos 31 conselhos nacionais centrais em suas políticas, a maioria daqueles com funções deliberativas foi criada nos anos 1990:

Período	Consultivo	Deliberativo
Até 1989	2	3
1990 a 1994	0	4
1995 a 1998	1	3
1999 a 2002	1	2
2003 a 2006	9	4
2007 a 2010	0	2

Fonte: IPEA

Em que pesem as colocações de parte da doutrina quanto aos mandatos dos dirigentes das agências reguladoras, o STF, ao examinar a questão, no julgamento da medida cautelar da ADI nº 1.949 (DJ de 25.11.2005), assentou ser incompatível com a demissão *ad nutum* pelo Poder Executivo a investidura a termo, *plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras*.

Os mandatos dos dirigentes das agências reguladoras costumam ser superiores aos dos membros de conselhos de políticas públicas. Ademais, ao contrário de muitos conselhos, que detêm funções meramente consultivas, todas as agências reguladoras possuem competências decisórias no seu âmbito de atuação. Evidentemente, a crítica à manutenção, em órgãos administrativos, de pessoas da confiança do governo anterior parece muito mais relevante em relação a cargos e funções com poderes decisórios. Quando se tratar de órgãos apenas consultivos, a decisão da autoridade administrativa não se vê juridicamente tolhida. Quando muito, pode-se cogitar de eventual desconforto, mas nunca de constrição jurídica. Por isso mesmo, cumpre investigar em que medida as manifestações dos conselhos podem ser consideradas vinculantes e a quem elas vinculam. Além disso, deve-se perquirir até que ponto a legislação que regula os conselhos permite o seu aparelhamento e como o Decreto nº 8.243, de 2014, trata dessa questão.

Sobre a natureza das decisões dos conselhos o Decreto em exame nada dispõe. E mesmo que o fizesse, teria alcance restrito, já que não poderia, no caso de conselhos criados por lei, modificar competências que esta lhes tivesse atribuído. No dispositivo mais proximo relacionado ao assunto – o art. 5º – o Decreto simplesmente estatui que *os órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta deverão, respeitadas as especificidades de cada caso, considerar as instâncias e os mecanismos de participação social, previstos neste Decreto, para a formulação, a execução, o monitoramento e a avaliação de seus programas e políticas públicas.*

A redação do dispositivo não é muito clara. A norma estabelece que os órgãos devem “considerar” as instâncias e mecanismos de participação social na formulação, execução, monitoramento e avaliação das políticas públicas. De acordo com o Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, entre os diversos significados do verbo considerar, figuram: refletir sobre algo, levar em conta, respeitar. E o objeto do verbo são as instâncias e mecanismos de participação, não diretamente as suas decisões. Levar em conta e respeitar um conselho não equivale necessariamente a submeter-se às suas deliberações. Da mesma forma, respeito não é sinônimo necessário de concordância ou sujeição.

Como já exposto, independentemente de previsão normativa, o Chefe do Poder Executivo, nos casos concretos, valendo-se de seu poder hierárquico, poderia fazer com que as decisões administrativas se conformassem às deliberações dos conselhos. Mesmo que o art. 5º do Decreto fixasse, de forma incontestável, uma obrigação dos órgãos públicos de seguir as orientações dos conselhos, nada impediria que, com a alteração de comando advinda das eleições, o novo Presidente da República revogasse essa norma, por meio de novo decreto. Dessarte, não vemos como se possa impugnar o Decreto nº 8.243, de 2014, nessas bases.

O eventual caráter vinculante das deliberações dos conselhos deve ser identificado nos seus atos de criação. Antes de fazer essa investigação, contudo, cabe registrar que, por integrarem os Conselhos a estrutura do Poder Executivo, seria descabido imaginar que eles detivessem competências que não são atribuídas constitucionalmente a esse Poder. Assim, não faz o menor sentido supor que os conselhos possam produzir decisões que prevaleçam sobre as leis aprovadas pelo Congresso Nacional. Na concepção das políticas públicas, não há como normas de caráter regulamentar se sobreponem às disposições legais. Se nem mesmo decisão do Presidente da República pode contrariar as diretrizes de políticas públicas fixadas em lei, a criação de um órgão com competências decisórias na estrutura do Poder Executivo em nada muda essa conclusão.

Em consequência, alegações de que os conselhos se destinariam a subtrair competências do Congresso Nacional e a esvaziar o sistema representativo têm força puramente retórica, não encontrando respaldo na realidade. Ainda que houvesse um propósito consistente nessa direção, qualquer incursão indevida dos conselhos nacionais em matérias reservadas à lei poderia ser coartada pelo STF e pelo próprio Congresso Nacional (arts. 102, I, *a*, e 49, V, da Constituição). Naquelas matérias em que o Congresso Nacional fixa *standards* e abre maior espaço para o exercício do poder normativo pela Administração Pública, uma censura *tout court* da atividade dos conselhos é imprópria, seja porque a decisão de alargar a atuação normativa do Poder Executivo parte do próprio Parlamento, seja porque essas funções normativas seriam, na ausência dos conselhos, exercidas por outra instância daquele Poder.

Se inexistir dúvida de que as decisões dos conselhos não podem se sobrepor ao legislador, é questão controversa na doutrina, por outro lado, a vinculação do Chefe do Poder Executivo àquelas deliberações. Lima Lopes observa que, *quando normativos, os conselhos em geral têm poderes de regulamentar a legislação propriamente dita, isto é, os atos do Congresso com caráter de lei, ou os atos do Executivo. Por isso, os conselhos submetem-se, dentro da hierarquia das leis, à mesma situação de qualquer órgão administrativo.*⁶⁶

Esse autor expõe as questões delicadas que envolvem a atribuição de efeitos normativos às deliberações dos conselhos de saúde, e mais precisamente o art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.142, de 1990, segundo o qual as decisões dos conselhos de saúde são homologadas pelo chefe do Poder legalmente constituído em cada esfera de governo. Vincular o Chefe do Poder Executivo às decisões do conselho importaria submeter uma autoridade escolhida pelo povo a conselho constituído por pessoas que escaparam ao controle do sufrágio universal, suscitando problemas de legitimidade democrática. Entretanto, pondera Lima Lopes, a constituição de conselhos tem como pressuposto

⁶⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Os conselhos de participação popular: validade jurídica de suas decisões. In: *Revista de Direito Sanitário*, vol. 1, n. 1, nov. 2000, p. 26.

justamente permitir outras formas de participação social que não reproduzam os vícios e deficiências do sistema político tradicional. Em vista disso, a exegese dada pelo jurista ao comando legal é a de que, não obstante o Chefe do Poder Executivo possa se recusar a homologar a decisão do conselho, não pode substituí-lo na formulação da proposta. A recusa de homologação deveria se dar por motivos fundados, como os de ilegalidade da deliberação ou incompatibilidade com outras políticas levadas a cabo pela Administração.

Observando que os conselhos integram a estrutura orgânica da Administração Pública e se subordinam às regras de hierarquia nelas vigentes, Marcos Augusto Perez sustenta que, *em regra, caberá recurso hierárquico das decisões tomadas pelos conselhos deliberativos, pois a desconcentração da competência decisória não elimina o sistema de controles hierárquicos inerentes à organização político-administrativa*. Daí que decisões ilegais por eles adotadas podem ser anuladas pelo Chefe do Poder Executivo ou seus auxiliares diretos, conforme o caso, sendo possível igualmente a *revogação, pela autoridade hierarquicamente superior, das decisões de caráter discricionário tomadas pelo conselho deliberativo, mediante juízo de conveniência, o que, certamente, dependerá de motivação, técnica, jurídica e política*.⁶⁷

Já na visão de Patrícia Massa-Arzabe, o preceito da Lei nº 8.142, de 1990, constitui verdadeira imposição ao Chefe do Poder Executivo, não lhe restando outra conduta senão a de homologar as decisões do conselho de saúde.⁶⁸

Em pelo menos uma oportunidade, o STF se manifestou contrariamente à atribuição de competências decisórias a um conselho com participação de pessoas estranhas aos quadros da Administração Pública. Isso se deu no julgamento da ADI nº 2.416 (DJ de 14.10.2013), no qual foi declarada inconstitucional lei distrital que criou, no âmbito da Secretaria de Estado de Assuntos Fundiários, o Conselho de Administração e Fiscalização de Áreas Públicas Rurais Regularizadas. O colegiado era composto por sete membros, sendo dois Secretários de Estado, um presidente de empresa pública, e os demais recrutados externamente à Administração Pública, representantes: de sindicato rural, de sindicato de trabalhadores rurais, de federação de produtores e da sociedade civil. O Conselho detinha competência para autorizar o arrendamento ou a concessão de lotes rurais em áreas públicas regularizadas, bem como a alienação, a legitimação de ocupação, o arrendamento ou a concessão de terras públicas rurais regularizadas, e para aprovar a tabela de preços de alienação das terras.

⁶⁷ PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 143.

⁶⁸ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Conselhos de Direitos e Formulação de Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direitos Humanos e Políticas Públicas*. São Paulo: Pólis, 2001, p. 37. Um apanhado da oscilante jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre a vinculação da Administração Pública às deliberações dos conselhos pode ser encontrada em artigo de Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira (Controle social pelos conselhos municipais e controvérsias jurisprudenciais. In: *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 108, pp. 35-47, 2007).

