

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Alessandra Obara Soares da Silva

**Participação popular na Administração Pública:
As audiências públicas**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Alessandra Obara Soares da Silva

Participação popular na Administração Pública:
As audiências públicas

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração Direito do Estado, sob a orientação da Profa. Dra. Lucia Valle Figueiredo Collarile

SÃO PAULO

2009

Banca Examinadora

À professora Lucia, pelo exemplo de mestre;
Aos meus pais, pela confiança e dedicação infinitas;
Ao meu marido, pelo apoio e paciência inesgotáveis;
Aos meus filhos, pelo amor incondicional.

Resumo

Toda atividade administrativa, hoje, decorre de um procedimento. Sempre que o procedimento contemplar como uma de suas fases a cientificação e possibilidade de participação do particular interessado, haverá processo. E constitui objetivo e realização do Estado Democrático de Direito a participação do interessado em processos decisórios que interfiram em esfera de direito individual ou coletiva. Diante da complexidade da sociedade contemporânea, com multiplicidade de interesses derivada do pluralismo, a necessidade de rápida e eficaz decisão é evidente. E, na realização do interesse público, é premente a necessidade de que o Estado como um todo, na atividade de decidir, conheça o melhor possível a realidade sobre que se debruça. Este conhecimento é facilitado pela participação direta dos interessados nos processos decisórios. E, a audiência pública é um dos novos instrumentos de participação popular direta. Novos porque sua positivação é fenômeno relativamente recente e a importância de seu estudo é demonstrada pela rapidez com que a previsão abstrata de sua realização espalhou-se pelo ordenamento jurídico pátrio, com poucos estudos específicos sobre o tema. Especialmente sobre a realização de audiência pública no âmbito do Poder Executivo, a doutrina é lacônica e, na prática, há ainda certa resistência fundada no receio de travamento do exercício da função administrativa. Receio este que deve ceder diante da necessidade de transparência e eficiência na gestão da coisa pública, típica atividade do Poder Executivo.

Palavras-chave: participação popular – processo administrativo – pluralismo – audiência pública – função administrativa – legitimidade – publicidade – transparência – eficiência

Abstract

Every administrative activity, nowadays, elapses from a procedure. Whenever the procedure demands as one of its phases the previous knowledge and the possibility of participation of the particular interested, there'll be process. It's a goal of the and realizes the Democratic State of Law, the participation of the interested person in decision process that can interferer in one's sphere of individual or collective rights. Due to the complex contemporary society, with multiple goals that elapses from pluralism, the need of a quick and efficient decision is evident. And, to conquer the public interest it's evident that the State as one, on it's decision activity, must know better the reality about what is going to decide. This knowledge is easily reached with public participation on decision process. And, the public hearing is one of the new instruments that materialize direct public participation. New, because it's legal establishment is a recent phenomenon and the importance of it's study is demonstrated by the quick increase of it's prevision, with few specific studies about this theme. Especially about the accomplishment of public hearing in the scope of the Executive, the studies are few and, in practice, there's still some resistance due to the fear of blocking or delaying the administrative function. Fear that should give up due to the need of transparence and efficiency on public administration, that is the typical activity of Executive.

Key-words: public participation – administrative process – pluralism – public hearing – administrative function – legitimacy – publicity – transparence – efficiency.

Introdução.....	10
-----------------	----

Capítulo I – ESTADO, DEMOCRACIA, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A POSIÇÃO DO ADMINISTRADO

1. Estado.....	12
1.1. Os modelos de Estado.....	14
1.2. O Estado subsidiário.....	20
2. Democracia.....	25
2.1. Democracia direta.....	26
2.2. Democracia representativa.....	28
2.3. Democracia participativa.....	32
2.3.1. A legitimação do Estado pela democracia participativa.....	35
3. Administração Pública.....	38
3.1. Administração Pública burocrática.....	41
3.2. Administração Pública gerencial.....	43
3.3. Administração Pública conformadora.....	45
4. A posição do administrado.....	47

Capítulo II – A PARTICIPAÇÃO DIRETA DO ADMINISTRADO NA FORMAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS

1. Delimitação do tema.....	51
2. A participação popular na formação das decisões administrativas como direito fundamental?	52
3. Conceito de participação popular.....	58
4. Tipologia da participação popular na Administração Pública.....	61

Capítulo III – A AUDIÊNCIA PÚBLICA: CONCEITO, RITO E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

1. Conceito de audiência pública.....	67
2. Rito da audiência pública.....	75
3. Princípios gerais aplicáveis à audiência pública.....	89
3.1. Princípios da Administração Pública.....	89
3.1.1. Princípio da supremacia do interesse público.....	89
3.1.2. Princípio da indisponibilidade do bem público.....	94

3.2. Princípios constitucionais positivos da Administração Pública.....	95
3.2.1. Princípio da legalidade.....	95
3.2.2. Princípio da impessoalidade.....	100
3.2.3. Princípio da moralidade administrativa.....	102
3.2.4. Princípio da publicidade.....	103
3.2.5. Princípio da eficiência.....	105
3.3. Princípios aplicáveis aos processos administrativos em geral.....	107
3.3.1. Princípio do devido processo legal.....	107
3.3.2. Princípio do contraditório e ampla defesa.....	109
3.3.3. Princípio da ampla instrução probatória.....	111
3.3.4. Princípio da motivação.....	112
3.3.5. Princípio da revisibilidade.....	113
3.3.6. Princípio da representação e assessoramento.....	114
3.3.7. Princípio da lealdade e boa-fé.....	114
3.3.8. Princípio da verdade material.....	115
3.3.9. Princípio da oficialidade.....	116
3.3.10. Princípio da gratuidade.....	116
3.3.11. Princípio do informalismo em favor do administrado.....	117

Capítulo IV – AUDIÊNCIA PÚBLICA: ALGUMAS PREVISÕES NORMATIVAS

1. Audiência pública na Constituição Federal.....	119
2. Audiência pública na legislação brasileira infraconstitucional.....	120
2.1. Legislação ambiental.....	120
2.2. Licitações e concessões públicas	125
2.3. Agências reguladoras.....	131
2.3.1. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL – Lei n. 9427/96.....	132
2.3.2. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – Lei n. 9772/97.....	133
2.3.3. Agência Nacional do Petróleo – ANP – Lei n. 9478/97.....	134
2.4. Processo Administrativo Federal – Lei n. 9784/99.....	135
2.5. Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar 101/2000.....	137
2.6. Estatuto da Cidade – Lei 10.257/01.....	138

2.7. Parcerias Público-Privadas – PPP's – Lei 11.079/04.....	142
2.8. Saneamento Básico – Lei n. 11.445/07.....	144

Capítulo V – EFEITOS DA AUDIÊNCIA PÚBLICA

1. Efeitos da realização da audiência pública.....	146
2. Efeitos da não realização de audiência pública.....	148

Conclusão.....	150
----------------	-----

Referências.....	153
------------------	-----

Introdução

A inspiração para o desenvolvimento da presente dissertação veio com a constatação, já nas aulas de mestrado, da tendência de incremento da participação popular no âmbito do Poder Público.

Dentre as maneiras de se ampliar a participação democrática na gestão da coisa pública, a atual ordem constitucional privilegiou o controle social e a participação direta do administrado na formação das decisões públicas, seja integrando órgãos ou conselhos de gestão, seja interferindo em processos decisórios do Poder Executivo sem compor a estrutura administrativa, seja participando ativamente do processo legislativo (por meio de iniciativa popular de leis ou não), seja participando como *amicus curiae* no processo judicial de controle de constitucionalidade, para dar alguns exemplos. Em especial no âmbito do direito administrativo, a análise detida da Constituição Federal de 1988 permite concluir pela intenção de aproximação entre administrado e Administração Pública, privilegiando uma cidadania ativa e engajada, que sobrepuje a simples eleição de representantes políticos.

Dirigimos nossa atenção para a participação do administrado na formação das decisões administrativas, participação esta já reconhecida pelo ordenamento nacional, seja na Constituição Federal, seja na legislação infraconstitucional, como um direito. Como são diversos os instrumentos hoje previstos para viabilizar a aproximação entre Administração e administrado, o tema é rico, fazendo-se necessário restringir o objeto deste trabalho. Focamos, assim, na audiência pública, instrumento há muito previsto no ordenamento jurídico nacional, embora objeto de poucos estudos doutrinários aprofundados. E, embora tenham aplicabilidade prática, as normas positivas que prevêm a realização de audiência pública são pouco conhecidas pelos seus maiores interessados: administradores e administrados.

Pretendemos demonstrar que a atuação administrativa permeada com a participação popular direta otimiza a gestão pública, o que sem dúvida vai ao encontro do interesse público, da concepção do poder e da própria razão de ser do exercício da função administrativa.

A presente dissertação, portanto, aborda o tema da participação popular na formação de decisões administrativas na específica forma da audiência pública, enquanto realização do princípio do devido processo legal substancial administrativo.

Partindo do pressuposto de que a audiência pública é uma concretização do direito de participação do administrado, destinamos capítulo próprio à análise deste direito.

Analizamos a compatibilidade e as formas de concretização da participação do administrado no âmbito do exercício da função administrativa conforme os modelos de Administração Pública, sob perspectiva jurídica, tangenciando, sem esmiuçar, o estudo da Administração enquanto ciência.

Adentrando o tema da dissertação, por meio de capítulo específico, estudamos algumas previsões legais hoje existentes no ordenamento jurídico nacional de realização de audiência pública, para propor um conceito de audiência pública, identificar os princípios gerais a ela aplicáveis e seu rito essencial.

O estudo está focado no direito nacional, sem nos esquecermos do direito estrangeiro, que sempre contribuiu com suas influências no direito pátrio.

CAPÍTULO I

ESTADO, DEMOCRACIA, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A POSIÇÃO DO ADMINISTRADO

1. ESTADO

O constitucionalista português Jorge Miranda define o Estado como “comunidade e poder *juridicamente* organizados, pois só o Direito permite passar, na comunidade, da simples coexistência à coesão convivencial e, no poder, do fato à instituição.”¹

O Estado compreende, assim, um povo, um território e um poder, organizados pelas normas que regem a vida em comunidade.

Tendo em vista que o poder deve ser regulamentado e, tudo que é regulamentado é limitado, as comunidades elegem uma forma de exercício do poder, ou seja, uma forma de governo, apta a estruturar e a institucionalizar a distinção entre governantes e governados.

Já a maneira como é sistematizado o poder e o seu exercício corresponde ao sistema de governo, que nada mais é que uma forma de organização interna do poder, ou seja, a institucionalização das relações entre governantes, com a delimitação de suas funções.²

Tércio Sampaio Ferraz Junior esclarece que não se pode precisar com exatidão o momento do nascimento da forma Estado, sendo certo que no velho continente, as guerras do final do século XV levam Espanha, França e Inglaterra a se organizarem em Estados. Na Itália esta organização ocorre apenas no século XVII. A despeito da imprecisão das datas, a certeza é que a noção de soberania é inerente à organização estatal, em todos os casos.³

¹ MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.03.

² Ibidem, p.03.

³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007, p.414.

Por valiosas, transcrevemos as palavras de Ferraz Junior:

Pode-se dizer, pois que o Estado Moderno surge de duas vertentes distintas na compreensão do poder político. Uma é a visão jurídica, com base na noção de império. A outra é a visão econômica, com base na idéia de gestão da coisa pública.

A primeira concepção – jurídica – do poder o vê como um conjunto de positificações no sentido de que os objetivos do poder são ou conduzem a uma estrutura circular: o objetivo do poder é o bem comum, o bem comum é a obediência às leis que o poder estabelece. A visão jurídica do poder, do ponto de vista da velha soberania, é eminentemente ética no sentido de que o respeito à lei é primário nas relações de governo. Já a visão econômica do governo como arte, uma arte que, conforme as finalidades, nos ensina a dispor as coisas e as pessoas, é diferente, posto que o centro está na idéia de cálculo (Foucault, 1982, p. 188 e ss).