A Corte considerou inválida a lei, por transferir a um órgão majoritariamente composto por pessoas não integrantes dos quadros da Administração Pública, representantes dos *particulares com maior interesse no assunto, o juízo de conveniência e oportunidade da alienação de bens públicos, que é competência própria da Administração Pública.*

O caso examinado pelo STF apresenta algumas especificidades. O juízo de inconstitucionalidade não pode ser estendido automaticamente às hipóteses em que os conselhos sejam majoritariamente constituídos por agentes da própria administração e autoridades do Poder Executivo, como ocorre, por exemplo, com o Conama. Ademais, as decisões a cargo do Conselho não eram normativas, mas de efeitos concretos. De qualquer modo, o acórdão constitui uma sinalização na linha de que a última palavra sobre decisões administrativas deve caber ao Chefe do Poder Executivo. Em seu voto, o Ministro Carlos Britto, rejeitando a possibilidade de transferência de competências próprias do Poder Público a particulares, asseverou que a lei conferia ao Conselho, indevidamente, *poderes para ditar os rumos da política fundiária do Distrito Federal. Noutros termos, a lei impugnada negou aos agentes estatais o próprio juízo de conveniência e oportunidade da alienação dos bens públicos para entregá-lo, justamente, aos particulares com maior interesse no assunto.*

Mesmo se admitirmos que as decisões de conselhos deliberativos são vinculantes da Administração Pública e não podem ser modificadas pelo Chefe do Poder Executivo, ainda assim o problema relativo a eventual sabotagem da vontade popular manifestada nas urnas somente se colocaria em relação aos conselhos criados e regulados por lei. Com efeito, se o caráter deliberativo do conselho é definido por decreto, nada impede que o novo governante retire tais poderes do colegiado, transformando-o em órgão meramente consultivo (um exemplo de colegiado deliberativo criado por decreto é o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Conade).

Conquanto a questão ainda não tenha recebido uma resposta cabal do STF, no sentido de que as deliberações dos conselhos não se sobrepõem às decisões do Presidente da República, a quem incumbe, nos termos do art. 84, II, da Constituição, exercer a direção superior da Administração Federal, o precedente mencionado caminha nessa direção (no sistema francês, a primazia do poder regulamentar do Primeiro Ministro sobre a competência normativa de órgãos da Administração foi afirmada pelo Conselho Constitucional, na Decisão nº 2006-544, de 14 de dezembro de 2006).

O problema suscitado pelos críticos do Decreto nº 8.243, de 2014, quanto à sabotagem ao funcionamento de novo governo por pessoas remanescentes de administrações anteriores pressupõe um não desprezível grau de ingerência da autoridade pública na escolha dos membros representantes da sociedade civil nos conselhos deliberativos. Sobre o assunto, o Decreto, em seu art. 10, limita-se a

estabelecer que, ressalvado o disposto em lei: (i) a representação da sociedade civil seja, preferencialmente, paritária em relação aos representantes governamentais; (ii) a escolha dos representantes não governamentais se dê com base em critérios transparentes, por eleição ou indicação da própria sociedade civil; (iii) haja garantia de diversidade e rotatividade dos representantes da sociedade civil.

Os critérios são bem genéricos, o que pode dar ensejo a resultados bastante diversos na aplicação das regras. Nenhum deles, porém, atua no sentido de conferir total discricionariedade à autoridade pública na escolha dos conselheiros representantes da sociedade civil. Bem ao contrário disso, a referência à eleição ou indicação dos membros pela própria sociedade civil vai na direção oposta à discricionariedade do administrador. Isso fica ainda mais evidente quando o Decreto é confrontado com as disposições de atos normativos que regem alguns dos conselhos hoje existentes, como veremos a seguir.

O Conselho Nacional do Esporte (CNE) é expressamente previsto em lei. Ao dispor sobre a sua composição, o art. 12-A da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, se limita, contudo, a estabelecer o número de seus membros (22), a autoridade responsável pela indicação (Ministro dos Esportes), a duração do mandato (2 anos, admitida uma recondução), deixando o mais a cargo de regulamento. De seu turno, o Decreto nº 7.984, de 8 de abril de 2013, identifica como membros natos do Conselho o Ministro dos Esportes, o Secretário Executivo e os Secretários Nacionais do Ministério, e estabelece que, na escolha dos demais membros, sejam observados critérios de representatividade dos componentes do Sistema Brasileiro do Desporto e de capacidade de formulação de políticas públicas na área do esporte.

Algo parecido ocorre em relação ao Conade, criado pelo Decreto nº 3.076, de 1º de junho de 1999. Esse ato foi revogado pelo Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, o qual determinou, em seu art. 12, que o colegiado fosse constituído paritariamente por representantes de instituições governamentais e da sociedade civil, com composição e funcionamento definidos em ato do Ministro da Justiça, a quem caberia estabelecer critérios de escolha dos membros do Conselho que observassem a representatividade e efetiva atuação, em nível nacional, relativamente à defesa dos direitos da pessoa portadora de deficiência. Posteriormente, o Conselho foi transferido para a estrutura da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, passando o titular dessa Secretaria a desempenhar, em relação ao Conselho, as competências antes atribuídas ao Ministro da Justiça.

Nos dois casos citados, a autoridade nomeante desfruta de ampla margem de escolha na definição dos membros dos conselhos representantes da sociedade civil. As normas citadas abrem possibilidade para o aparelhamento. Nesse contexto, a censura ao Decreto nº 8.243, de 2014, é ainda mais destituída de sentido. Isso porque os efeitos normativos do Decreto são na linha de reduzir a discricionariedade deixada pelos atos

normativos que disciplinam a composição do CNE e do Conade. Ora, se os representantes não governamentais devem, nos termos do Decreto nº 8.243, de 2014, ser eleitos ou indicados pela sociedade civil, decretos anteriores ou portarias ministeriais que estabeleçam forma distinta de seleção devem ser considerados revogados.

Evidentemente, a indicação de membros dos conselhos por entidades que atuam na área da política pública envolvida não constitui garantia de que o processo seja isento de manipulação, mesmo porque as regras estabelecidas podem enviesar a escolha (aliás, nenhum mecanismo de recrutamento é totalmente protegido contra fraudes ou distorções). Em muitos casos, tem-se adotado um processo seletivo aberto, no qual as entidades de âmbito nacional atuantes no setor da política pública podem se habilitar como eleitoras e candidatas às vagas. É o que ocorre com o Conselho Nacional de Saúde (arts. 4º e 5º do Decreto nº 5.839, de 11 de julho de 2006), o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (art. 3º, § 2º, do Decreto nº 6.412, de 25 de março de 2008, e editais de seleção) e o Conanda (art. 4º do Decreto nº 5.089, de 20 de maio de 2004, e editais de seleção).⁶⁹ Quanto a este último, há inclusive previsão de acompanhamento do processo pelo Ministério Público.

Noutros casos, o ato normativo que regula o conselho já identifica as entidades com a prerrogativa de indicar representantes. Isso se dá principalmente em colegiados que atuam nos setores trabalhista e previdenciário, como o Conselho Nacional de Previdência Social (art. 295 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999), o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador e o Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (arts. 1º e 2º do Decreto nº 6.827, de 22 de abril de 2009). O ato disciplinador do primeiro conselho alude às “centrais sindicais e confederações nacionais”. Já o ato que regula os dois últimos conselhos identifica nominalmente cada uma das centrais sindicais e confederações nacionais às quais cabe indicar representante.

Chama a atenção o fato de que, tendo tido oportunidade de fixar em lei condições que reduzissem a discricionariedade do Poder Executivo na escolha dos representantes da sociedade civil nos conselhos, o Congresso Nacional deixou de fazê-lo. Exemplos disso são o CDES, o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, o Conselho Nacional de Aquicultura e Pesca (arts. 8º, § 1º, IV, 17, § 2º, 29, § 7º, da Lei nº 10.683, de 2003), e o Conjuve (art. 9º da Lei nº 11.129, de 30 de junho de 2005), para os quais sequer foram estabelecidos em lei os setores da sociedade civil a serem representados.

O Decreto nº 8.243, de 2014, poderia ter avançado mais na determinação do processo de escolha dos representantes da sociedade civil, veiculando regras mais

⁶⁹ Cf. Resolução CNS nº 457, de 9 de agosto de 2012 (DOU de 29.08.2012), Edital de Convocação nº 1/2014 – Secretaria de Políticas para as Mulheres (DOU de 12.03.2014), Aviso de Eleição Conanda (DOU de 24 de setembro de 2010).

detalhadas, em moldes semelhantes às já existentes para o CNS. De qualquer modo, e considerando que ele fixa exigências mínimas a serem atendidas na composição dos conselhos, que não excluem regras mais pormenorizadas estabelecidas nos respectivos atos de criação, o Decreto pode ser considerado positivo, por haver expressamente afastado a possibilidade de uma escolha discricionária, pela autoridade do Poder Executivo, das pessoas que têm assento nos conselhos como representantes da sociedade civil.

B) A SELEÇÃO DE CONSELHEIROS NÃO INDICADOS PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO

Ironicamente, é no ponto em que reduz a liberdade da autoridade administrativa na escolha dos conselheiros (o que dificultaria o aparelhamento dos colegiados) que a validade jurídica do Decreto pode gerar maior discussão, a julgar pela jurisprudência do STF sobre o assunto, muito embora, como veremos, o entendimento manifestado pela Corte não possa ser estendido automaticamente às disposições do Decreto relativas ao tema.

Em pelo menos três oportunidades, o STF caminhou na direção de considerar inconstitucionais atos normativos que, ao preverem a existência de conselhos, limitavam a margem de escolha, pelo Chefe do Poder Executivo, de seus membros. No exame da medida cautelar na ADI nº 143 (julgada em 06.05.1993, DJ de 30.03.2001), o Tribunal suspendeu a eficácia de dispositivo da Constituição cearense que previa o funcionamento, no âmbito da administração estadual, de conselho de educação, integrado por educadores, sendo um terço dos membros indicados pelo Governador e os outros dois terços pela Assembleia Legislativa. O Relator da ação, Ministro Carlos Velloso, atentou que, no sistema presidencial, *a nomeação para cargos subordinados ao Executivo deve ser atribuição do Chefe do Poder Executivo, sem qualquer dependência ao Poder Legislativo*, de tal sorte que, exceto quando houver previsão constitucional para tanto, *os atos de nomeação para cargos da Administração são da competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo*.

O Relator foi acompanhado pela maioria, mas com variações na fundamentação. O Ministro Paulo Brossard, por exemplo, arguiu que os conselhos *integram a administração, competindo normalmente ao Poder Executivo, embora não exclusivamente, a sua constituição*. E prosseguiu: *em tese, não descabe a participação do Poder Legislativo*. No caso específico, o que o levou a deferir a cautelar foi a preponderância do Poder Legislativo na escolha de membros de um conselho integrante da Administração Pública. Também assim se manifestaram dos Ministros Néri da Silveira e Octavio Gallotti. Já o Ministro Sepúlveda Pertence votou pelo indeferimento da cautelar, por entender que o princípio da gestão democrática do ensino público (art. 206, VI, da Constituição) daria abrigo à norma da Constituição estadual. Em sua visão, não se prestava como argumento contra as normas impugnadas o de que *também*

o Governador do Estado é um mandatário democraticamente escolhido, porquanto, caso isso bastasse, *o dispositivo do art. 206, VI, seria absolutamente inócuo*. Em virtude da extinção do processo sem julgamento de mérito, por ausência de interesse do autor em prosseguir com a ação, a decisão cautelar do STF tornou-se insubsistente.

Já na apreciação da medida cautelar da ADI nº 854 (julgada em 25.05.1994, DJ de 06.10.1995), o Excelso Pretório suspendeu a eficácia de dispositivos da Constituição gaúcha e de lei de iniciativa parlamentar que os regulamentou, tratando da composição do conselho estadual de educação. De acordo com esses atos normativos, o Conselho deveria compor-se de 18 membros, sendo 6 indicados pelo Governador e os outros 12 por entidades estaduais representativas da comunidade escolar, mais especificamente dos trabalhadores em educação, dos estudantes, dos pais de alunos, dos estabelecimentos da rede privada de ensino, dos dirigentes municipais de educação, dos estabelecimentos de ensino superior de formação de professores e de associações representativas das pessoas com deficiência. Na petição inicial, o Governador asseverou ter havido ofensa à reserva de iniciativa para leis que dispõem sobre a estrutura dos órgãos administrativos, bem como restrição indevida à competência do Chefe do Poder Executivo para prover cargos na Administração Pública.

Nesse julgamento, também funcionou como relator o Ministro Carlos Velloso, que se reportou aos argumentos expendidos na ADI nº 143, além de concordar com o autor da ação a respeito da iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para leis que disponham sobre organização administrativa e servidores públicos. Diferentemente do que se deu na decisão anterior, em que o princípio da separação de poderes teve papel decisivo, na ADI nº 854 a Corte parece ter considerado que a simples subtração da prerrogativa de escolha do Chefe do Executivo era razão suficiente para conduzir à inconstitucionalidade dos atos normativos, muito embora a ela tenha se agregado o argumento do vício de iniciativa. A preocupação com as restrições ao poder de nomeação do Governador foi claramente externada pelo Ministro Néri da Silveira, que asseverou em seu voto: *pela maioria inequívoca que teriam na sua composição os membros, cuja escolha não depende do Governador, o Conselho poderia até inviabilizar o funcionamento dessa área educacional, ou de um plano educacional, que o Governador e o Secretário pretendessem desenvolver, desde que se estabelecesse uma situação de conflito*.

A Suprema Corte voltou a enfrentar o tema no julgamento da medida cautelar na ADI nº 2.654 (DJ de 23.08.2002), na qual foi suspensa a eficácia de emenda à Constituição alagoana que modificou dispositivo sobre conselho estadual de educação, para incluir entre seus membros um indicado pela Assembleia Legislativa, além de disciplinar a forma de escolha de membros representantes das instituições e dos professores das redes pública e particular de ensino, dos pais dos educandos e dos órgãos de representação dos estudantes. Nos termos da emenda, esses membros deveriam ser escolhidos pelo Governador, dentre os indicados em lista tríplice pelos

órgãos e entidades de representação das respectivas classes. O autor da ação sustentou ter havido ofensa à reserva de iniciativa conferida ao Poder Executivo para a legislação que disponha sobre organização administrativa, reserva que não poderia ser contornada mediante a aprovação de emenda constitucional.

Por decisão unânime, o STF suspendeu a eficácia da emenda à Constituição alagoana, nos termos do voto do Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, que considerou plausíveis as teses de ofensa à regra da reserva de iniciativa, bem como, na parte em que acrescia à composição do conselho um membro escolhido pelo Poder Legislativo, de afronta à independência do Poder Executivo. Curiosamente, embora tenha sido suspensa a eficácia de toda a emenda por razões de inconstitucionalidade formal, o Tribunal não agregou, como fundamento para a suspensão do dispositivo que tratava das listas tríplices, o argumento de que ele limitaria o poder de escolha do Governador em relação a outros membros do conselho. Em 13.08.2014, deu-se o julgamento do mérito da ADI nº 2.654, havendo o Tribunal mantido o entendimento manifestado na apreciação da medida cautelar (DJ de 09.10.2014).

Da jurisprudência mencionada, pode-se extrair que, na visão do STF, são inconstitucionais normas que: (i) atribuam a indicação de membros de conselhos integrantes da estrutura da Administração Pública ao Poder Legislativo; (ii) versem sobre os referidos conselhos, quando originárias de proposições de iniciativa parlamentar. Quanto às normas que restrinjam a liberdade do Chefe do Executivo para escolher parte dos membros de um conselho, atribuindo a entidades da sociedade civil a escolha ou uma participação importante nesse processo, a posição do STF ainda não é clara. Na ADI nº 854, que se encontra pendente de julgamento de mérito, adotou uma postura refratária a limitações à prerrogativa do Chefe do Poder Executivo. Já na ADI nº 2.654, silenciou quanto a essa questão.

A prosperar a tese de que é indevida toda e qualquer restrição à discricionariedade do Chefe do Poder Executivo na escolha dos integrantes de conselhos, será difícil identificar em que poderia constituir a participação orgânica da sociedade civil na Administração Pública. De início, não parece haver óbice a normas que, observada a reserva de iniciativa (por tratar-se de órgãos da estrutura do Poder Executivo), atribuam assento a determinados segmentos sociais nos conselhos. Com isso, a margem de escolha do Chefe do Poder Executivo não é eliminada, apenas se estabelece um determinado requisito para o exercício da função. A lei pode condicionar o exercício de funções públicas ao preenchimento de requisitos nela fixados, a teor do art. 37, I, da Constituição.

Mesmo quando a lei atribuir a entidades externas à Administração Pública a indicação de membros dos conselhos, não nos parece que isso, por si só, constitua motivo para considerá-la inconstitucional. O temor de quem se opõe a esse sistema é o de fragilização da autoridade do Chefe do Poder Executivo reconhecida pelo art. 84, II,

da Carta Magna. Esse temor se revela infundado quando o conselho for composto majoritariamente por representantes da Administração Pública e quando suas decisões não sejam juridicamente vinculantes do Chefe do Poder Executivo.

Ademais, a participação de representantes de segmentos da sociedade em órgãos de deliberação coletiva não só é admitida pela Constituição, mas também é por ela exigida em alguns casos (arts. 10, 194, parágrafo único, VII, da Constituição e art. 79, parágrafo único, do ADCT). Seria menoscabar a vontade do constituinte supor, ao aludir à participação social nos conselhos, que devesse ficar à inteira discricção do Chefe do Poder Executivo a indicação dos representantes da sociedade civil. Uma representação de setores externos à Administração Pública, mas que se sujeitasse ao total alvedrio do hierarca maior dessa mesma Administração, poderia se converter num verdadeiro arremedo de representação externa. Os propósitos do constituinte seriam anulados em tal cenário. Por isso, as competências conferidas ao Presidente da República pelo art. 84 da Constituição devem ser compatibilizadas com os preceitos constitucionais que cuidam da participação social na Administração Pública.

A prevalecer o impedimento a que a seleção de representantes da sociedade civil nos conselhos seja feita por outros processos que não o da simples escolha pelo Chefe do Poder Executivo, parte considerável da legislação hoje existente a respeito do assunto deverá ser considerada inconstitucional, pondo fim a uma tradição de mais de duas décadas de existência. E, nos casos em que o processo de escolha é determinado por decreto ou outro ato normativo infralegal, sequer se poderá invocar, com sucesso, ofensa a prerrogativas do Chefe do Poder Executivo. Com efeito, se parte da própria Administração Pública uma regulação por meio da qual o Presidente da República chancela a escolha realizada por entidades extraestatais, designando para o exercício da função a pessoa escolhida nessas bases, que ofensa às competências constitucionais daquela autoridade poderia ser identificada nessa postura de autolimitação? A única diferença entre essa situação e outra na qual o Presidente nomeasse os membros após uma consulta informal aos segmentos interessados é que, na primeira hipótese, tudo se daria de forma institucionalizada e mais transparente. É por isso que a jurisprudência do STF sobre o assunto, toda ela referente à validade de leis e emendas constitucionais, não pode ser aplicada ao Decreto nº 8.243, de 2014. Limitar, por lei, prerrogativas do Chefe do Poder Executivo é algo bem distinto de uma autolimitação promovida por essa mesma autoridade e que pode ser, a qualquer tempo, revertida por outro decreto.

Mesmo superada a questão jurídica em torno da possibilidade de escolha de parte dos membros dos conselhos por entidades extraestatais, a legitimidade desse desenho institucional comporta discussão em outras bases. A representação da sociedade civil nos conselhos nunca pode ser equiparada à que se verifica na representação política tradicional, ainda quando adotadas formas mais abertas de seleção dos conselheiros. Isso porque não há eleições com participação universal para a escolha dos conselheiros, salvo raras exceções, como é o caso dos conselhos tutelares

(art. 139 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990). Ademais, a forma de escolha adotada em diversos conselhos nacionais não necessariamente se reproduz nos conselhos estaduais e municipais.

O modelo de recrutamento de membros dos conselhos fundado em eleições das quais participam associações que atuam na área de uma dada política pública sequer assegura que os selecionados sejam efetivamente representantes do público beneficiário dessa política. A participação em associações é livre, assim como a criação de partidos políticos. No entanto, no sistema representativo tradicional, mesmo àqueles cidadãos que não possuem vínculos partidários é dada oportunidade de participar na escolha de quem exercerá cargos com poderes decisórios. Já em um sistema de escolha de membros de conselhos feita por eleição da qual participem associações, quem não é associado automaticamente se vê fora do processo, e mesmo os integrantes das entidades com voto não necessariamente terão voz ativa, a depender do grau de democracia interna de cada associação.