A arte de governar está menos ligada a uma sabedoria prática, isto é, ao conhecimento da equidade, do bom julgamento, da justiça, e muito mais a um cálculo. A idéia é de que governar bem é adaptar-se às circunstâncias que permitem o exercício do governo.⁴

A sistematização e regulamentação do poder sofreram grandes alterações no curso da história da humanidade. Com a evolução da sociedade organizada, evoluíram as formas de exercício do poder, admitindo-se, hoje, três referenciais éticos, na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: a licitude, como referencial moral, a legalidade, como referencial jurídico e a legitimidade, como referencial político⁵.

Analisaremos sucintamente a evolução do Estado e da forma de sistematização do poder para verificar o desenvolvimento da participação do povo na gestão da coisa pública.

Antes, vale lembrar que “gestão” e “gerência” são termos distintos, com diferentes significados. Como destaca Maria Paula Dallari Bucci, no direito positivo brasileiro, há uma clara diferenciação entre os dois termos. De fato, a Norma Operacional Básica da Saúde (NOB 1996) prevê expressamente que gerência é a administração de uma unidade ou órgão da área, ao passo que gestão é a “atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (...) mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria.”⁶ Disto, destacamos que a atividade de gestão é amplíssima, não só abrangendo a gerência, mas também todas as atividades

⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007, p.422-423.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder-parte I*. São Paulo: RT, 1992, p. 221.

⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Gestão democrática da cidade*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sergio (coord). *Estatuto da cidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 336.

necessárias para resolução de problemas e a atribuição de zelar pelo funcionamento eficiente da atividade gerida. Há uma relação de continência entre gestão e gerência, esta contida naquela.

Neste sentido, quando o ordenamento jurídico fala em gestão democrática, quer referir-se à participação democrática nas atividades de planejamento e direção, atividades de cunho decisório, portanto.

Veremos, então, como o Estado evoluiu para conceber como direito fundamental a gestão democrática da coisa pública.

1.1. Os modelos de Estado

Os Estados, uma vez organizados e independentemente da forma de governo adotada, pretenderam, num primeiro momento, ampliar os seus territórios para assim ampliar a sua área de domínio.

Delimitados os territórios, com a vigência da norma pela qual os conquistados deviam obediência aos conquistadores, prevaleceu, em regra, a forma de governo absolutista, em que o poder era concentrado nas mãos de uma ou de poucas pessoas, a quem incumbia editar as normas, executar e zelar pela sua execução, além de julgar e dirimir os mais diversos conflitos que surgissem. O Estado, neste quadro, intervinha em tudo na vida da comunidade: dela exigia os tributos nas mais variadas formas de imposição e a ela fornecia (ou deveria fornecer) os meios básicos de sobrevivência.

No século XVIII, a concentração de poder nas mãos de uma ou pouquíssimas pessoas gerou a insatisfação daqueles que não detinham função decisória ou capacidade de influenciar nas decisões, sequer naquelas que envolvessem diretamente seus próprios interesses sociais, econômicos ou patrimoniais.

Neste contexto, a mais famosa revolução, a francesa, em 1789, levada a efeito pela burguesia (a então classe operária), deu por encerrado o absolutismo.

Rafael Munhoz de Mello, acompanhando lição do doutrinador português Sérvulo Correia, afirma que o marco histórico que identifica o surgimento do Estado

de Direito é a Revolução Francesa, uma vez que com ela se consagrou a legalidade nos textos constitucionais como princípio regulador da conduta dos governantes.⁷

É o embrião do princípio da legalidade, com a submissão do poder às normas de direito que devem, obrigatoriamente, habilitar o próprio exercício do poder.

Neste contexto histórico, a Administração Pública fica adstrita também às finalidades legais, ou seja, à observância do interesse público. Busca-se a realização do bem estar social, com o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos – cujo leque é ampliado com a evolução da humanidade –, e o necessário atendimento, pelo Estado, das necessidades básicas de cada um e de todos os administrados, sem nos esquecermos do custeio do Estado pela sociedade, com o pagamento de tributos.

Superado o absolutismo, firmou-se o modelo liberal de Estado, em que vigiam os princípios da proteção à liberdade, propriedade e igualdade, com atuação essencialmente negativa do Estado. Neste momento histórico, cabia ao Estado tão somente a abstenção da prática de qualquer ato tendente a violar a liberdade, igualdade e propriedade dos administrados. A circulação da riqueza ficava a cargo da própria sociedade, com a “auto-regulamentação” dos mercados pela “mão invisível”.⁸

Sem negar a existência do Direito e do princípio da legalidade a limitar a atuação estatal, no Estado liberal, especialmente na doutrina alemã, questionava-se a extensão deste princípio e o verdadeiro conceito de lei, com a recorrente distinção entre ato administrativo (jungido ao princípio da legalidade) e ato *interna corporis*, materializado pela estruturação do Estado ou referente às relações especiais de sujeição. Estes últimos atos seriam autônomos, ou seja, não submetidos à juridicidade.⁹

Como se vê, o afastamento do princípio da legalidade dos atos que supostamente teriam efeitos meramente internos, mostra-se como um resquício do regime absolutista, no qual não havia limites para atuação do Administrador. A

⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. *Sanção administrativa e princípio da legalidade*. In FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord.) *Devido processo legal na administração pública*. São Paulo: Max Limonad.

⁸ Confira: COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. Revista de Direito Público. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 84, p 46-63, 1987,

⁹ Confira: COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. Revista de Direito Público. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 84, p 50, 1987.

Administração era, assim, unilateral e investida ainda de alto poder de imperatividade.

Todavia, os princípios liberais acabaram por criar uma profunda desigualdade social, já que incentivaram a concentração de riquezas, sem a preocupação coletiva com o bem-estar social. Houve, assim, um grande aumento da pobreza com a ausência do Estado defendida pelos liberais.

Neste quadro de profundas desigualdades sociais e grandes carências das camadas mais pobres, após a Segunda Guerra Mundial e com o impulso da Revolução Industrial, nasceu o Estado Social, que partia do pressuposto da existência e necessidade de eliminação da desigualdade entre os homens. Em razão do contexto histórico, foram valorizados os direitos sociais e econômicos (além da igualdade, propriedade e liberdade, que não foram deixados de lado), a fim de assegurar existência digna aos mais pobres, herança do liberalismo.

O Estado, a quem cabia anteriormente apenas abstenções, passou a assumir a qualidade de devedor: seria necessário então implementar, fomentar, desenvolver os direitos sociais e econômicos para garantir existência digna especialmente aos mais necessitados.

Foi evidente o súbito agigantamento das atribuições estatais. O indivíduo que, no Estado Liberal, não queria a atuação do Estado, no Estado Social passou a exigí-la.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que houve, também, a ampliação do poder de polícia, que se estendeu a setores ordinariamente não relacionados com a segurança, como as relações entre particulares, já que o Estado afastou-se da idéia de poder de polícia tradicional, que apenas impunha obrigações de não fazer, para impor obrigações de fazer, como por exemplo, para determinar o cultivo de terras, o aproveitamento do solo, etc¹⁰.

Nessa toada, o Estado Social também passou por uma crise, já que os recursos, escassos, ficaram ainda mais raros com o grande e repentino aumento das incumbências públicas, sem a necessária contrapartida da sociedade, em sua grande maioria, de carentes¹¹.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceiras na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 31.

¹¹ De fato, não era possível cobrar o financiamento dos direitos sociais da sociedade que era composta, em sua maioria, de pessoas carentes e mais necessitadas de auxílio estatal do que aptas a contribuir com o Estado.

Com o incremento das atribuições do Estado, houve aumento da interferência pública na esfera individual, reaproximando particular e Administração, de sorte que se abriram canais de comunicação entre público e privado, inconcebíveis no liberalismo¹².

A evolução da relação Estado–Sociedade é resumida por José Casalta Nabais da seguinte forma: no Estado liberal, há clara separação entre Estado e Sociedade, sendo o pólo dominante a sociedade dentro da qual se insere o indivíduo, daí o individualismo. No Estado social, há interpenetração entre sociedade e Estado, com um certo equilíbrio entre os dois pólos.¹³

Com a crise do Estado Social, passa-se ao Estado Administrativo, na nomenclatura de Almiro do Couto e Silva, que identifica, neste momento histórico, algumas razões para a crise do princípio da legalidade na contemporaneidade, como será tratado detidamente mais adiante.

Na verdade, o que ocorre é a alteração da dinâmica da Administração Pública que, com o grande e repentino aumento das suas atribuições, com a cobrança de eficiência da sociedade e a escassez de recursos (receitas), vê-se obrigada a passar de um modelo burocrático para um modelo gerencial, em nome da eficiência. É, na verdade, a evolução para a concepção de Estado essencial: nem mínimo, nem máximo; não mais onipotente. Como destaca Juarez de Freitas, passa a ser essencial que o Estado cuide de regulação, retirando-se, “em parte, da execução direta dos serviços, mas mantendo-se titular da prestação de serviços públicos, de maneira irrenunciável”.¹⁴

Pari passu com a evolução do Estado, evoluiu o conceito de interesse público, como resumidamente lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio do interesse público adquire nova roupagem. No período do Estado Liberal, o interesse público a ser protegido era aquele de feição utilitarista, inspirado nas doutrinas contratualistas liberais do século XVIII e reforçado pelas doutrinas de economistas como Adam Smith e Stuart Mill. O Direito tinha que servir à finalidade de proteger as liberdades individuais como instrumento de tutela do bem-estar geral, em sentido puramente material. Com a nova concepção do Estado de Direito, o interesse público humaniza-se, à medida que passa a preocupar-se não só com os bens materiais que a liberdade

¹² NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. *Função administrativa e participação popular*. RT, São Paulo, v. 91, n. 796, fev-2002, p. 105.

¹³ NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 62, nota de rodapé n. 155

¹⁴ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 87.

de iniciativa almeja, mas também com valores considerados essenciais à existência digna: quer-se liberdade com dignidade, o que exige atuação do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar a toda a coletividade o bem-estar social. O interesse público, considerado sob o aspecto jurídico, reveste-se de um aspecto ideológico e passa a confundir-se com a idéia de bem comum.¹⁵

Acompanhando este ritmo, o próprio conteúdo do princípio da legalidade, inerente ao Estado de Direito, também sofreu alteração. Como lembra Maria Sylvia Di Pietro, substitui-se a idéia de Estado legal formal pela idéia de Estado vinculado aos ideais de justiça, o que constitui o embrião do princípio da legalidade substancial que, nas palavras da Professora, compreende a participação do cidadão (Estado Democrático) e a justiça material (Estado de Direito).¹⁶

A evolução deste princípio fundamental do Estado de Direito – o da estrita legalidade – deveu-se à constatação de que, quando aplicado à risca, não evitaria soluções desarrazoadas ou desproporcionais. Ao contrário, acabaria por torná-las possíveis e, muitas vezes, afastaria a solução mais justa.¹⁷

E, como o Direito não pode tolerar soluções injustas, caberá ao intérprete buscar, por meio de interpretação sistemática, a solução mais acertada e razoável para o caso concreto.

Neste sentido, Onofre Alves Batista Junior lembra que a transação administrativa pode ser uma alternativa, quiçá um passo a mais na evolução do conteúdo do princípio da legalidade. Nas suas palavras:

A transação administrativa é mecanismo que, antes de qualquer coisa permite que se ultrapasse o rigor, no caso individualizado, das soluções legais genéricas que traduzem resultados concretos desarrazoados ou manifestamente ineficientes, bem como possibilita a antecipação da solução de conflitos que, além de custos e dificuldades severas aos administrados, propiciam o alongar de discussões administrativas ou judiciais, em detrimento das máximas de eficiência administrativa.¹⁸

Importante destacar que no Brasil, quando colônia portuguesa e, algum tempo depois, mesmo após a declaração de Independência, experimentamos a Monarquia

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceiras na Administração Pública*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. P. 34.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceiras na Administração Pública*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. P. 35.