Quando o corpo eleitoral é constituído por um conjunto de associações atuantes em determinada esfera da vida social, a representação se dá em um circuito fechado, que segue a “lógica dos mobilizados”, com repercussões inclusive sobre o processo de *accountability*, na medida em que a prestação de contas do conselheiro passa a ser orientada não ao público alvo da política pública, mas ao conjunto das associações eleitoras ou mesmo àquela que ele integra⁷⁰.

Di Pietro salienta que uma real representatividade social dos conselhos dependeria de que os seus integrantes fossem eleitos pela própria sociedade⁷¹. No entanto, a organização de eleições em nível nacional para a escolha de membros de dezenas de conselhos que atuam na esfera federal parece pouco viável. No nível local, a adoção do sufrágio popular talvez encontrasse menores dificuldades de implementação, além de permitir uma maior proximidade entre os escolhidos e a população. Não por acaso diversos países europeus e os Estados Unidos, em matéria de democratização da Administração Pública, dão ênfase ao desenvolvimento de mecanismos de incremento da participação popular no plano local.

Por outro lado, na visão de alguns autores, a representação ocorrente nos conselhos, até por não ter um caráter substitutivo da representação política tradicional, é e deve ser concebida sob outra perspectiva: a de possibilitar a defesa de interesses de determinados grupos sociais, independentemente da existência de mecanismos de autorização do representado ao representante, sendo a representação fundada em uma

⁷⁰ ALMEIDA, Carla Cecília Rodrigues. *Saldos e limites dos estudos sobre representação política nas inovações institucionais brasileiras*. 37º Encontro Anual da ANPOCS. Disponível em: http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8548&Itemid=429. Acessado em 13 de outubro de 2014.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Participação popular na Administração Pública. In: *Boletim de Direito Administrativo*, n. 9, set. 1993, p. 510.

relação de afinidade, de identificação do representante com a situação de vida e os anseios do grupo representado.⁷² As insuficiências dessa formulação no que diz respeito ao atendimento dos postulados democráticos, no entanto, é visível, como observa Miguel⁷³:

Não há como negar que estes intermediários – organizações da sociedade civil, organizações não governamentais – atuam como representantes, mas a questão é saber se essa forma de representação é democrática. Embora, muitas vezes, os *advocates* desempenhem papéis que contribuem para o bom funcionamento da democracia, incluindo temas e promovendo a defesa de interesses que, de outra maneira, estariam ausentes, uma série de fatores conduz à conclusão de que a resposta à questão é negativa. Nessa discussão, não é possível elidir o problema da legitimidade – e os problemas a ele associados, da autonomia dos representados e da formação das preferências políticas.

Antes de mais nada, cabe observar que autorização e *accountability* se impõem pela exigência de que existam mecanismos que permitam o controle dos representantes pelos representados. Na sua ausência, ficamos na dependência da “boa vontade” ou da “boa fé” dos representantes, com todos os problemas que isso coloca. Se há alguma coisa que a teoria política, ao longo de sua história, foi capaz de ensinar é que não devemos depender da boa vontade dos governantes. Precisamos de mecanismos institucionais que impeçam a usurpação do poder – daí a ideia de *checks and balances*, de mecanismos de controle, de desconcentração do poder.

É a partir dessa ordem de considerações que o autor conclui que a representação política tradicional, a despeito de suas deficiências (manipulação do processo eleitoral, baixa capacidade de supervisão dos representantes pelos eleitores), ainda se apresenta em uma melhor situação, quanto ao caráter democrático, que as formas de representação caracterizadas por “porta-vozes autoinstituídos”, que dispensam processos autorizativos e mecanismos de *accountability*.

Percebendo a dificuldade de assentar a legitimidade da participação de representantes da sociedade civil nos conselhos em uma ideia de representação semelhante àquela da representação política tradicional, Abers e Keck procuram justificar o fenômeno não no fato de as associações *representarem ou falarem em nome de outros*, mas no papel cumprido pelas instituições da sociedade civil de expressar a diversidade, inclusive em fóruns deliberativos estatais.⁷⁴

O *deficit* democrático de modelos de representação não baseados em um processo eleitoral abrangente é inegável, o que justifica o debate sobre alternativas de

⁷² Cf.: AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil, instituições participativas e representação: da autorização à legitimidade da ação. In: *DADOS*, Rio de Janeiro, vol. 50, n. 3, 2007, pp. 443-464.

⁷³ MIGUEL, Luís Felipe. Representação democrática: autonomia e interesse ou identidade e *advocacy*. In: *Lua Nova*. São Paulo, vol. 84, 2011, pp. 49-50.

⁷⁴ ABERS, Rebecca Neaera; KECK, Margaret E. Representando a diversidade: Estado, sociedade e “relações fecundas” nos conselhos gestores. In: *Caderno CRH*, Salvador, v. 21, n. 52, jan/abr 2008, p. 106.

aperfeiçoamento da forma de escolha dos representantes da sociedade civil nos conselhos de políticas públicas. De qualquer modo, com todas as limitações que apresentam, processos eleitorais envolvendo um conjunto de associações ainda se revelam potencialmente mais abertos à formação de conselhos plurais e representativos das diferentes visões existentes na sociedade do que um modelo no qual a escolha de todos os membros caiba à autoridade pública.

C) OUTRAS QUESTÕES

A eficácia dos mecanismos de participação social como instrumentos de democratização da Administração Pública é bastante variável e dependente de condições que vão desde o formato institucional adotado até os graus de mobilização de recursos pelo governo para torná-los operativos e de participação cívica e organização da sociedade civil.

Não é a pura e simples criação ou sistematização, por decreto, de uma política de participação social que necessariamente produzirá os resultados pretendidos de maior envolvimento popular na condução dos negócios públicos. Os eventuais bons propósitos de atos normativos que dispõem sobre o assunto se revelam, não raro, insuficientes para assegurar a efetiva participação social, quando de sua aplicação prática.

A experiência com os conselhos de políticas públicas já é antiga. Muitos estudos foram produzidos a respeito de seu papel e dos principais entraves ao seu adequado funcionamento. Além do já examinado problema da representação da sociedade civil nos conselhos, outra preocupação frequente tem a ver com a tentativa de domesticação, pelo poder público, dos segmentos sociais representados. A institucionalização da participação social e a sujeição de movimentos sociais às regras rígidas de funcionamento dos órgãos públicos podem prejudicar a sua atuação reivindicatória. Na década de 1980, essa questão alimentou muitas controvérsias em torno da participação de movimentos sociais em conselhos governamentais, vista com desconfiança e como estratégia de cooptação estatal.

A resistência inicial não logrou impedir a consolidação dos conselhos na década de 1990, naquilo que foi denominado por alguns estudiosos como uma “febre conselhistas”.⁷⁵ Levantamento do Ipea revelou a existência, em 2003, de 39.123 conselhos municipais vinculados a políticas sociais no Brasil⁷⁶.

Para a multiplicação do número de conselhos de políticas públicas muito contribuiu a União ao condicionar, por meio de lei, repasses intergovernamentais no

⁷⁵ CARVALHO, Maria do Carmo A. A. *A participação social no Brasil hoje*. São Paulo: Pólis, 2008.

⁷⁶ REZENDE, Fernando; TAFNER, Paulo [Eds.]. *Brasil: o estado de uma nação*. Brasil: IPEA, 2005, p. 128.

âmbito de algumas políticas à criação, pelo ente recebedor, de conselhos de políticas públicas. Foi assim em relação à saúde (art. 4º, II, da Lei nº 8.142, de 1990), à assistência social (art. 30, I, da Lei nº 8.742, de 1993) e aos direitos da criança e do adolescente (art. 261, parágrafo único, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

No início dos anos 2000, pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística revelava que 97,6% dos municípios brasileiros já contavam com conselhos de saúde, 93,1% com conselhos de assistência social, 77,5% com conselhos de direitos da criança e do adolescente, e 73,3% com conselhos de educação⁷⁷.

Em nível estadual, Almeida e Tatagiba aludem à existência de 541 conselhos. Segundo as autoras, um forte ritmo de criação de diversos conselhos nacionais na década de 2000 influenciou a instituição, também por Estados e Municípios, de conselhos análogos nas mesmas áreas de políticas públicas.⁷⁸

Em que pese a disseminação dos conselhos em todas as esferas federativas, a postura das autoridades em relação a eles pode, muitas vezes, comprometer totalmente a sua atuação, conferindo-lhes uma existência meramente formal. Como os colegiados dependem de recursos materiais, organizacionais e humanos fornecidos pela Administração, e como a própria designação dos conselheiros depende de ato da autoridade competente (mesmo quando a indicação caiba a outrem), eventuais resistências por parte desta podem inviabilizar os trabalhos do conselho. O controle de sua agenda, propiciado por regras que asseguram a representante do governo a presidência do órgão, também inibe a atuação dos representantes da sociedade civil. A própria utilidade do conselho passa a ser questionável quando suas deliberações não produzem consequências sobre as ações estatais ou quando servem apenas como estratégia legitimadora de tais ações, como no caso de a autoridade pública submeter ao colegiado as propostas somente após ter a segurança de que serão aprovadas na forma por ela desejada.

Um caso emblemático de muitas dessas distorções ocorreu com os conselhos de acompanhamento e controle social do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef, criado pela Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996. A lei determinava que fossem instituídos em todos os entes federados tais conselhos, para fiscalizar a aplicação dos recursos do fundo, bem como supervisionar o censo escolar. No âmbito municipal, deveriam ser compostos por no mínimo 4 membros, representando a secretaria de educação, os professores e diretores das escolas públicas do ensino fundamental, os pais de alunos e

⁷⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Perfil dos municípios brasileiros: gestão pública 2001*. Rio de Janeiro: IBGE, 2002.

⁷⁸ ALMEIDA, Carla; TATAGIBA, Luciana. Os conselhos gestores sob o crivo da política: balanços e perspectivas. In: *Serviço Social & Sociedade*, n. 109, São Paulo, jan/mar 2012, p. 70.

os servidores daquelas escolas. Onde houvesse conselho municipal de educação, membros deste também deveriam compor o conselho de acompanhamento do Fundef.

Em auditorias realizadas em 52 municípios e consolidadas no Processo TC nº 005.024/2002, o Tribunal de Contas da União (TCU) identificou diversas falhas na constituição e funcionamento dos conselhos do Fundef. Entre os problemas relacionados à atuação dos conselheiros, figuravam: o desconhecimento da legislação; dificuldades de compreensão da linguagem técnica; conduta meramente homologatória e exame superficial das prestações de contas governamentais; realização pouco frequente de reuniões e falta de comprometimento; tibieza na fiscalização, por temor de retaliação por parte dos dirigentes municipais. Da parte da Administração, os auditores identificaram os seguintes problemas, entre outros: ausência de previsão, no ato de constituição do conselho, de representação dos segmentos identificados na Lei federal; escolha dos representantes dos segmentos com assento no conselho sem participação dessas categorias; falta de transparência e fornecimento insuficiente de informações aos conselheiros; falta de apoio logístico para o funcionamento do conselho; forte vinculação dos conselheiros à Administração.

Em razão desses achados, na Decisão nº 995/2002 – Plenário (DOU de 16.08.2002), o TCU recomendou ao Ministério da Educação, com o fito de aprimorar o controle social do Fundef, a adoção de diversas ações, entre as quais: a oferta sistemática de treinamento aos conselheiros no início das gestões; a simplificação dos modelos de relatórios do fundo, para facilitar sua compreensão; o encaminhamento ao Congresso Nacional de sugestões de aprimoramento da legislação, contemplando a mudança da composição mínima dos conselhos, para incluir mais representantes da sociedade civil, a autorização para destinação de recursos visando a prover os conselhos de condições efetivas de funcionamento, a inclusão de mecanismos para garantir a independência dos conselheiros, tais como eleições para escolha dos membros e o estabelecimento de restrições à participação de representantes da Administração. Como a Lei nº 9.424, de 1996, silenciou a respeito, não havia óbice, por exemplo, a que a função de conselheiro fosse exercida por parente do prefeito ou do secretário de educação.

O Fundef foi substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), por força da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. Entre várias inovações positivas, a Lei vedou a participação, nos conselhos de acompanhamento e controle social municipais, estaduais e federal: do cônjuge e de parentes até o 3º grau dos Chefes do Poder Executivo e de seus Ministros e Secretários; de tesoureiro, contador ou funcionário de empresa de assessoria ou consultoria que prestem serviços relacionados à administração ou controle interno de recursos do fundo, bem como dos cônjuges e

parentes até o 3º grau desses profissionais; de estudantes não emancipados; de pais de alunos que exerçam cargos ou funções comissionadas no Poder Executivo gestor dos recursos ou que prestem serviços terceirizados para aquele Poder.

A Lei também aumentou a participação de representantes da sociedade na composição dos conselhos, vedou que a função de presidente do colegiado seja ocupada por representante do Poder Executivo gestor, estabeleceu garantias para os representantes de professores, diretores e servidores do ensino no curso de seus mandatos, previu a escolha dos representantes diretores, pais de alunos e estudantes por meio de processo eletivo, e dos representantes de professores e servidores da educação pelas entidades sindicais da respectiva categoria.

Alguns problemas, porém, persistem, como evidencia relatório da Controladoria-Geral da União de maio de 2013.⁷⁹ Embora apenas em 8 dos 124 municípios auditados tenha havido escolha de membros do Conselho do Fundeb em desacordo com a legislação, em 43 deles o Conselho não acompanhou a execução do fundo e em 62 o conselho não supervisionou a realização do censo escolar, duas funções básicas do colegiado. Além disso, em metade do universo pesquisado os conselheiros não haviam recebido capacitação para o exercício de suas funções.

O problema do *deficit* de conhecimentos especializados pelos representantes da sociedade, identificado nos conselhos do Fundef e do Fundeb, reproduz-se em outros colegiados, sobretudo naqueles chamados a deliberar sobre questões bastante técnicas. A assimetria de conhecimentos conduz em grande medida a uma assimetria de poder entre os conselheiros, servindo a linguagem técnica como fator de dominação e como disfarce que encobre as verdadeiras motivações políticas de decisões favorecedoras de determinados interesses.

Enquanto os representantes do governo e do setor produtivo encontram mais facilidade de acesso a subsídios para orientar sua atuação nos conselhos, inclusive com assessoria especializada, representantes de outros setores podem muitas vezes ficar ao desamparo, o que limita consideravelmente sua capacidade de influenciar os debates. Foi o que pesquisa empreendida por Fonseca, Bursztyn e Moura revelou no âmbito do Conama. Ainda segundo a pesquisa, embora 94% dos conselheiros entrevistados houvessem concluído o ensino superior (em muitos casos, porém, em cursos não relacionados à área de atuação do Conselho), 73% consideravam que os membros apresentam compreensão apenas parcial dos assuntos tratados no colegiado e outros 15% consideravam que os assuntos tratados não são facilmente

⁷⁹ Relatório de Avaliação da Execução de Programas de Governo nº 22: Complementação da União ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2013. Disponível em: http://sistemas.cgu.gov.br/relats/uploads/5489_%20Relatorio_Fundeb_25062013.pdf. Acessado em 13 de outubro de 2014.

compreendidos.⁸⁰ A solução apontada para o *deficit* de conhecimentos especializados é a capacitação técnica dos conselheiros. Ela encontra, porém, alguns obstáculos. Depende da boa vontade estatal (se os próprios setores da sociedade civil representantes sempre dispusessem de condições para fazê-lo, o problema não se colocaria). Além disso, a duração dos mandatos e a rotatividade dos conselheiros são fatores que dificultam a capacitação.

Um apanhado das dificuldades enfrentadas pelos conselhos de políticas públicas pode ser encontrado no trabalho de Tatagiba, que compila e interpreta os achados de diversos estudos de caso envolvendo conselhos nacionais, estaduais e municipais.⁸¹ Além dos já mencionados, a autora identifica: a instrumentalização da participação de representantes da sociedade civil, como forma de obter recursos para suas entidades de origem; a insuficiência da fórmula da paridade aritmética, dadas as assimetrias de poder dentro dos conselhos; regras de composição que excluem determinados grupos de interesse, reduzindo a heterogeneidade do conselho; a falta de representatividade dos próprios conselheiros estatais, em face do desinteresse do governo, que opta muitas vezes por boicotar e esvaziar os conselhos, ignorando, na condução das políticas públicas, as manifestações desses órgãos; a priorização, pelos membros, da discussão de questões afetas ao próprio funcionamento orgânico do conselho, em detrimento do debate substancial sobre políticas públicas.

A assimetria de informações e de conhecimento é um problema que se estende a outros mecanismos de participação social. Se ela se faz sentir nas formas indiretas, como a representação de segmentos sociais nos conselhos, com mais força ainda pode se manifestar nos instrumentos de participação direta, como as consultas e audiências públicas. Sobretudo quando são discutidos temas técnicos, como nas minutas de atos normativos das agências reguladoras, é ilusório esperar um engajamento massivo da população no processo, não apenas em razão do pouco interesse nessas questões, mas também pela própria ausência dos conhecimentos necessários para participar de forma consequente na discussão. O resultado é que o papel ativo acaba sendo desempenhado pelos setores mais interessados e que dispõem de mais recursos para debater e formular propostas: os agentes econômicos do setor regulado e as associações de defesa dos usuários mais bem estruturadas.

A participação popular efetiva em audiências públicas pode também ser muito prejudicada por fatores como: a divulgação deficiente do evento; a exiguidade do prazo entre o seu anúncio e a sua realização em face da complexidade do assunto a ser

⁸⁰ FONSECA, Igor Ferraz da; BURSZTYN, Marcel; MOURA, Adriana Maria Magalhães de. Conhecimentos técnicos, políticas públicas e participação: o caso do Conselho Nacional do Meio Ambiente. In: *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, vol. 20, n. 42, pp. 183-198, jun. 2012.

⁸¹ TATAGIBA, Luciana. Los Consejos Gestores y la democratización de las políticas públicas en Brasil. In: DAGNINO, Evelina. *Sociedad civil, esfera pública y democratización en América Latina: Brasil*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 305-368.

discutido; a infraestrutura insatisfatória fornecida pela Administração Pública; a capacitação insuficiente dos servidores do órgão público para mediar o debate, analisar as propostas; a ausência de responsividade do poder público às contribuições, o que reduz a percepção de legitimidade do processo pelos participantes⁸². O Decreto nº 8.243, de 2014, procura enfrentar algumas dessas questões, mas o faz de maneira tímida. No tocante à etapa prévia à audiência, determina a divulgação ampla e prévia do documento convocatório. A norma é bastante genérica: não especifica as formas de divulgação nem estabelece um prazo mínimo. Por um lado, poder-se-ia argumentar que não seria adequado ao Decreto entrar em minúcias, dado o seu amplo alcance, abarcando audiências públicas em diversos âmbitos e sobre questões com graus variados de complexidade. No entanto, a ser desse modo, a norma perde muito de sua utilidade. Independentemente da existência do Decreto, ninguém duvidaria que a validade de uma audiência pública poderia ser contestada se não houvesse divulgação prévia de sua realização. Outras previsões genéricas também poderiam ser criticadas, como a do “compromisso” de resposta às propostas recebidas.

Os problemas na participação social antes referidos não constituem exclusividade brasileira. Como comentado na análise do caso francês, a proliferação de órgãos consultivos na Administração Pública foi objeto de muitas críticas na última década, em razão do comprometimento de recursos em um sistema de participação que, além de retardar a ação administrativa (comprometendo decisões prementes), diluía responsabilidades e, em certos casos, poucos subsídios fornecia ao processo decisório. Aliás, já quando o processo de democratização da Administração Pública francesa dava seus primeiros passos, Jean Rivero⁸³ alertava para os riscos que a associação do administrado à tomada de decisões pode trazer, ao criar *bloqueios contrários ao interesse comum*, em especial pela atividade dos grupos de pressão. Essa ideia certamente influenciou a produção normativa francesa sobre o assunto, tendo-se evitado conferir às manifestações da maioria dos conselhos efeitos vinculantes para a Administração Pública.