¹⁷ Confira COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. Revista de Direito Público. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 84, p. 47, 1987.

¹⁸ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 18.

absolutista. Algum tempo após a proclamação da República, passamos ao Estado Democrático de Direito. Houve, ainda, o período da ditadura que suprimiu as liberdades democráticas do brasileiro. Ao final, este período de retrocesso do Estado de Direito provocou o fomento da democracia brasileira, anseio que permeou todo o texto constitucional de 1988, conforme teremos oportunidade de analisar adiante.

Por ora, ressaltamos que o Estado de Direito caracteriza-se principalmente pela submissão do Estado às normas previamente estabelecidas, sendo certo que, como afirma Almiro do Couto e Silva, hoje, reconhece-se que o Estado de Direito apresenta aspectos formais e materiais. Em suas palavras:

No primeiro sentido – aspecto material – elementos estruturantes do Estado de Direito são as idéias de justiça e de segurança jurídica. No outro, o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes, dentre os quais têm importância especial: a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; b) a divisão das funções do Estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por “freios e contrapesos” (*checks and balances*); c) a legalidade da Administração Pública e, d) a proteção da boa fé ou confiança (*Vertrauensschutz*) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis.¹⁹

No mesmo sentido, Lúcia Valle Figueiredo destaca que o Estado de Direito não pode ser considerado apenas na sua acepção formal²⁰, mas lembra que a configuração deste modelo estatal não depende da consagração da Democracia, de sorte que:

[...] o Estado somente poderá ser democrático se e quando o povo exercer efetivamente o poder por meio de seus representantes, ou, em algumas circunstâncias diretamente. Além disso, e, efetivamente, ademais disso, mister que os direitos fundamentais constem das cartas políticas e sejam cabalmente respeitados. Em consequência, o Estado de Direito é estado de legitimidade.²¹

Mas no mundo, hoje, firmado o Estado de Direito Democrático (como em Portugal) ou o Estado Democrático de Direito (como no Brasil), com a consagração

¹⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. Revista de Direito Público. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 84, p. 46, 1987.

²⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Estado de Direito e devido processo legal*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fev, 2002. Disponível em <www.direitopublico.com.br>, acesso em 04 jul 2008.

²¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Estado de Direito e devido processo legal*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fev, 2002. Disponível em <www.direitopublico.com.br>, acesso em 04 jul 2008.

da fórmula do Estado provedor dos direitos individuais essenciais (Estado devedor) e garantidor da vida em sociedade, há quem aponte nova crise do Estado, com o súbito aumento das suas atribuições e a conseqüente pressão da sociedade para ter satisfeitas todas as suas necessidades somadas à impossibilidade real de a totalidade do povo arcar com os custos do agigantamento das prestações estatais²².

Ganha força, então, o Estado Subsidiário que, sem deixar de ser um Estado de Direito nem refutar a fórmula da democracia, afasta, proporcional e razoavelmente, o Estado de algumas atividades que podem ser melhor prestadas pela própria sociedade quando organizada em comunidades menores, ou até individualmente.

1.2. O Estado Subsidiário

O desenvolvimento da idéia de Estado Subsidiário, concebido há longa data, evidencia a necessidade de aproximação entre Administração e particular, no sentido de organizar o exercício da função administrativa para conferir maior eficiência e bem-estar social no dia-a-dia dos administrados.

Em outras palavras, no Estado Subsidiário, que não chega a ser propriamente um modelo de Estado autônomo, há uma otimização no desenvolvimento das atividades necessárias para garantir a vida digna em sociedade, com a Administração envidando esforços para realizar atividades de maior amplitude e permitindo que os administrados, individualmente ou organizados em pequenos grupos, possam cuidar de interesses locais comuns.

A subsidiaridade da atuação estatal decorreu, apontam alguns, da incapacidade do Estado enquanto eficiente prestador de serviços públicos. Da ineficiência ou comprovada impossibilidade de se atender a contento a todas as necessidades da sociedade, ganha força a idéia de diminuição das atividades estatais, respeitando-se os direitos individuais, sem deixar de tutelá-los. Ao Estado cabe abster-se de exercer atividades que o particular pode exercer sozinho, com

²² Sobre os custos dos direitos, apontando a importância de se pagar tributos e a verdadeira razão da existência dos impostos e contribuições, confira HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: WW Norton & Company, Inc, 2000.

seus próprios recursos. Ganha ímpeto a atividade de fomento estatal para colaborar com o sucesso do particular no desempenho das atividades voltadas para o bem comum. Não se pode esquecer que o lucro não é (nem poderia ser) excluído, já que a riqueza (e a sua circulação) é que gera o bem-estar social almejado pelo ordenamento jurídico²³.

Na lição de Silvio Luís Ferreira da Rocha, o princípio da subsidiariedade “propõe algo de novo entre a intervenção total do Estado e a supressão da autonomia privada e o liberalismo clássico e sua política de intervenção mínima do Estado”.²⁴ Acrescenta Diogo de Figueiredo Moreira Neto que este princípio permite um escalonamento de atribuições estatais em função da complexidade da prestação pública. Este escalonamento é definido da seguinte forma: num primeiro nível, os indivíduos atuam para satisfazer com meios próprios seus interesses individuais, em segundo nível, grupos sociais menores atuam para satisfazer, com seus próprios recursos, seus interesses coletivos, em terceiro nível, grupos sociais maiores atuam para satisfazer seus interesses coletivos, de maior abrangência, também com recursos próprios e, num quarto nível, a sociedade civil como um todo atua e decide a respeito da realização de seus interesses gerais.²⁵

O melhor enunciado do princípio da subsidiariedade, para Silvio Luis Ferreira da Rocha, encontra-se na Encíclica *Quadragesimo Anno*, no item n. 79, nas suas palavras:

Assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e trabalho, para confiá-lo à comunidade, do mesmo modo passar para uma comunidade maior e mais elevada o que comunidades menores e inferiores podem realizar é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é coadjuvar os seus membros, e não destruí-los nem absorvê-los.²⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, discorrendo sobre este mesmo princípio, destaca que em 1961 o Papa João XXIII, na encíclica *Mater et Magistra*, definiu o bem comum como “o conjunto de condições sociais por onde os homens tornam-se

²³ Neste sentido é o artigo 3º, IV, da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

²⁴ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 16.

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 20.

²⁶ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 17.

capazes de alcançar mais facilmente a plenitude de seu desenvolvimento.”²⁷ Maria Sylvia destaca que esta idéia de bem comum evidencia a necessidade de o Estado assegurar a existência das condições para que os próprios particulares o atinjam. Destaca também que o princípio da subsidiariedade foi inserido no Tratado da União Européia, mas como forma de preservar a soberania dos países-membros. E, no âmbito interno de cada país componente do bloco europeu, esclarece que os direitos fundamentais do homem são reconhecidos não mais como uma barreira à atuação estatal, mas como a própria razão de ser do Estado, cabendo a este promover e estimular com ações efetivas o desenvolvimento livre e igualitário dos indivíduos dentro da sociedade. Para tanto, é incentivada a participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais, consagrando-se, assim, a sociedade pluralista que viabiliza a participação igualitária de todos os setores da sociedade e não apenas dos grandes grupos.²⁸

Franco Frattini resume:

[...] A ordem social, por conseguinte, deve ser encarada pelo princípio da função subsidiária (*subsidiarii officii principium*): indivíduo, família e instituições coexistem entre si em uma sobreposição em círculos concêntricos de diversos níveis de direitos e deveres cuja ordem de funcionamento é regulada pelo princípio da subsidiariedade. E como Estado e sociedade são uma ‘consequência da evolução das exigências do indivíduo’, os mesmos só devem vir em socorro quando ele não possa realizar-se por si com as próprias forças.²⁹

Ainda sobre o princípio da subsidiariedade e sua aplicação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro indica as tendências atuais. Dentre elas, destaca a privatização das atividades estatais, para a eficiência na prestação das atividades; a inexistência de um singular interesse público, mas a consagração de diversos interesses públicos de diversos setores da sociedade, decorrência do pluralismo. Com isso, amplia-se a atividade de fomento administrativo a estimular a subsidiariedade. A professora identifica, ainda, a tendência da desregulamentação, com vistas a uma nova configuração da relação entre liberdade e autoridade, retomando, com critério, algumas idéias do liberalismo, para alavancar o desenvolvimento sustentado da indústria, comércio e profissões liberais, restringidas pelo excesso de

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceiras na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 36.

²⁸ Ibidem, p. 37.

²⁹ Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceiras na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 37.

regulamentação. Com tudo isso, mostra-se a tendência de mudança da noção de interesse público, para utilização dos instrumentos administrativos preferencialmente em benefício do cidadão, com melhor qualidade e eficiência na prestação dos serviços.³⁰

Para concluir, Silvio Luis Ferreira da Rocha destaca que:

A grande virtude do princípio está em que a partir dele dá-se a primazia ao grupo social e ao indivíduo, com a devolução, à sociedade civil, de matérias de interesse geral que possam ser eficazmente por ela realizadas. A subsidiariedade eleva a sociedade civil a primeiro plano na estrutura organizacional do Estado e concebe a cidadania ativa como pressuposto básico para sua realização, colocando a instância privada a serviço do interesse geral, a partir, também, da idéia de solidariedade, que se funda, principalmente, na maior eficiência da ação social sobre a ação estatal junto a grupos menores.³¹

Como se vê, com a percepção de que o Estado poderia não prestar a contento certas atividades, a própria sociedade assumiu a responsabilidade pela realização de algumas prestações. Ela própria deixou de apenas exigir, saindo de uma posição passiva, para colocar-se à frente de certas atividades, numa verdadeira concretização do princípio da solidariedade, com a consciência de que tal atitude beneficia a ela própria.

De fato, a subsidiariedade reverte em benefício para a própria sociedade, sem a formação, no entanto, de “poderes paralelos”, já que a segurança pública e a jurisdição (no sentido estrito do termo, ou seja, solução de litígios com atributo de imperatividade, efeito *erga omnes* e definitividade) continuam sempre monopólio do Estado, nada impedindo que grupos sociais se organizem para tentar solucionar suas controvérsias internas – sem armas e respeitando os direitos fundamentais – e até mesmo garantir certa segurança para si, mas sempre sob a supervisão do Estado que, nestes casos, assume um papel de fomento, como bem lembrado por Silvio Luiz Ferreira da Rocha.

Assim, assistimos, hoje, a mais uma evolução do Direito e da sistematização do exercício da função administrativa que passa a contemplar, também, a subsidiariedade na atuação do Estado. Ou seja, sempre que o particular puder prestar a contento determinada atividade, se ela for conforme o ordenamento

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceiras na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 37-41..

³¹ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19.

jurídico, deve o Estado abster-se de interferir naquela atividade e, mais ainda, deve fomentar esta mesma atividade.

Como se vê, não é possível afirmar com precisão o momento a partir do qual se passa de um modelo de Estado para outro, principalmente porque a subsidiariedade não constitui tipo autônomo de Estado e não substitui o Estado de Direito ou o Estado Democrático de Direito. É, na verdade, a aparente retomada de alguns princípios do liberalismo sem o afastamento de outros princípios do socialismo.