No tocante ao retardamento dos processos decisórios, é certo que, em alguns casos, a adoção de instrumentos de participação social pode ser danosa ao interesse público, pois determinadas medidas administrativas reclamam implementação urgente. Por outro lado, argumentos de eficiência não podem ignorar por completo aspectos como a legitimidade e aceitação social das decisões, mesmo porque, na determinação da solução social ótima, é fundamental que o administrador tenha conhecimento não apenas dos recursos à sua disposição, mas também das expectativas dos administrados.

⁸² FONSECA, Igor Ferraz da *et alii*. Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo federal. In: *Revista do Serviço Público*, Brasília, vol. 64, n. 1, pp. 7-29, jan/mar 2013.

⁸³ RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 17.

Tratando especificamente da democracia participativa em matéria ambiental, mas formulando conclusões que poderiam ser aplicadas em outros âmbitos, Pissaloux⁸⁴ atenta, relativamente às *enquêtes, consultations* e *débats publics*, para questões como o fornecimento de informações insuficientes pelo governo aos participantes dos processos, condições desiguais de participação, o desrespeito ao pluralismo e à autonomia dos atores e a desconsideração das conclusões dos participantes quando da decisão administrativa, o que pode pôr em xeque a própria utilidade dos processos participativos, transformando-os em peças simbólicas. Identifica também o problema da pequena mobilização espontânea dos atores, para a qual contribui a ausência de conhecimentos técnicos necessários para participar mais ativamente das discussões, somada à descrença quanto aos resultados do processo.

Pissaloux destaca também um defeito frequentemente constatado no processo participativo e já mencionado *supra*: a apropriação do debate público por uma minoria formada por grupos de interesse e *experts*. Por serem mais bem organizados, dotados de recursos e conhecimentos, os *lobbies* empresariais e as grandes associações e organizações dispõem de melhores condições de ver seus pontos de vista prevalecerem no debate, os quais não raro se distinguem daqueles do cidadão comum e desprovido de capacidade de mobilização, muitas vezes o principal afetado pelas políticas objeto de discussão.

Como se vê, essa possibilidade de dominação do processo por grupos mais organizados e poderosos não se verifica apenas nos instrumentos de participação indireta ou orgânica. Trata-se de um risco presente nos mais diversos mecanismos de participação. Tendo em mira, de um lado, as vantagens comparativas dos grupos poderosos e, de outro, os obstáculos colocados à participação do cidadão comum (entre os quais a dificuldade de compreensão de determinados temas submetidos à discussão e os custos nos quais tem de incorrer para tomar parte no processo), Patrícia Baptista alerta para o fato de que, muitas vezes, *sob a aparência de legitimidade conferida pela participação poderá se esconder, na realidade, um verdadeiro sequestro da Administração Pública por interesses setoriais, em detrimento das demais categorias de interesses existentes na sociedade, inclusive do próprio interesse público.*⁸⁵

Para contrabalançar a influência desproporcional dos grupos de interesse, a autora preconiza um papel mais atuante da Administração Pública nos processos participativos, de forma a dar voz aos indivíduos e grupos sociais com menor capacidade de mobilização, o que se revela incompatível com uma postura de mediador neutro. É também o que sustentam Abers e Keck, ao afirmarem que a defesa

⁸⁴ PISSALOUX, Jean-Luc. La démocratie participative dans le domaine environnemental. In : *Revue Française d'Administration Publique*, n. 137-8, 2011, pp. 131-3.

⁸⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Op. cit.*, p. 164.

dos interesses dos indivíduos não organizados coletivamente deve caber ao próprio Estado, que conta com representantes nos conselhos⁸⁶.

Em síntese, o reconhecimento da constitucionalidade do Decreto nº 8.243, de 2014, e de mecanismos de incremento da participação social na Administração Pública não pode escamotear problemas comumente verificados na implementação prática de instrumentos de democracia administrativa, sem o enfrentamento dos quais a retórica da participação se converte em estratégia legitimadora de ações totalmente divorciadas do ideal democrático que serve de fundamento às formas de colaboração dos cidadãos no processo decisório administrativo.

CONCLUSÃO

A participação social na Administração Pública é um fenômeno que pode ser compreendido a partir das mudanças operadas, durante o séc. XX, nas relações entre os Poderes Legislativo e Executivo e da crescente assunção, pela Administração Pública, de funções normativas, regulatórias e de provimento de necessidades sociais. Também se insere em um processo de democratização mais amplo, que abrange não apenas o relacionamento entre os cidadãos e o Estado, em todas as suas formas de manifestação, mas também outros âmbitos existenciais.

Tem se intensificado, nas últimas décadas, o uso de instrumentos de participação social, como as enquetes, audiências, consultas e debates públicos, os conselhos e conferências de políticas públicas com participação de representantes da sociedade civil, as ouvidorias, os orçamentos participativos, os plebiscitos e referendos em matéria administrativa, os júris de cidadãos e pesquisas deliberativas. As experiências são variadas e incluem praticamente todos os países com reconhecida tradição democrática.

No Brasil, essa mesma tendência se fortaleceu a partir da redemocratização e da promulgação da Carta Constitucional de 1988, cujo texto, nas partes em que alude expressamente a uma maior participação do povo nos assuntos estatais, também constituiu resposta à demanda de setores sociais que reclamavam maior espaço na formulação, condução e fiscalização de políticas públicas.

A revelar essa decisão fundamental do constituinte de abrir canais para que o cidadão interaja com o poder público e influencie a formação da vontade estatal, não apenas no momento da escolha de seus representantes nos Poderes Legislativo e Executivo, estão diversos dispositivos constitucionais que tratam, por exemplo, da participação dos trabalhadores e empregadores em órgãos públicos colegiados, da cooperação das associações no planejamento municipal, do caráter democrático e da

⁸⁶ ABERS, Rebecca Neaera; KECK, Margaret E. Representando a diversidade: Estado, sociedade e “relações fecundas” nos conselhos gestores. In: *Caderno CRH*, Salvador, v. 21, n. 52, jan/abr 2008, p. 107.

gestão quadripartite da seguridade social, da participação da comunidade no Sistema Único de Saúde, inclusive com acompanhamento e fiscalização por conselhos de saúde, da participação da população na formulação das políticas e controle das ações governamentais de assistência social, da gestão democrática do ensino público, da participação e controle social dos processos decisórios no âmbito da política nacional de cultura, inclusive com a criação de conselhos e a realização de conferências. É de tais referências e da própria ideia de Estado Democrático de Direito que a doutrina extrai um princípio constitucional da participação na Administração Pública, ou mesmo um direito fundamental a ela.

São numerosos os instrumentos de participação social hoje existentes no Brasil. No âmbito federal, sua disciplina se dá por dezenas de leis e decretos, pouco esforço havendo para sistematizar as regras e procedimentos a eles afetos. Normas de regência de cada política pública específica ou órgão incumbido de implementá-la comumente se referem a tais instrumentos. Nesse contexto, o Decreto nº 8.243, de 2014, constitui uma tentativa de conferir maior uniformidade à atuação do Poder Executivo federal no que concerne à participação social na Administração Pública. Para tanto, o ato normativo estabelece algumas exigências mínimas a serem observadas em cada modalidade de participação. Esse caráter sistematizador do Decreto se torna ainda mais evidente ao constataremos que muitos instrumentos de participação são regulados por atos normativos infralegais e, mesmo quando há legislação sobre eles, ela se limita a comandos bastante genéricos e carentes de desdobramentos por decreto.

Uma das muitas críticas articuladas contra o Decreto é a de que ele criaria novos conselhos de políticas públicas, ao arrepio da lei. Como visto anteriormente, nenhum dos dispositivos do Decreto cria conselho. Os dois únicos órgãos por ele instituídos são o Comitê Governamental de Participação Social e a Mesa de Monitoramento das Demandas Sociais. Sem embargo, ainda que o Decreto criasse conselhos, nem por isso haveria razões constitucionais para impugná-lo por isso. A criação de órgãos, inclusive conselhos, por ato infralegal é comum e antiga no Brasil. Mesmo à luz do texto original da Constituição de 1988, que estabelecia caber à lei dispor sobre a criação, estruturação e atribuições de Ministérios e órgãos da Administração Pública, nunca houve maior controvérsia quanto à possibilidade de, por meio de decreto, serem instituídos órgãos dentro da estrutura de Ministérios. Se uma censura ao Decreto com base no sobredito argumento já se mostrava inconsistente em face da redação primeira da Carta de 1988, *a fortiori* o é após as alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, que ampliaram as competências presidenciais em matéria de organização e funcionamento da Administração Pública.

Melhor sorte não têm os argumentos de que o Decreto nº 8.243, de 2014, seria inconstitucional por criar, prescindindo de lei, uma nova política pública. A Constituição não estabelece reserva de lei para a criação de políticas públicas, as quais podem ser instituídas por decreto ou outro ato infralegal. O Programa Comunidade Solidária e o Programa de Aceleração do Crescimento são alguns exemplos de políticas públicas criadas

por decreto. Isso não significa excluir o Poder Legislativo do debate. Qualquer despesa no âmbito dos programas e ações governamentais deve receber autorização orçamentária.

Ademais, sempre que a execução de uma dada política pública implicar restrições à liberdade ou à propriedade dos indivíduos, tais restrições deverão constar de ato normativo primário, em obediência ao princípio da legalidade. As normas do Decreto que estabelecem obrigações, no entanto, fazem-no no interior da estrutura administrativa. São comandos dirigidos aos órgãos e agentes subordinados ao Presidente da República, editados com base nos poderes hierárquico e normativo que essa autoridade detém. Representam, portanto, a mais genuína expressão de sua competência para exercer a direção superior da Administração Pública e de dispor, mediante decreto, sobre sua organização e funcionamento.