Isto decorre da natural antinomia aparentemente existente entre alguns elementos estruturantes do Estado de Direito como, aliás, alerta Almiro do Couto e Silva:

Já se deixa entrever que o Estado de Direito contém, quer no seu aspecto material, quer no formal, elementos aparente ou realmente antinômicos. Se é antiga a observação de que a justiça e a segurança jurídica frequentemente se completam, de maneira que pela justiça chega-se à segurança jurídica e vice-versa, é certo que também frequentemente colocam-se em oposição. Lembre-se, a propósito, o exemplo famoso da prescrição, que ilustra o sacrifício da justiça em favor da segurança jurídica, ou da interrupção da prescrição, com o triunfo da justiça sobre a segurança jurídica. Institutos como o da coisa julgada ou da preclusão processual, impossibilitando definitivamente o reexame dos atos do Estado, ainda que injustos, contrários ao Direito ou ilegais, revelam igualmente esse conflito. [...] No fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos a justiça como valor absoluto [...].³²

Importante destacar que o Estado Subsidiário não deixa de ser fruto de um amadurecimento da sociedade que abandona parcial e paulatinamente a posição passiva de mera expectadora do exercício da função administrativa, quando muito exigindo prestações do Estado, para adotar uma posição ativa, assumindo algumas prestações com maior eficiência que o gigante Estado e participando concretamente da tomada de decisões coletivas.

³² COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. Revista de Direito Público. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 84, p 46, 1987.

2. Democracia

Como destacado anteriormente, à evolução da sociedade e do Estado é inerente a evolução da forma de exercício do poder.

A própria democracia, enquanto regime de governo sofreu – e sofre – alterações. Antes de analisar esta evolução, necessário se faz conceituar democracia.

Democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo³³. Este, considerado o único titular do poder, o exerce de forma igualitária, sem privilégios ou perseguições, com a consideração de todos os interesses – e interessados – para a formação das decisões políticas.

José Nicolau dos Santos lembra as palavras do historiador e jurista italiano Francisco Nitti:

A condição de igualdade jurídica, entre os cidadãos, é a melhor identidade de um regime democrático. Por isso, ensina o historiador: “os gregos consideravam como democracia aquela forma de governo que garantia aos cidadãos a isonomia, a isotimia e a isegoria”. A primeira palavra significa igualdade na lei. A segunda tem o sentido de igualdade de direitos. O terceiro termo quer dizer igualdade de direito para falar, opinar, isto é, tem o sentido hoje atribuído de igualdade de oportunidades.³⁴

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello escreveu que:

Independentemente de desacordos possíveis em torno do conceito de democracia, pode-se convir que dita expressão reporta-se nuclearmente a um sistema político fundado em princípios afirmadores da liberdade e da igualdade de todos os homens e armado ao propósito de garantir que a condução da vida social se realize na conformidade de decisões afinadas com tais valores, tomadas pelo conjunto de seus membros, diretamente ou através de representantes seus livremente eleitos pelos cidadãos, os quais são havidos como titulares da soberania.³⁵

³³ Esta foi a fórmula de Lincoln: “A democracia é o governo do povo para o povo. Assim pensavam os gregos e assim continuamos a definir esse sistema, que não é propriamente um regime, mas um ambiente.” Apud SANTOS, Nicolau dos. *Democracia e planejamento*. 2. ed. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, 1982, p.95.

³⁴ SANTOS, Nicolau dos. *Democracia e planejamento*. 2. ed. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, 1982, p.95.

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Revista diálogo jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, julho, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 01 ago 2008.

A forma mais comum de exercício da democracia é a discussão organizada da situação que requer uma decisão, com a participação de toda a sociedade, de sorte que a decisão somente poderá ser tomada após serem consideradas todas as opiniões, conforme a vontade da maioria, apurada pela forma do voto.

Neste sentido, o conceito de Regina Ferrari, *in verbis*:

Isto posto, sabe-se que em um Estado o reconhecimento e o respeito ao princípio democrático dependem de sua conformação constitucional, de tal modo que ao falar em Democracia se quer indicar que a vontade representada na ordem legal do Estado é a vontade dos súditos, o que implica aceitar que, em uma sociedade democrática, todos têm igual valor e o mesmo direito de liberdade – o que não significa auto determinação plena, na medida em que esta, em sentido pleno, não é compatível com o sentido de ordem social. Tal fato embasa a necessidade de limitá-la, o que se consegue pelo princípio da maioria. Portanto, em uma democracia é necessário que a opinião da maioria seja o resultado de uma discussão da qual a minoria também participe, na medida em que nada mais é do que uma técnica para a tomada de decisões, com vistas ao interesse geral, e é por isto que a formação da opinião pública deve ser garantida pelo respeito à liberdade.³⁶

Com a evolução da humanidade (de forma quantitativa, principalmente), a democracia passou por formatos diferentes, até chegar à forma representativa que hoje existe. De fato, na sua origem, apontam os historiadores que a democracia era exercida de forma direta. Com o aumento da população e da quantidade de pessoas que teriam o direito de participar das discussões e da formação das decisões, com a complexidade e dinamismo da sociedade moderna, a democracia direta tornou-se inviável. Encontrou-se, então, a forma da democracia representativa.

Vejamos.

2.1. Democracia Direta

A Grécia Antiga é considerada o berço da democracia direta. Mais precisamente, Atenas. Isto porque, na polis, a gestão dos negócios públicos seguia a vontade da maioria dos cidadãos.

³⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Participação democrática: audiências públicas*. In GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo (coord). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 326.

Há que destacar que a democracia que vigia naquela época apenas se assemelha ao regime contemporâneo porque na Grécia Antiga, a sociedade tinha um formato muito diferente do atual e muito distante da idéia de igualdade entre os indivíduos que hoje existe. Elival da Silva Ramos é categórico neste sentido. O doutrinador lembra que a “democracia” ateniense era um sistema oligárquico-autoritário, que incorporava algumas práticas da democracia direta, mas estas práticas somente eram deferidas a certa classe social, a dos detentores do poder: “A liberdade política não era, portanto, desfrutada igualmente por toda a sociedade, na proporção em que os indivíduos não eram vistos como iguais entre si.”³⁷

Embora com as críticas e ressalvas supra mencionadas, não há como afastar Atenas do estudo da democracia, de sorte que naquela polis de outrora, ainda que para alguns de seus indivíduos, a democracia era direta, como explica Dirceo Torrecillas Ramos:

O supremo poder era atribuído a todos os cidadãos. Todo cidadão ateniense tinha o direito de participar, usando da palavra e votando, na assembléia onde se tomavam as decisões políticas fundamentais. Mas a qualidade do cidadão que presumia a liberdade era hereditária, não cabendo senão a filho de ateniense, exceto atribuição a determinados estrangeiros dessa qualidade por decisão expressa da assembléia. Era uma forma possível apenas em Estados de exíguo território e reduzida população, que permitisse a reunião, em assembléia, de todos os cidadãos, [...].³⁸

O sistema grego (ateniense) que contemplava a participação direta dos cidadãos é impossível de ser praticado nos dias de hoje, principalmente em virtude da grande quantidade de cidadãos existente, a extensão dos territórios nacionais que, como o Brasil, contêm diversas regiões heterogêneas e a morosidade com que uma decisão que contasse com participação de todos seria tomada.

Regina Ferrari acrescenta a este dado numérico, um dado qualitativo, visto que este modelo de participação direta do povo “(...) necessita de um razoável conhecimento das relações jurídicas, econômicas, sociais e diplomáticas, além de não poder prescindir da maturidade política das massas populares”.³⁹

³⁷ RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: RT, 1991, p. 24.

³⁸ RAMOS, Dirceo Torrecillas. *Autoritarismo e democracia: o exemplo constitucional espanhol*. São Paulo, Acadêmica, 1988, p.37.

³⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Participação democrática: audiências públicas*. In GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérulo (coord). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 327.

Constatada a inviabilidade prática, nos tempos modernos, da democracia participativa, muitos apontam a democracia representativa como uma solução. Entretanto, este entendimento não é verdadeiro, segundo o cientista político Humberto Dantas, na verdade, a trajetória do conceito de democracia não é linear, de sorte que a forma representativa não pode ser entendida como uma resposta histórica às imperfeições da democracia direta.⁴⁰

De fato, a sociedade, ante a inviabilidade prática da adoção da democracia direta, preferindo manter o regime democrático, opta pela participação indireta do povo, sem afastar a democracia direta, que acaba se tornando exceção, no sentido de que será mais raramente aplicada.

2.2. Democracia representativa

Democracia representativa é aquela na qual as decisões são tomadas pelos representantes do titular do poder, o Povo. Os representantes são aqueles eleitos pelo próprio povo. Na consagrada fórmula da democracia, tanto a eleição dos representantes quanto a tomada de decisão por eles, será sempre pela maioria.

Segundo Dirceo Torrecillas Ramos, a fórmula da democracia representativa decorre da idéia de Montesquieu, admitindo que “somente alguns têm capacidade de tomar decisões; seria a escolha dos melhores para representar os demais.”⁴¹

A primeira questão que se coloca no tocante à democracia representativa diz com os indivíduos ou grupos que serão representados. Nos primórdios da democracia representativa, o consenso era de que deveriam ser representadas determinadas classes que teriam interesse econômico nas decisões políticas. Paulatinamente, vislumbrou-se que todos os cidadãos deveriam – e poderiam – contribuir com as decisões políticas, independentemente de interesses econômicos. Assim nasce a idéia de sufrágio universal. Este panorama veio no século XX, com a possibilidade de participação de todos os cidadãos, indiretamente, nas decisões políticas.

⁴⁰ Artigo sem título publicado em <www.votoconsciente.org.br>. Acesso em 01 jul 2008.

⁴¹ RAMOS, Dirceo Torrecillas. *Autoritarismo e democracia: o exemplo constitucional espanhol*. São Paulo, Acadêmica, 1988, p.37-38.

Ocorre que, já no último quarto do século XX, foi possível constatar, nas diversas sociedades existentes, as falhas do sistema representativo. Com o aumento dos interesses divergentes dos indivíduos, um único representante de diversas pessoas poderia não representar simultaneamente o interesse de todo o grupo que o escolheu. É o que se denominou crise de representação ou crise de governabilidade que, como explica Mariana Mêncio, poderia ser superada pela implementação de técnicas de participação política, com vistas a refletir as ambigüidades e conflitos sociais da sociedade, possibilitando ao representante eleito conhecer a realidade social e eleger prioridades a serem atendidas.⁴²

Esta suposta crise nada mais é que o espelho do pluralismo, da multiplicidade de interesses que convivem em sociedade e na constatada impossibilidade de todos os interesses de diferentes pessoas serem integralmente convergentes. Vizinhos (que teriam o mesmo interesse no que se refere ao seu bairro) podem ter interesses profissionais distintos, por exemplo.

De outro giro, a era da sociedade da informação faz com que os representados sejam mais exigentes, que as demandas sejam mais urgentes, além de multiplicar a complexidade das relações interpessoais.

Ao mesmo tempo em que aumentam a publicidade e a transparência da gestão pública, seu controle externo também aumenta, fazendo com que cada cidadão tenha interesse em participar ativamente do Governo. Multiplicam-se também as associações civis, para dar força a um determinado interesse de um determinado grupo. Tanto que um mesmo indivíduo pode integrar mais de uma associação.

Neste contexto, o sistema representativo parece não mais satisfazer completamente os anseios da sociedade, de sorte que ganha força a democracia participativa que, sem romper definitivamente com a representação (já que a participação direta como regra é inviável), apresenta a participação crescente da população como uma alternativa, consagrando a democracia semi-direta.

Odete Medauar destaca que a partir de 1955, aproximadamente, começa a surgir a preocupação com a democracia que ultrapassa o direito de voto para eleição de representantes, para permitir a interferência direta na decisão dos representantes eleitos, reconhecendo-se que esta decisão é a concretização dos anseios da

⁴² MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 59-60.

sociedade e não poderia se distanciar das concepções que levaram à eleição dos representantes. Nessa década do século XX, percebeu-se a necessidade de reconhecer no administrado a qualidade de cidadão e não de mero súdito que teria formalmente exercido a democracia ao eleger um representante para gerir a coisa pública. Nesta época, identifica-se a defesa da “democracia administrativa, que pode ser incluída na chamada democracia de funcionamento ou operacional. (...). Isso porque o caráter democrático de um Estado, declarado na Constituição, deve influir sobre o modo de atuação da Administração, para repercutir de maneira plena em todos os setores estatais.”⁴³

Não podemos esquecer que também são representantes do povo aqueles que momentaneamente titularizam o Poder Executivo. De fato, hoje, não só o Poder Legislativo é composto de representantes eleitos pelo povo, mas também o Poder Executivo, especialmente no Brasil ou em outros países que adotem a forma republicana presidencialista de governo. Neste sentido, Odete Medauar destaca para a alteração da própria concepção da separação dos Poderes, operada especialmente em decorrência da eleição do Chefe do Poder Executivo. Nas suas palavras:

Com o advento do Executivo eleito diretamente, não mais se justifica a supremacia do Legislativo, pois haveria a situação de se opor representantes do povo contra representantes do povo. Por outro lado, a ampliação das funções do Estado e a exigência contínua de adoção de medidas no âmbito econômico e social impõem a atuação mais rápida, portanto, incompatível com a lentidão do processo legislativo. Daí a supremacia real do Executivo em todos os países da atualidade; o Executivo passou a ter atividade legislativa intensa, inclusive por atribuição constitucional de poder legislativo, como é o caso das medidas provisórias. Além do mais, verifica-se neste fim de século, realidade dotada de maior complexidade em relação à época de Montesquieu: muitas instituições são dificilmente enquadráveis em algum dos três clássicos poderes, como é o caso do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.⁴⁴

Vale a pena lembrar que Ernest Forsthoff, ao analisar a Administração Pública, para diferenciá-la do Poder Legislativo, em 1966, escreveu que a submissão

⁴³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 24-25. Interessante lembrar que a Organização das Nações Unidas – ONU, já reconheceu esta evolução da democracia, no relatório sobre o Índice de Desenvolvimento Humano de 2000. Neste, afirmou que eleições livres e diretas, existência de oposição e liberdade de imprensa não seriam mais suficientes. Haveria necessidade de o Estado fomentar a participação direta da população, minimizando a horizontalidade e imperatividade no poder.

⁴⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 29.

do Poder Executivo ao princípio da legalidade era no sentido de realizar a função administrativa apenas por meio da aplicação das leis, evidenciando uma supremacia do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo. Esta concepção, no entanto, como bem lembra Forsthoff, foi rechaçada por diversos autores alemães, tendo em vista a possibilidade deferida à Administração de interpretar as normas, inclusive em razão do poder discricionário, decorrente da sua própria autonomia, característica essencial do Estado de Direito, que consagra a separação dos poderes.⁴⁵

Neste momento, o que se quer demonstrar é que a fórmula da representação espraiou-se também para o Poder Executivo, de forma que não há mais como defender eventual supremacia de um poder sobre o outro com fundamento na maior representatividade de um ou outro, já que ambos são eleitos pelo povo. Exceção ao Poder Judiciário no Brasil, cujos integrantes não são eleitos, mas selecionados por meio de concurso público para integrar a carreira.

Sob outro prisma, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar a democracia na contemporaneidade, em artigo originariamente publicado em 1998, explica que o agigantamento estatal operado com a crise do liberalismo “desbalanceou” a tripartição das funções estatais, em favor do Poder Executivo e em desfavor do Poder Legislativo, contribuindo, este desequilíbrio, para a crise da democracia representativa. Nas suas precisas palavras:

Com efeito, este último – o Poder Executivo – por força de sua estrutura monolítica (chefia unipessoal e organização hierarquizada), é muito mais adaptado para responder com presteza às necessidades diuturnas de governo de uma sociedade que vive em ritmo veloz e cuja eficiência máxima depende disto. Ademais, instrumentado por uma legião de técnicos, dispõe dos meios hábeis para enfrentar questões complexas cada vez mais vinculadas a análises desta natureza e que, além disto, precisam ser formuladas com atenção a aspectos particularizados ante a diversidade dos problemas concretos ou de suas implicações polifacéticas, cujas soluções dependem de análises técnicas – e não apenas políticas.⁴⁶

Como resposta a este desequilíbrio entre os poderes, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello explica que a maioria das sociedades mais evoluídas (à exceção dos Estados Unidos da América), optou pelo regime parlamentarista, conferindo o poder de veto sobre a atividade do Poder Executivo. Já na esfera

⁴⁵ Cf. FORSTHOFF, Ernest. *Traité de droit administratif allemand*. (trad. Michel Fromont). Bruxelas: Émile Bruylant, 1969, p.53-55.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Revista diálogo jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, julho, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 01 ago 2008.

administrativa, consagrou-se a procedimentalização da atividade administrativa, no sentido de obrigar a Administração a seguir ritos preestabelecidos legalmente para a tomada de decisões. Ademais, tornou-se recorrente a “jurisdicionalização” do processo administrativo, especialmente com a participação do administrado, que contribui para a maior transparência e controle da atividade administrativa.⁴⁷

O aumento e incremento das atividades do Poder Executivo aumentaram sua importância, permitindo-lhe interferir de maneira direta na esfera jurídica do administrado. Como resposta, houve necessidade de controlar, com cada vez mais força e frequência, os procedimentos administrativos. E, um dos meios mais eficientes e legítimos para ampliar este controle é justamente a institucionalização da efetiva participação do administrado nos processos decisórios.

Seguindo esta mesma idéia de necessário equilíbrio entre os poderes públicos por meio da participação popular, Carlos Ayres Britto escreveu que:

É do nosso entendimento que o controle social do Estado, tanto quanto a direta participação popular nos atos de governo, sejam atividades tanto mais eficazes quanto mais numerosos forem os mecanismos de divisão interna do poder político (Federação, Separação dos Poderes, Sistema Parlamentar de Governo...). É que o povo já encontra os órgãos e pessoas estatais reciprocamente limitados. Mutuamente contidos. E aí passa a conviver de modo mais facilitado com instâncias governamentais já relativizadas ou quebrantadas, cotidianamente, no seu poder institucional. O controle e a participação popular, nesse contexto, apenas dão sequência a mecanismos constitucionais de desconcentração e descentralização da autoridade. Daí a compreensão de que a Democracia pressupõe uma organização estatal que prime pela divisão orgânica e territorial do poder político, em bases equilibradas; quer dizer, sem hegemonia de um órgão estatal sobre outro, ou de uma pessoa territorial sobre as demais.⁴⁸

A Democracia depende, assim, da igualdade entre todas as partes envolvidas, eleitores e mandatários.

2.3. Democracia participativa

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Revista diálogo jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, julho, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 01 ago 2008.

⁴⁸ AYRES BRITTO, Carlos. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 184, nota de rodapé n. 4.

Jorge Miranda, ao discorrer sobre a participação política, destaca que a tendência mundial nos dois últimos séculos e meio foi de os poderes constituídos reconhecerem os administrados como cidadãos completos, elevando-os de “sujeitos ao poder a verdadeiros sujeitos *do* poder”, fazendo os governados participarem cada vez mais das tarefas da vida pública.⁴⁹

Na mesma esteira, o também português Joaquim José Canotilho, ao analisar o princípio democrático como norma jurídica constitucionalmente positivada, expõe que este não se compadece com uma compreensão estática da democracia, que “é um processo dinâmico, inerente a uma sociedade aberta e ativa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social”.⁵⁰

Segundo o cientista político Humberto Dantas, no Brasil, a elaboração da Constituição Federal de 1988 contou com exemplar participação democrática. Este cientista lembra que, na ocasião, foram criados três mecanismos de aproximação entre legislador constituinte e sociedade. Menciona a criação do Sistema de Apoio Informático à Constituinte (SAIC) que permitiu a coleta de 72.719 sugestões de cidadãos brasileiros. A sociedade foi chamada a comparecer em reuniões de subcomissões temáticas, em cerca de 400 encontros, de onde vieram mais de 2.400 sugestões. Menciona, ainda, a possibilidade de apresentação de emendas ao anteprojeto da Constituição Federal por associações legalmente constituídas, com assinatura de 30.000 cidadãos, responsabilizando-se pelas emendas três associações. Advieram 122 emendas populares, com mais de 12 milhões de assinaturas. Destas emendas, 83 atenderam aos requisitos do artigo 24 do Regimento Interno da Assembléia Constituinte e foram defendidas por interlocutores no Congresso. Tudo isso após o regime militar ditatorial, indicando a clara tendência da sociedade brasileira em operacionalizar a democracia ativa.⁵¹

Ao final, no entanto, para este cientista político, a Constituição Federal de 1988 acabada não privilegiou à altura a participação democrática, principalmente porque as leis de iniciativa popular passaram a exigir grande esforço da sociedade, caindo praticamente em desuso.

⁴⁹ MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.37.

⁵⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 289.

⁵¹ Artigo sem título publicado no sitio <www.votoconsciente.org.br>. Acesso em 01 jul 2008.

Entretanto, outros instrumentos de participação direta da comunidade merecem ser destacados. Ganhou repercussão internacional a criação do Orçamento Participativo do Município de Porto Alegre (RS), mencionado pela ONU em 1989, reconhecido em 1996, por esta mesma entidade, como bem sucedida forma de gestão pública. O modelo foi aproveitado em outras unidades da federação. No mesmo sentido, as experiências de Gestão Participativa constituem evolução da participação popular direta no Governo. Constituem importante forma de aproximação do Governo com a sociedade, fazendo-o conhecer melhor as necessidades de cada indivíduo, com a otimização da distribuição dos escassos recursos.

Exemplo que merece ser mencionado é o do Reino Unido, que conta com um sítio exclusivo na internet⁵² para fomentar a participação popular na elaboração do orçamento público, embora voltado para o principal objetivo de “erradicar a pobreza do Reino Unido, “o orçamento participativo aproxima a comunidade local da tomada de decisões no orçamento público”⁵³, porque “envolve a comunidade nas decisões a respeito dos gastos e prioridades do orçamento público”.⁵⁴

O objetivo principal deste projeto inglês é dar voz aos pobres, para que elejam suas prioridades e participem da repartição de riqueza do Reino Unido, conferindo os resultados, inclusive. Este objetivo demonstra que os direitos sociais são realmente uma carência da população mais necessitada.

No Brasil, embora se situe no âmbito do Poder Legislativo, cumpre lembrar a criação, pela Câmara dos Deputados, da Comissão de Legislação Participativa

⁵² Embora seja questionável a qualidade da internet como instrumento para participação popular, não se pode perder de vista que a disponibilização por acesso remoto às informações públicas evitando o deslocamento dos administrados que podem acessar as informações de qualquer computador conectado à rede mundial é uma forma de facilitar a participação popular, desde que não exclua o acesso físico às mesmas informações.

⁵³ Participatory budgeting: <www.participatorybudgeting.org.uk>. A base do projeto “Orçamento Participativo é em Manchester, UK e existe desde 1982, criado por comunidade da Igreja, voltado para a erradicação da pobreza no Reino Unido. Acesso em 03 jul 2008.

⁵⁴ Do original: “involves local people in making decisions on the spending and priorities for a defined public budget. PB processes can be defined by geographical area (whether that’s neighbourhood or larger) or by theme. This means engaging residents and community groups representative of all parts of the community to discuss and vote on spending priorities, make spending proposals, and vote on them, as well giving local people a role in the scrutiny and monitoring of the process and results to inform subsequent PB decisions”. Disponível em <www.participatorybudgeting.org.uk>. Acesso em 03 jul 2008.

(CLP), que viabiliza a participação da sociedade no processo de elaboração das leis, colocando em prática o verdadeiro conceito do devido processo legal legislativo⁵⁵.