As normas regulamentares autônomas que, ao disciplinarem a organização e o funcionamento da Administração, produzem reflexos positivos sobre a esfera de direitos dos administrados, não podem ser consideradas como violadoras do princípio da legalidade. Este se dirige precipuamente à proteção do indivíduo contra incursões estatais não fundadas em lei e limitadoras de suas liberdades ou de seu direito de propriedade. Normas regulamentares que aumentam as oportunidades de participação social, ainda que na ausência de lei, não constituem, por si só, violação àquele princípio. São exemplos disso os atos administrativos que ampliaram o acesso, pelos administrados, a informações sobre o funcionamento dos órgãos públicos, mesmo antes do advento da Lei de Acesso à Informação.

O teste de constitucionalidade do Decreto nº 8.243, de 2014, não deve, porém, resumir-se à aferição da observância do art. 5º, II, da Constituição. Isso porque, independentemente da questão relativa a restrições a direitos e liberdades, uma dada matéria pode, por expressa disposição constitucional, estar sujeita a reserva legal. É nesse contexto que a validade do Decreto deve ser examinada em face de preceitos que atribuem à lei a regulação de certas matérias, como o art. 37, § 3º, da Constituição, que atribui à lei a disciplina das formas de participação do usuário na Administração Pública.

No caso da participação do usuário de serviços públicos, como visto, tem-se uma reserva legal com alcance limitado: refere-se ao indivíduo enquanto beneficiário de prestações materiais que caracterizam os serviços públicos, em um contexto de execução desses mesmos serviços, e não o de formulação das políticas públicas correspondentes. Ainda assim, ao menos nesse particular, poder-se-ia cogitar da impugnação do Decreto, caso não houvesse lei sobre o assunto. Legislação, no entanto, existe. Com efeito, a Lei do Processo Administrativo federal, além de dispor mais detidamente sobre dois instrumentos de participação social – a audiência e a consulta pública –, expressamente autorizou a Administração, em seu art. 33, a estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Ao analisar o dispositivo, a doutrina não oferece resistência à criação, por meio de ato administrativo, de outras formas de participação.

Ainda assim, poder-se-ia objetar que o art. 33 da Lei do Processo Administrativo não atenderia ao disposto no art. 37, § 3º, da Constituição, por haver promovido uma delegação legislativa vedada, ao não fixar parâmetros para a atividade normativa do Poder Executivo. O argumento é sólido e consistente com a jurisprudência do STF a respeito dos limites à delegação legislativa. Isso, contudo, não conduz à conclusão de que o Decreto seja inválido. Quando muito, poderia afastar a aplicação do ato no âmbito da participação de usuários de serviços públicos no acompanhamento e fiscalização de sua prestação. A participação social na Administração Pública envolve muito mais que isso.

Mesmo no domínio mais restrito do monitoramento, avaliação e controle da execução de serviços públicos, deve-se ter presente que o art. 33 da Lei do Processo Administrativo não é a única norma legal que disciplina a participação social na Administração Pública. Nessa mesma Lei, bem como em diversas outras, há dispositivos tratando das audiências e consultas públicas. Assim, o Decreto nº 8.243, de 2014, pode ser considerado, à luz dessas previsões legais e no que concerne àqueles dois instrumentos de participação, um regulamento executivo, editado para dar fiel execução à lei, nos termos do art. 84, IV, da Constituição.

Idêntico raciocínio pode ser desenvolvido quanto a outros mecanismos de participação social. É extensa a relação de leis que instituem conselhos, conferências e ouvidorias. No tocante aos ambientes virtuais de participação social, a interação eletrônica entre administrados e o poder público é prevista na Lei de Acesso à Informação.

Um juízo de inconstitucionalidade do ato, nesse ponto, dependeria da demonstração de incompatibilidade de suas regras com a lei. No artigo que cuida dos conselhos, o Decreto expressamente ressalvou que suas normas não prevalecerão caso a lei disponha em contrário. Como a legislação existente sobre participação social é, em grande parte, formulada segundo uma lógica setorial (há leis instituindo conselhos variados, mas não existe uma lei que disponha sobre conselhos em geral), mesmo que as regras do Decreto colidam com alguma lei, nem por isso se poderá considerá-las inválidas. Simplesmente elas não incidirão relativamente àquela lei específica, podendo ser consideradas como regulamentação válida das leis com as quais são compatíveis.

Quanto aos instrumentos de participação não disciplinados em lei, como as mesas de diálogo, naquelas situações que não envolvem matéria submetida à reserva legal, pode-se concluir que a sua disciplina em decreto se faz com fundamento na competência presidencial para dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública. Para modalidades menos formais e institucionalizadas de interlocução entre o Estado e a sociedade civil, seria mesmo inusitado exigir prévia autorização legal para a ação administrativa. No limite, isso levaria ao controle da própria agenda de autoridades do

Poder Executivo ao Congresso Nacional, em nítida ofensa ao princípio da separação de Poderes.

Como ato destinado a regular o funcionamento do Poder Executivo, o Decreto nº 8.243, de 2013, em nada limita o raio de ação do Congresso Nacional. Não retira competências do Poder Legislativo, nem poderia fazê-lo, sob pena de inconstitucionalidade. As deliberações adotadas no âmbito de conselhos, comissões, conferências e outras instâncias de participação social, convém enfatizar, não poderão ser consideradas válidas quando contrariarem legislação regularmente editada pelo Parlamento, da mesma forma como ocorre com os regulamentos executivos.

Se o Decreto não invade competências do Congresso Nacional, não regula originariamente matéria sujeita à reserva legal nem, ao regulamentar a legislação vigente, transborda dos limites constitucionalmente fixados, dispondo *extra, contra* ou *ultra legem*, descaracterizada fica a hipótese de exorbitância do poder regulamentar, autorizadora da sustação de atos do Poder Executivo pelo Congresso Nacional. Por isso, entendemos que eventual decreto legislativo de sustação do Decreto nº 8.243, de 2014, poderá, com sucesso, ser declarado inconstitucional pelo STF. Há precedentes nos quais o Tribunal suspendeu cautelarmente e mesmo declarou inconstitucionais, em julgamento definitivo, decretos legislativos que sustavam atos regulamentares do Poder Executivo legitimamente editados.

Reconhecer a constitucionalidade do Decreto nº 8.243, de 2014, não significa ignorar os problemas e dificuldades de uma política de participação social na Administração Pública no Brasil. Tampouco significa assumir que as regras do Decreto sejam as mais adequadas ou sustentar que a definição dessa política não poderia ser feita por meio de projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional.

As discussões em torno da PNPS parecem se concentrar na atuação dos conselhos de políticas públicas e no seu aparelhamento, com a colocação de pessoas vinculadas a determinado projeto político em postos importantes da Administração, com um mandato que pode se estender sobre governos posteriores. No fundo, essa crítica constitui uma reedição do debate que se travou à época da criação das agências reguladoras.

No caso dos conselhos, os efeitos negativos desse tipo de instrumentalização parecem ser menos intensos do que no caso das agências, por várias razões. Em primeiro lugar, os riscos de aparelhamento se revelam maiores quando os conselheiros são de escolha discricionária do Chefe do Poder Executivo ou seus subordinados, o que nem sempre ocorre. Em diversos conselhos nacionais, os representantes da sociedade civil já são escolhidos por eleições ou mediante indicação de entidades pertencentes ao setor representado.

Nesse ponto, pode-se considerar que o Decreto examinado atua no sentido de tornar menos centralizada a definição dos integrantes dos conselhos, ao prever como únicos métodos de escolha dos representantes não governamentais a eleição e a indicação da própria sociedade civil. Assim, conselhos criados por decreto e cujos membros

representantes da sociedade civil sejam indicados pela própria autoridade pública terão de se adequar às novas regras, o mesmo se podendo dizer dos criados por lei que tenha silenciado a respeito do método de escolha.

É evidente que a previsão do Decreto, por si só, não impede o aparelhamento, pois outros expedientes de manipulação do processo de escolha podem ser utilizados. Na verdade, a própria determinação dos setores aos quais caberá assento em dado conselho pode produzir efeitos equivalentes. De qualquer modo, o aparelhamento parece ser mais difícil em um cenário que envolva eleições ou indicação pelas próprias entidades do que no de livre escolha dos conselheiros pelo governo. Como dito, as eleições já são praticadas em alguns conselhos. O Decreto foi tímido na regulação que promoveu. Poderia ter sido mais minudente, valendo-se daquelas experiências.

Outra razão para se entender que os efeitos negativos do aparelhamento são mais fracos no caso dos conselhos está em que muitos deles têm caráter apenas consultivo, não vinculando as decisões das autoridades administrativas. Mesmo quando eles detêm poder deliberativo, entendemos que as manifestações desses colegiados não podem se sobrepor às decisões do Chefe do Poder Executivo. Os conselhos são órgãos públicos, integram-se à estrutura hierarquizada do Poder Executivo, submetida, por comando constitucional expresso, à direção superior do Presidente da República. A prosperar a tese perfilhada pelo STF em julgamento no qual se discutia a constitucionalidade de lei instituidora de conselho, sequer se poderia dotar de poderes decisórios órgão dessa natureza que fosse composto majoritariamente por membros não integrantes da Administração Pública.

Na contramão da lógica de evitar que tais colegiados se transformem em órgãos nos quais tenham assento apenas pessoas escolhidas pelo Chefe do Poder Executivo, o STF, em decisões na década de 1990, suspendeu cautelarmente normas de constituições estaduais que conferiam prerrogativa de escolha de parte dos integrantes de conselhos ao Poder Legislativo ou a entidades extraestatais. À luz de julgamento mais recente, porém, a posição do STF quanto à viabilidade constitucional de se atribuir a indicação de parte dos membros de conselhos de políticas públicas a entidades externas à Administração Pública ainda não se afigura muito clara.