Desde sua criação, até abril de 2008, foram recebidas 633 sugestões, pela Comissão de Legislação Participativa. Destas sugestões, dos mais diversos assuntos, 220 foram convertidas em proposições parlamentares, inclusive 81 emendas às leis orçamentárias, 98 projetos de lei, 08 projetos de Lei Complementar e 04 emenda a projetos de lei. A idéia se espalhou pelos entes federados, existindo comissões similares nas Assembléias Legislativas de São Paulo, Acre, Alagoas, Amazonas, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Rio Grande do Sul e Santa Catarina; e algumas Câmaras Municipais (de – Americana/SP, Atibaia/SP, Barbalha/CE, Belém/PA, Belo Horizonte/MG, Bertioga/SP, Campinas/SP, Campos do Jordão/SP, Conselheiro Lafaiete/MG, Curitiba/PR, Goiânia/GO, Gravataí/RS, Guaratinguetá/SP, Guarulhos/SP, Itabira/SP, João Pessoa/PB, Juiz de Fora/MG, Manaus/AM, Pariqueira-Açu/SP, Peruíbe/SP, Santos/SP, São Bernardo do Campo/SP, São José dos Campos/SP, São Paulo/SP, Sete Lagoas/MG, Teresina/PI, Tibagi/PR, Uberaba/MG, Unaí/MG).

2.3.1. A legitimação do Estado pela democracia participativa

Legitimidade é “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância.”⁵⁶

Trata-se, portanto, de confiança do representado no representante, no sentido de que este último adotará a melhor decisão, num determinado caso, num determinado momento.

⁵⁵ “A Comissão de Legislação Participativa (CLP) da Câmara dos Deputados foi criada em 2001 com o objetivo de facilitar a participação da sociedade no processo de elaboração legislativa. Através da CLP, a sociedade, por meio de qualquer entidade civil organizada, ONGs, sindicatos, associações, órgãos de classe, apresenta à Câmara dos Deputados suas sugestões legislativas. Essas sugestões vão desde propostas de leis complementares e ordinárias, até sugestões de emendas ao Plano Plurianual (PPA) e à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Para ampliar o acesso da população ao Poder Legislativo, a CLP também disponibiliza um Banco de Idéias, formado por sugestões apresentadas ao Parlamento pelos cidadãos e cidadãs brasileiros individualmente.” Informação constante na página de apresentação da CLP, disponível em <www.camara.gov.br/comissoes/clp/comissao>. Acesso em 01 jul 2008.

⁵⁶ MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. Rio de Janeiro, Forense: 2007, p. 25.

Tércio Sampaio Ferraz Junior explica que, para Niklas Luhmann, o problema da legitimidade se põe no terreno puramente fático:

Uma estrutura jurídica é para ele – Luhmann – legítima na medida em que é capaz de produzir uma prontidão generalizada para aceitação de suas decisões, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto, dentro de certa margem de tolerância.[...] É, assim, o procedimento mesmo que confere legitimidade e não uma de suas partes componentes.⁵⁷

Vale dizer: para Luhmann, conforme explicado por Ferraz Junior, o procedimento em si traz legitimidade às decisões, independentemente das decisões individualmente consideradas. Nesse passo, vale lembrar que, para o alemão, procedimentos são “sistemas de ação” através dos quais os endereçados das decisões aceitam antecipadamente uma decisão futura, que vai ocorrer. A aceitabilidade independe de a decisão ser ou não favorável ao seu destinatário. A legitimação pelo procedimento, assim, culmina na imunização da decisão final contra as inevitáveis decepções.

Há, dessa forma, uma relação de confiança pré-estabelecida pelas normas que, no próprio entendimento de Luhmann, garantem as expectativas e conferem certa segurança. A existência de um procedimento previsível porque pré-determinado, imuniza a decisão final que vier a ser adotada. E, como é fácil concluir, conferir participação ampla ao interessado no *iter* procedimental é conferir maior legitimidade à decisão.

A evolução até agora narrada permite verificar que o representado, antes, assistia à tomada das decisões pelos seus representantes. Depois, o ordenamento lhe conferiu a possibilidade de participar das decisões políticas, inclusive por meio de ações substitutivas ao próprio Estado, com a aplicação concreta do princípio da subsidiariedade.

A democracia semi-direta, com a crescente participação do cidadão não só na execução de atividades materiais para atender demandas menores de grupos mais limitados, mas também na própria formação das decisões públicas, aumenta a legitimidade do exercício da função administrativa.

Não há dúvidas de que a participação direta aproxima a Administração Pública dos administrados e aumenta a legitimidade dos representantes eleitos pela maioria para decidir e exercer as funções públicas, de sorte a conferir a ponderação

⁵⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Apresentação do livro Legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann. Disponível em <www.terciosampaioferrazjr.com.br>. Acesso em 08 ago 2008.

de variados interesses e influências na tomada de decisões pela Administração Pública.⁵⁸

A questão da legitimidade das decisões esbarra na necessidade de rever o próprio exercício do poder, inclusive das funções legislativa e administrativa, na medida em que é natural que o administrado vislumbre no ato administrativo impositivo a ausência da almejada legitimidade. Faltaria também legitimidade ao ato legislativo que surpreende o administrado que com ele não contava.⁵⁹

Também não é difícil antever que a decisão dos representantes que não conte com a necessária transparência nem leve em consideração aspectos fáticos que deveriam – e poderiam ter – sido considerados se fosse conferida oportunidade de participação do administrado, ferem o princípio da confiança na atuação justa, razoável e correta dos representantes.

Neste sentido, entendemos interessante transcrever a lição do doutrinador português David Duarte, para quem “a intervenção dos particulares no procedimento administrativo permite, generalizadamente, constatar uma antecipação e atenuação dos conflitos, o que se consegue pela reação imediata aos obstáculos e pelo consenso e aceitabilidade da decisão [...]”⁶⁰.

Analisando estritamente a função administrativa, é fácil constatar que, à primeira vista, as leis, enquanto produto da atividade legislativa exercida pelo Poder Legislativo – colegiado e teoricamente plural – gozam de maior legitimidade que o produto do exercício da atividade administrativa do Poder Executivo, seja ele o ato administrativo individual ou o regulamento, com normatividade geral. Como destaca Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] as leis ganham, ainda que em medidas variáveis, um grau de proximidade em relação à média do pensamento social predominante muito maior do que ocorre quando as normas produzidas correspondem à simples expressão unitária da vontade do comandante do Executivo, ainda que este também seja representativo de uma das facções sociais, a majoritária.
[...]

⁵⁸ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 38/39.

⁵⁹ Não se pode perder de vista que estamos falando em administração lato sensu, não apenas no exercício da função administrativa pelo Poder Executivo, mas também no exercício da típica função legiferante do Poder Legislativo já que, como vimos, há possibilidade cada vez mais crescente de participação do indivíduo no devido processo legal legislativo. Nesta dissertação, no entanto, ater-nos-emos ao estudo da Administração Pública, ou Poder Executivo.

⁶⁰ DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 167.

Além disso, o próprio processo de elaboração das leis, em contraste com o dos regulamentos, confere às primeiras um grau de controlabilidade, confiabilidade e imparcialidade muitas vezes superior ao dos segundos, ensejando, pois, aos administrados um teor de garantia e proteção incomparavelmente maiores.⁶¹

Esta idéia é mais facilmente demonstrada na análise da função administrativa, que faremos em momento oportuno.

Ainda sobre a legitimação da atividade do Estado, embora não relacionado diretamente ao tema aqui tratado, mas evidente indicador da tendência moderna de legitimar as decisões estatais também quando no exercício da função jurisdicional, interessante lembrar que a figura processual do *amicus curiae* no processo judicial de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é uma forma de assegurar a participação direta dos administrados na importante atividade judicial de controle das leis. Neste sentido, explica Edgar Dilveira Bueno Filho, que a Lei 9.868/99, art. 7º, §2º, ao prever a intervenção direta de interessados no processo judicial de controle concentrado de constitucionalidade das leis confere maior legitimação social às decisões do Supremo Tribunal Federal, pluralizando o debate constitucional.⁶²

Como se vê, a tendência em aproximar e ampliar a participação direta do administrado na tomada de decisões não se restringe ao âmbito do exercício da função administrativa, mas se espraia para o Poder Legislativo e Judiciário.

Analisaremos os modelos de Administração Pública e correlação da sua organização e institucionalização com a participação direta do administrado.

3. Administração Pública

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Revista diálogo jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, julho, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 01 ago 2008.

⁶² BUENO FILHO, Edgard Dilveira. *Amicus curiae – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 14, junho/agosto, 2002. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 01 ago 2008.

O termo “Administração Pública” pode ser utilizado no seu sentido objetivo ou subjetivo, conforme se refira à atividade desenvolvida ou ao titular desta mesma atividade, respectivamente.

Afora isso, o termo pode ser compreendido em duas acepções, lembradas por Paulo Modesto⁶³, quais sejam, acepção de poder, conforme adotado por Renato Alessi e Santi Romano ou na acepção da atividade desenvolvida, como nas lições de José Roberto Dromi e Gabino Fraga.

À Administração Pública incumbe, de acordo com a clássica tripartição das funções estatais extremamente difundida nos ordenamentos jurídicos ocidentais, ao Poder Executivo, já que este titulariza precipuamente o exercício da função administrativa. Esta é definida por Celso Antônio Bandeira de Mello como “a função que o Estado, ou de quem lhe faça as vezes, exerce, na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.”⁶⁴

Fala-se, assim, em Administração Pública como exercício da função administrativa por ente competente. Esta função, de acordo com a divisão do exercício do poder pelos representantes do povo, na fórmula da democracia representativa, se dá de forma típica pelo Poder Executivo, em que, no Brasil, o chefe é eleito pelo voto direto dos cidadãos.

Na presente dissertação, que pretende abordar a participação popular na Administração Pública, é importante destacar, como faz Mariana Mencio, que em sentido amplo, administrar é exercer a função política de planejamento e execução, ao passo que, em sentido estrito, administrar é exercer a função administrativa de executar a lei, positivando-a, por meio da emissão de normas concretas com a finalidade de realizar o interesse público.⁶⁵

Aqui, cuidaremos do exercício da função administrativa não apenas no sentido de mera execução da lei, mas no sentido amplo, que engloba as funções de

⁶³ MODESTO, Paulo. *Função administrativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, janeiro/fevereiro/março de 2006. Disponível em <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 14 jul 2008.

⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 36.

⁶⁵ MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.19.

execução e de planejamento, idéia que se aproxima daquela adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, acompanhando a lição de Renato Alessi:

Basicamente, a função política compreende as atividades colegislativas e de direção; e a função administrativa compreende o serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia.⁶⁶

O exercício da função administrativa *lato sensu*, assim, pode confundir-se com a gestão conceituada como “o exercício de funções políticas e administrativas, formuladas conjuntamente pela Administração Pública e Poder Legislativo e executadas pelo Poder Executivo, com o propósito de tutelar o interesse público”.⁶⁷

Enquanto o Estado evoluiu de absolutista para liberal, interessante lembrar, com Diogo de Figueiredo Moreira Neto que o Poder Executivo não acompanhou esta evolução com a mesma intensidade, uma vez que houve uma consagração do poder de império do Estado, como a competência discricionária, a autotutela e autoexecutoriedade, na contramão dos princípios liberais.⁶⁸

Neste contexto histórico, prossegue o autor, nasceu o Direito Administrativo como ciência autônoma do Direito, na França, de forma a preservar o poder da Administração Pública da influência do liberalismo que privava o Estado de grande interferência na sociedade, viabilizando, assim, a manutenção e até o crescimento do poder de polícia. Prova disso seria a criação do Contencioso Administrativo francês, afastando o Poder Administrativo do controle da justiça comum.

Assim é que conceitos como o da *imperatividade*, da *supremacia do interesse público*, o da *insindicabilidade do mérito* e o dos chamados *poderes administrativos*, entre os quais o hoje polêmico *poder de polícia*, assomaram a tal importância estruturante que a literatura jurídica do Direito Administrativo tornou-se praticamente unânime quando à articulação dogmática da disciplina sobre a idéia central de que o *interesse público* é um *‘interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos dos cidadãos’*.⁶⁹

Em suma, a evolução da Administração Pública passou pelas fases do absolutismo, do estatismo e da democracia. Na primeira, prevalecia o interesse do rei (“administração regaliana”), na segunda, o interesse do Estado, caracterizando a

⁶⁶ Apud MENCIO, MARIANA. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 20.

⁶⁷ MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.24.

⁶⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 09.

⁶⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.11, grifos do original, citando Umberto Allegretti.

“administração burocrática”. Na terceira fase, prevalece o interesse da sociedade, caracterizando a “administração gerencial”⁷⁰.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto ainda destaca que, no Brasil, a passagem da segunda para a terceira fase iniciou-se antes de completa a transição da primeira para a segunda fase, sendo certo que o motor da mudança foram os princípios da eficiência e da legitimidade, com suas derivações, quais sejam, a subsidiariedade do Estado e a crescente participação política dos administrados, fomentada também pela difusão das informações em incrível velocidade e distância, alcançando praticamente a totalidade da sociedade.

No entanto, fato é que onde há exercício de função, há atividade realizada em interesse alheio. No caso da função administrativa, interesse público. E, para desincumbir-se do exercício da função, o administrador recebe do ordenamento jurídico uma gama de poderes instrumentais, destinados exclusivamente para o atingimento das finalidades públicas. Aqui a idéia de dever-poder:

...cria-se uma entidade ou órgão público para satisfazer interesses públicos (*finalidade*), atribuindo-se-lhe poderes em tese (*competência*) para que sejam exercidos da forma necessária (*flexibilidade*) para efetivamente atendê-los em concreto (*eficiência*)⁷¹.

Assim como o Estado e a Democracia, a Administração Pública sofreu (e continua sofrendo) mutações, atendendo ao dinamismo da sociedade. Nasceu, assim, para exercer suas atribuições de forma burocrática, evoluindo para uma forma gerencial e tendente a passar para a Administração democratizada, com a crescente valorização da participação popular direta na gestão da coisa pública.

3.1. Administração Pública burocrática

Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que a Administração Pública burocrática concebida na segunda metade do século XIX, na época do Estado Liberal, visava combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Com estes objetivos e partindo da desconfiança prévia em relação aos administradores públicos, privilegiava a

⁷⁰ Ibidem, p. 17.

⁷¹ Ibidem, p. 29-30, grifos do original.

rigorosa seleção de pessoal, a formação profissional, organização em carreira, hierarquia funcional, impessoalidade e formalismo, em detrimento da eficiência na prestação do serviço público.⁷²

A burocracia nasceu, assim, como uma forma de controlar a atividade administrativa, na medida em que todos os requisitos para a expedição de qualquer ato administrativo, em consonância com o princípio da estrita legalidade, deveriam estar previstos em lei.

Era uma forma de garantia do administrado. E continua sendo. Muito embora se admita a evolução do princípio da estrita legalidade, ainda assim há um grande respeito à procedimentalização e previsão de toda atividade administrativa. E isto está em absoluta consonância com o ordenamento jurídico vigente. A famosa frase de Rudof Von Ihering “a forma é irmã da liberdade e inimiga jurada do arbítrio” não pode ser ignorada.

Mas, com a evolução da sociedade, é evidente que o próprio princípio da estrita legalidade, principal molde de positivação da burocracia, evoluiu. De fato, não se fala na aplicação às cegas deste princípio, já que tal proceder poderia normalmente culminar em injustiças.

Hodiernamente, o princípio da estrita legalidade é, numa interpretação sistemática do ordenamento jurídico, temperado com o princípio da razoabilidade e, principalmente, com o princípio da eficiência. A doutrina fala, em coro, na expansão do princípio da legalidade que deixa de ter como único parâmetro a lei, para que toda atividade administrativa esteja amparada, antes de tudo, na Constituição. Muitos confundem esta evolução com uma suposta crise do princípio da legalidade, assunto que será tratado mais adiante. Por ora, importa salientar que o princípio da legalidade continua existindo, em conjunto com outros princípios, de estatura constitucional.

Neste sentido, a professora Lucia Valle Figueiredo lembra a lição de Massimo Severo Giannini que, ao abordar o princípio da legalidade, dizia que na contemporaneidade, o princípio estaria atenuado, passando-se de uma interpretação

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceiras na Administração Pública*. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.51.

negativa para uma interpretação de sentido positivo, na medida em que a norma discipline implicitamente um provimento.⁷³

Acompanhando a evolução da sociedade, a Administração Pública não deixa de ser burocrática, mas a ela, Administração, o ordenamento jurídico hoje impõe a necessidade de conciliar a burocracia com a eficiência e razoabilidade no exercício de sua atividade.

Há assim um descortinamento da atividade gerencial da Administração Pública.

3.2. Administração Pública gerencial

Conforme o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE – aprovado em 21/09/1995 pela Câmara da Reforma do Estado, composta pelos Ministros da Administração e Reforma do Estado, do Trabalho, da Fazenda e do Planejamento e Orçamento, e pelo Ministro-chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, a administração gerencial emerge da segunda metade do século XX, para conformar a expansão das funções econômicas e sociais do Estado com o desenvolvimento tecnológico e a globalização da economia mundial. A reforma do Estado, então, passa a ser orientada clara e expressamente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação do serviço público.⁷⁴

Analisando o documento oficial (Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado – MARE), Maria Sylvia Zanella Di Pietro conclui que na administração gerencial são definidas com precisão as metas de cada órgão, atribuindo-se maior autonomia ao administrador na gestão dos recursos, permitindo o controle posterior de resultados.⁷⁵

Para esta doutrinadora, a evolução do Direito brasileiro ao acompanhar a evolução da sociedade apresentou progressos e retrocessos. Este “plano”

⁷³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 42-43.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceiras na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 51.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parceiras na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 50.

desenvolvido no âmbito federal representaria um progresso, na medida em que alteraria o foco do desempenho da função administrativa para contemplar a realização das metas previamente estabelecidas.

Diversamente, Silvio Luís Ferreira da Rocha entende que o modelo proposto pela Reforma do Estado não se adéqua à nossa realidade constitucional, de sorte que sua efetiva implementação dependeria de alteração da Constituição Federal:

Neste modelo em que o Estado se apresenta como um fomentador destas atividades, os recursos são repassados aos particulares mediante a celebração dos contratos de gestão e dos termos de parceria. Este modelo, contudo, não pode ser implantado à luz do texto constitucional que atribuiu ao Estado o dever de prestar, entre outros, os serviços de saúde e os serviços de educação (arts. 199 e 205 da CF), não podendo o Estado renunciar a estas competências. Por outro lado, a atividade administrativa de fomento, como visto, está marcada, especialmente, pelo princípio da subsidiariedade e o da repartição dos riscos, o que impede o Estado de promover, com recursos exclusivos do Tesouro Nacional, as atividades socialmente relevantes desempenhadas pelos particulares, que, por conta dos citados princípios devem investir recursos próprios nas atividades desenvolvidas, a fim de evitar que a filantropia venha a ser exercida exclusivamente com recursos alheios (governamentais) e o fomento transforme-se em sustento, com burla aos princípios da obrigatoriedade de realizar procedimento licitatório para contratar terceiros⁷⁶.

Interessante mencionar aqui a crítica que Emerson Gabardo faz àqueles que associam o advento da Administração Pública gerencial com a importação de um modelo privado de gestão. Para ele, somente à Administração Pública poderia ser imputada a obrigatoriedade legal de eficiência, sendo que, na esfera privada, a eficiência poderia ser uma opção do empreendedor, que lida com interesses essencialmente particulares. Esta opção jamais poderia ficar ao encarregado da execução de função administrativa dada a necessidade de realização do interesse público no modelo republicano e democrático de Estado.⁷⁷

Guardadas as devidas proporções, vez que o empreendedor privado não está fora do direito, podendo ser responsabilizado por má gestão, a verdade é que a crítica é procedente na medida em que no trato da coisa pública, nunca se admitiu a possibilidade de o Administrador agir de forma ineficiente. Tanto assim que muitos doutrinadores criticaram a constitucionalização do princípio da eficiência (introduzido

⁷⁶ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.40-41.

⁷⁷ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p.21

no artigo 37, da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional 19/98). A mais contundente crítica é a do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência.⁷⁸

De toda sorte, a atividade administrativa não se concebe mais como puramente burocrática, como adstrita pura e simplesmente ao princípio da estrita legalidade. As amarras da estrita legalidade não se sustentam diante de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. A administração gerencial, assim entendida a gestão constitucional, legal, razoável e eficiente da coisa pública, consolida-se em substituição à gestão legalista do bem e interesse públicos.

Mas a evolução não parou por aí.

3.3. Administração Pública conformadora

A ordem constitucional de 1988 consagrou largamente a democracia, resguardando a participação direta dos administrados na gestão da coisa pública em diversas oportunidades. Esta participação pode ser entendida como um passo além da Administração gerencial para a Administração conformadora. Nas palavras de Onofre Alves Batista Junior:

[...] Enfim, verifica-se a coexistência de uma administração agressiva, prestadora e prospectiva. [...] A Administração, portanto, não se restringe a se posicionar perante o administrado como entidade eminentemente autoritária, como sequer se limita a ser um complexo de fornecimento de prestações individualizadas, mas possui indiscutível “função conformadora da sociedade!”, cabendo-lhe zelar pelo equilíbrio de posições jurídicas contrapostas. A Administração Pública conformadora [...] transforma-se em uma grande entidade de composição de interesses (públicos e privados) das mais diferentes

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 117-118.

naturezas, iluminada pelo desiderato de eficiência administrativa, que deve contemplar o “longo prazo”.⁷⁹

Evolui a idéia da consensualidade aplicada à Administração Pública, como uma forma de incrementar a legitimidade de seus atos começa e a descoberta da possibilidade de pactuar com os interesses particulares, sem desviar-se do interesse público. Neste sentido:

A consensualidade na tomada da decisão administrativa (decisão consensual) dá-se através da promoção do interesse público pela função decisória administrativa seja ela em concreto ou em abstrato. Na decisão consensual coadjuvante o ente público *deve buscar a audiência dos interessados e, se possível, com eles manter o diálogo e a negociação do interesse, mas somente a ela caberá a decisão, justificando-as motivadamente*, por exemplo: coleta de opinião, debate público, audiência pública e assessoria externa. A decisão consensual determinante pode ser promovida através do plebiscito, referendo, audiência pública, co-gestão e delegação atípica.⁸⁰

Reprise-se: sem desvios dos pilares básicos do Direito Administrativo, enumerados por Massimo Severo Giannini e lembrados por Edilson Pereira Nobre Junior, quais sejam, o princípio da separação dos poderes, a legalidade da ação administrativa como limitação à arbitrariedade, o postulado da jurisdição absoluta e a existência de normas especiais para regular a atividade administrativa, normatizando e restringindo os antes arbitrários poderes do Estado⁸¹.

É possível conceber uma maior participação democrática dos verdadeiros titulares do poder (o Povo), no exercício diuturno da função administrativa. Esta idéia, importante destacar, vai ao encontro do ideal de flexibilidade, maleabilidade, adaptabilidade do Direito, permitindo sua perpetuação. Em outras palavras, com a evolução da sociedade e das formas de exercício do poder, a flexibilidade do Direito, sem distanciar-se dos pilares fundamentais, evita a completa ruptura ao aceitar a adaptabilidade.

Na doutrina portuguesa, encontramos a lição de Pedro Machete, que defende que da aproximação entre Administração e administrado decorre a paridade entre poder público e indivíduo. O doutrinador, lembrando a obra do conterrâneo Vasco

⁷⁹ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 51.