Caso se considere a escolha discricionária do Chefe do Poder Executivo o único critério a ser observado na composição dos conselhos de políticas públicas, o sentido básico da participação social nesses órgãos restará esvaziado. Não é razoável supor que o constituinte de 1988 haja tantas vezes aludido à participação social, chegando mesmo a determinar que certos órgãos de deliberação coletiva sejam compostos por representantes de segmentos sociais, para que, na aplicação prática desses preceitos, a escolha de quem terá assento nos conselhos fique ao inteiro talante do Presidente da República. De resto, o temor de que conselhos não inteiramente compostos por pessoas indicadas pelo Chefe do Executivo possam sabotar programas e ações sufragados nas urnas só se justificaria na hipótese de que a última palavra na condução dos assuntos governamentais a eles coubesse,

situação incompatível com as competências e prerrogativas conferidas ao Presidente da República pelo art. 84, II, IV e VI, *a*, da Carta Magna. De resto, no caso específico das regras do Decreto nº 8.243, de 2014, que atribuem a escolha de parte dos membros de conselhos a entidades extratais, sequer a mencionada jurisprudência do STF poderia ser invocada, pois o que as disposições daquele ato normativo fazem não é mais do que promover uma autolimitação do Chefe do Poder Executivo, revogável a qualquer tempo por decreto superveniente. Aquilo que o regulamento institucionaliza poderia ser feito, em um cenário de total discricionariedade do Presidente da República, de modo informal, por consulta às entidades e designação das pessoas por elas sugeridas.

Defender que a escolha de conselheiros possa se dar pela própria sociedade civil não importa ignorar os problemas de legitimidade dos métodos de escolha hoje existentes, que facilitam a representação de grupos de pressão e entidades com maior capacidade de mobilização. Um grau ótimo de representação não pode prescindir da participação de setores que, a despeito de serem afetados pela política pública, são menos organizados e dispõem de menor poder de pressão.

Outros problemas, além do *deficit* democrático, impedem que a participação social possa produzir todos os frutos que os seus proponentes esperam. Este estudo identificou alguns deles, como o boicote ao funcionamento dos conselhos e o controle de sua agenda pelas autoridades públicas, a cooptação dos representantes da sociedade civil e a ausência de capacitação destes para o exercício de suas funções, a assimetria de informações e de poder entre os membros. Dificuldades semelhantes se verificam em outros instrumentos de participação social e não são exclusividade brasileira. Como visto, algumas das críticas a deficiências da política de participação social no Brasil também são formuladas em relação aos instrumentos participativos franceses.

Em verdade, a mera previsão, em atos normativos, da participação popular de modo algum é suficiente para torná-la efetiva, algo que depende não apenas do quadro normativo, mas também dos graus de comprometimento do governo na implementação prática das respectivas normas e de associativismo e mobilização social, assim como da própria cultura cívica da população. Especificamente em relação ao Decreto nº 8.243, de 2014, a simples sistematização das formas de participação social e a fixação de algumas diretrizes a serem atendidas em cada uma delas não produzirão, de modo automático, os resultados prometidos pelas propostas de democratização da Administração Pública. Em lugar de uma agenda juridicamente inconsistente de contestação da validade do Decreto, mais proveitoso seria fiscalizar a sua correta aplicação, de modo a coartar desvios na implementação da PNPS, em especial a instrumentalização dos mecanismos de participação social com propósitos de conferir uma aparência de consentimento popular para decisões que, na prática, não contem com o apoio da população.

REFERÊNCIAS

ABERS, Rebecca Neaera; KECK, Margaret E. *Representando a diversidade: Estado, sociedade e “relações fecundas” nos conselhos gestores*. In: Caderno CRH, Salvador, v. 21, n. 52, jan./abr. 2008, pp. 185-190.

ALMEIDA, Carla Cecília Rodrigues. *Saldos e limites dos estudos sobre representação política nas inovações institucionais brasileiras*. 37º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais. Disponível em: http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8548&Itemid=429. Acessado em 13 de outubro de 2014.

ALMEIDA, Carla; TATAGIBA, Luciana. Os conselhos gestores sob o crivo da política: balanços e perspectivas. In: *Serviço Social & Sociedade*, n. 109, São Paulo, jan/mar 2012, pp. 68-92.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Decreto Autônomo: Questões Polêmicas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella [Org.]. *Direito Regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, pp. 529-540.

_____. Art. 84, VI. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et alii* [Coords.] *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 1225-1230.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Legalidade e regulamentos administrativos no Direito contemporâneo: uma análise doutrinária e jurisprudencial. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 10, n. 41, out./dez. 2002, pp. 284-309.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

AUBY, Jean-Bernard. Remarques préliminaires sur la Démocratie Administrative. In: *Revue Française d'Administration Publique*, n. 137-8, 2011, pp. 13-19.

AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil, instituições participativas e representação: da autorização à legitimidade da ação. In: *DADOS*, Rio de Janeiro, vol. 50, n. 3, 2007, pp. 443-464.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

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

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. [Org.] *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 1-49.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO, Maria do Carmo A. A. *A participação social no Brasil hoje*. São Paulo: Pólis, 2008.

CHERTIER, Dominique-Jean. *Pour une modernisation du dialogue social*. Disponível em : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000351/0000.pdf>. Acessado em 13 de outubro de 2014.

CONSEIL D'ÉTAT. *Rapport public 2011: consulter autrement, participer effectivement*. Paris: La Documentation Française, 2011.

CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. In: *Boletim de Direito Administrativo*, n. 9, set. 1993, pp. 503-512.

_____. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2011.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Principes et modalités de la participation à la vie administrative. In: DELPÉRÉE, Francis [Org.]. *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*. Bruxelles: Bruylant, 1986, pp. 251-282.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRAZ, Sérgio. *3 Estudos de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA, Sérgio de Andrea. *Direito Administrativo Didático*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FONSECA, Igor Ferraz da *et alii*. Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo federal. In: *Revista do Serviço Público*, Brasília, vol. 64, n. 1, jan./mar. 2013, pp. 7-29.

FONSECA, Igor Ferraz da; BURSZTYN, Marcel; MOURA, Adriana Maria Magalhães de. Conhecimentos técnicos, políticas públicas e participação: o caso do Conselho Nacional do Meio Ambiente. In: *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, vol. 20, n. 42, jun. 2012, pp. 183-198.

FUNK, William. Public participation and transparency in administrative Law – three examples as an object lesson. In: *Administrative Law Review*, vol. 61, 2009, pp. 171-198.

HERMAN, Valentine; MENDEL, Françoise. *Parliaments of the World: a reference compendium*. London: Inter-Parliamentary Union, 1976.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS. *Brasil em Desenvolvimento: Estado, Planejamento e Políticas Públicas*. Brasília, IPEA, 2010, vol. 3.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, vol. I.

LEITE, Luciano Ferreira. *O regulamento no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

LEÓN, José Maria Baño. *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Os conselhos de participação popular: validade jurídica de suas decisões. In: *Revista de Direito Sanitário*, vol. 1, n. 1, Nov. 2000, pp. 23-35.

MARRARA, Thiago. *As fontes do Direito Administrativo e o princípio da legalidade*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves [Coords.] *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 230-260.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Modificação de Medida Provisória na conversão em Lei – Necessidade de Remessa para sanção e veto em face de alteração – Outros aspectos – Opinião legal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/parecer.htm. Acessado em 13 de outubro de 2014.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Conselhos de Direitos e Formulação de Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari *et alii*. *Direitos Humanos e Políticas Públicas*. São Paulo: Pólis, 2001, pp. 32-43.

_____. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. [Org.] *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 51-74.

MAURER, Hartmut. *Derecho Administrativo alemán*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, vol. I.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MIGUEL, Luís Felipe. Representação democrática: autonomia e interesse ou identidade e *advocacy*. In: *Lua Nova*. São Paulo, vol. 84, 2011, pp. 25-63.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99 Comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.
- NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de [Orgs.]. *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.
- OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. Controle social pelos conselhos municipais e controvérsias jurisprudenciais. In: *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 108, 2007, pp. 35-47.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da Reforma Administrativa Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.
- PISSALOUX, Jean-Luc. La démocratie participative dans le domaine environnemental. In : *Revue Française d'Administration Publique*, n. 137-8, 2011, pp. 123-137.
- REZENDE, Fernando; TAFNER, Paulo [Eds.]. *Brasil: o estado de uma nação*. Rio de Janeiro: IPEA, 2005.
- RIVERO, Jean. Introduction. In: DELPÉRÉE, Francis [Org.]. *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*. Bruxelles: Bruylant, 1986, pp. 7-19.
- ROSENBLATT, Paulo. *Competências regulamentar no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: MP Editora, 2009.
- RUARO, Regina Linden; CURVELO, Alexandre Schubert. Art. 37, § 3º. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et alii* [Coords.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 890-894.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SINTOMER, Yves. *O poder ao povo: júris de cidadãos, sorteio e democracia participativa*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

STARCK, Christian. *El concepto de ley en la Constitución alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

SUNDFELD, Carlos Ari. Criação, estruturação e extinção de órgãos públicos – limites da lei e do decreto regulamentar. In: *Revista de Direito Público*, ano 24, n. 97, jan/mar 1991, pp. 43-52.

TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, Tomo 2.

TATAGIBA, Luciana. Los Consejos Gestores y la democratización de las políticas públicas en Brasil. In: DAGNINO, Evelina. *Sociedad civil, esfera pública y democratización en América Latina: Brasil*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 305-368.

VÁZQUEZ, José Ramón Parada. Artículo 105: Audiencia del ciudadano en procedimientos administrativos y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos. In: ALZAGA VILLAAMIL, Oscar [Dir.]. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Edersa, 2006, Tomo VIII, pp. 527-546.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Delegação legislativa: a legislação por associações. In: *Revista de Direito Público*, vol. 22, n. 90, abr/jun 1989, pp. 179-188.

WOLFF, Andrea L. The Federal Advisory Committee Act and the Executive Privilege: resolving the separation of powers issue. In: *Seton Hall Constitutional Law Journal*. Vol. 5, 1995, pp. 1023-1068.