⁸⁰ SANTOS, André Luiz Lopes; CARAÇATO, Gilson. *A consensualidade e os canais de democratização*. In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, José Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Curso de Direito Administrativo Econômico*. Vol. I, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 809, grifos do original.

⁸¹ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *Função administrativa e participação popular*. São Paulo: RT, ano 91, vol. 796, p. 105, fev 2002.

Pereira da Silva intitulada “Em busca do ato administrativo perdido”, de 1996, destaca que tanto Administração quanto administrado são sujeitos de direitos em identidade de posições de base, relacionando-se juridicamente em igualdade de condições, afastando a idéia de administrado como objeto de poder.⁸²

De toda sorte, estes autores portugueses não afastam a existência da supremacia do interesse público (perseguido pela Administração Pública) sobre o particular, em caso de irremediável conflito entre eles. A paridade a que se referem, na verdade, nada mais é que a superação da idéia arcaica do absolutismo disfarçado. O indivíduo deixa de ser visto como súdito, para ser visto pelo ordenamento jurídico como sujeito e titular de direitos e deveres.

Dentre os direitos, destacamos o direito de participação ativa na tomada de decisões administrativas. Esta participação contempla a possibilidade de conformar o interesse privado com o público, sempre que respeitados os pilares básicos do Direito Administrativo, já mencionados.

Assim, admite-se a evolução do exercício da função administrativa para aceitar que a Administração se conduza de forma mais democrática, sem abrir mão dos poderes necessários para desincumbir-se a contento dos seus deveres – mas de forma menos impositiva ou autoritária – aproximando-se da sociedade.

4. Posição do administrado

Como se vê da análise de modelos de Estado e modelos de Administração Pública, a evolução do Direito Administrativo demonstra uma consagração do administrado como sujeito de direitos e deveres.

Demonstra, ainda, a busca pela igualdade formal e material dos indivíduos especialmente sem distinção de classes.

No Estado absolutista, a pessoa era tratada como súdito, a quem cabia somente obedecer aos comandos do governante. Já na era do Estado de Direito, no modelo liberal, o indivíduo era tido como auto-suficiente, titular de direitos fundamentais, mas sem a possibilidade de reclamar ao Estado a garantia de seus

⁸² GAMA, Vasco Pereira da. Apud MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e Administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007, p.33.

direitos. No Estado Social, era visto como titular de direitos, com a possibilidade (e o dever) de exigir do Estado prestações positivas garantidoras de seus direitos individuais e coletivos. No modelo de Estado Administrativo, o indivíduo era coletivamente considerado, titular de direitos e deveres, com capacidade para exigir prestações positivas do Estado, mas também para satisfazer suas necessidades individuais e coletivas de forma autônoma, caracterizando o Estado essencial, nem mínimo, como no liberalismo, nem máximo, como no socialismo.

Na Administração burocrática, o indivíduo encontrava dificuldades para entender os meandros administrativos e ter resguardados, ainda que administrativamente, os seus direitos. Na Administração gerencial, o indivíduo é tratado como cidadão, com poderes para exigir uma prestação adequada, eficiente e econômica dos serviços públicos. Na Administração conformadora, ele é chamado a participar da formação das decisões administrativas, com a consagração da cidadania ativa.

Vale lembrar que a visão de Estado como mero instrumento de realização da pessoa humana nasceu com os movimentos liberais que eclodiram no Ocidente nos séculos XVII, XVIII e XIX.⁸³

Não restam dúvidas quanto à necessidade de respeito e ampliação da participação popular direta em todos os âmbitos do Estado, em especial na Constituição Federal de 1988, que consagrou, às claras, o princípio da soberania popular⁸⁴.

De fato, o artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988 nada mais é que a constitucionalização do princípio da soberania popular que é inerente a todo Estado que se diz democrático.

Independentemente da forma de democracia vigente, esta pressupõe a igualdade e liberdade dos indivíduos, especialmente porque o povo é o fundamento da legitimidade do poder.

Neste sentido, é claro que a participação popular é pressuposto do sistema político democrático ("governo pelo povo"), já que por meio dela se concretiza o princípio da soberania popular. Nas palavras de Elival da Silva Ramos, "está-se diante de um instrumento que é o *único* adequado à obtenção dos fins do Estado

⁸³ RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: RT, 1991, p. 16.

⁸⁴ BRASIL, Constituição Federal de 1988, art. 1º. Parágrafo único. "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

democrático: a chamada Democracia instrumental é condição *sine qua non* da Democracia dita substancial”.⁸⁵

Falamos em instrumento porque a participação popular não pode ser considerada um fim em si mesma, mas apenas uma forma de legitimar o poder constituído segundo o regime democrático.

Sem participação popular, não há democracia. Sem democracia não há soberania popular.

Nas palavras precisas de Georges Burdeau, “só há democracia autêntica quanto o povo, suporte do poder político, está habilitado a exercê-lo diretamente, pelo menos a controlar-lhe o exercício.”⁸⁶

Destarte, conclui-se que o sistema político pátrio é democrático, com a consagração do princípio da soberania popular no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.

Podemos dizer incorporado ao direito brasileiro, como direito fundamental, o direito de participação popular, na forma em que consagrada na Constituição Federal, por meio da jurisdicização do princípio da soberania popular.

Reconhecida a participação popular como direito fundamental, cabe agora analisar as formas de concretização desta participação.

A participação popular pode se dar, basicamente, de duas formas, quais sejam, o controle social *a posteriori* e a efetiva interferência no processo decisório.

Diz Juarez Freitas, ao tratar do controle social posterior à edição do ato administrativo, que a dialeticidade da atividade administrativa representa a perda de espaço das atitudes exorbitantes do direito comum para a consensualidade, sem prejuízo da coercibilidade que ainda pode remanescer nas mãos da Administração.⁸⁷

Esta tendência não é exclusividade do Direito brasileiro. Na verdade, como já lembrado anteriormente⁸⁸, a ONU reconhece a necessidade de ampliação da participação democrática dos indivíduos na formação das decisões administrativas e legislativas e, mais concretamente, de forma já positivada, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia prescreve em seu artigo 41:

⁸⁵ RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: RT, 1991, p. 21, grifos do original.

⁸⁶ Apud RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: RT, 1991, p. 23.

⁸⁷ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 87.

⁸⁸ Capítulo I – item 2.3.

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e Órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial.⁸⁹

Interessante lembrar que a democratização da Administração Pública está umbilicalmente ligada ao grau de participação popular no exercício da sua atividade principal. Se ultrapassado o patamar de participação para além do direito de eleição de seus representantes, mais democrática será a gestão da coisa pública. Como resume Diogo de Figueiredo Moreira Neto, citado por Mariana Mencio, a forma de participação mais simples é a informação prévia, contemporânea ou posterior à edição do ato do Poder Público. Numa forma mais completa, a participação popular pode influenciar a decisão pública ou sua execução. Mais contundente ainda é a participação na elaboração da decisão, com a possibilidade de manifestação formal do interessado e consideração de tudo quanto alegado. E, a manifestação mais concreta da participação popular na gestão pública seria a co-autoria na decisão, levando à co-responsabilidade pelo seu conteúdo. De toda forma, a possibilidade de conhecimento prévio dos procedimentos de tomada de decisões amplia os limites do controle dos atos do Poder Público e confere maior legitimidade à atividade pública.⁹⁰

Assim, a participação direta do administrado no exercício da função administrativa possui graus identificáveis pelo momento em que é deferida esta participação e a influência que tal atitude terá na formação da decisão pelo órgão competente.

A participação popular direta constitui, assim, instrumento essencial de concretização do sistema político democrático, inerente ao modelo de Estado de Direito adotado no Brasil, especialmente em virtude da consagração do princípio da soberania popular.

Cabe, agora, analisar detidamente a participação popular direta no exercício da função administrativa.

⁸⁹ Ibidem, p. 28, nota de rodapé n. 11.

⁹⁰ Apud MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 69.

CAPÍTULO II

A PARTICIPAÇÃO DIRETA DO ADMINISTRADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1. Delimitação do tema

Tendo em vista a consagrada tripartição das funções estatais exercidas tipicamente por três diferentes poderes constituídos, a participação do administrado pode se dar no âmbito de qualquer um destes poderes: Legislativo, Executivo ou Judiciário.

Pode, ainda, haver interferência do administrado na atividade do Ministério Público e do Tribunal de Contas, com a ressalva de que este é inserido constitucionalmente no âmbito do Poder Legislativo.

Afora a seara em que se dará a participação direta do administrado, é possível distinguir dois momentos distintos de participação: aquela que ocorre posteriormente à prática de uma determinada atividade e aquela que ocorre no decorrer do exercício da própria atividade. A primeira tem um cunho basicamente fiscalizador, caracterizando uma participação-controle. A segunda, que auxilia e influi na formação da decisão do órgão competente, tem, além do condão de fiscalização, a característica da colaboração. Importante esclarecermos que o cunho decisório é aqui retratado de forma ampla, isto é, comporta toda manifestação administrativa que contenha uma opção do administrador (decisão). Neste sentido, a elaboração de normas jurídicas, desde que não inovem o ordenamento jurídico (papel reservado à lei em sentido estrito), também guarda cunho decisório, na medida em que a normatização pelo Poder Executivo, sem possibilidade de inovação, demonstra a opção do administrador em regular uma determinada área. Por exemplo, no âmbito das agências reguladoras, a edição de normas hierarquicamente subordinadas à Constituição Federal e às leis aplicáveis, decorre de uma decisão administrativa de normatizar num determinado sentido.

2. A participação popular na formação das decisões administrativas como direito fundamental?

Sem perder de vista o disposto no artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, segundo o qual a titularidade do poder (que é uno) é do povo, é evidente que a participação popular direta em toda e qualquer atividade pública deve ser prestigiada, mas sem comprometer o bom desenvolvimento desta mesma atividade.

O próprio sistema constitucional estabeleceu a participação popular indireta como regra, prevendo expressamente as hipóteses em que a participação direta seria necessária ou admitida, tudo em consonância com o sistema democrático e os princípios de direito público consagrados constitucionalmente.

De fato, como o poder emana do povo, que o exerce de forma indireta ou direta, nas hipóteses constitucionalmente previstas, é de se concluir que a participação popular no Poder é inerente à forma de Estado adotada constitucionalmente.

Destacamos que a participação popular direta não se encontra no rol dos direitos e garantias individuais estabelecidos no Título II, Capítulo I, da Constituição Federal, de forma que caracterizá-la como direito fundamental (individual ou coletivo) levaria à ampliação deste rol. Evidente que a ampliação não é vedada (por expressa dicção do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, mas a melhor doutrina alerta, hoje, para os riscos da “inflação” e vulgarização dos direitos fundamentais. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet escreveu:

No que diz com o reconhecimento de novos direitos fundamentais, impende apontar, a exemplo de Perez Luño, par ao risco de uma degradação dos direitos fundamentais, colocando em risco o seu “*status* jurídico e científico, além do desprestígio de sua própria fundamentalidade”. Assim, fazem-se necessárias a observância de critérios rígidos e a máxima cautela para que seja preservada a efetiva relevância e prestígio destas reivindicações e que efetivamente correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal.⁹¹

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2006, p. 63-64.

De outro lado, lembramos que a participação popular direta no Poder não é o único elemento que assegura a existência de uma democracia, no formato do Estado de Direito consagrado pela vigente ordem constitucional. Na verdade, a participação popular é de extrema importância e os meios para sua concretização no mundo dos fatos são relevantes, mas esta participação não basta para democratizar o poder.

Como bem lembrado por Marcos Augusto Perez⁹², a simples participação não garante a existência de democracia, pois esta depende também de outros elementos, como igualdade, legalidade, pluralidade, respeito às minorias etc.

A participação popular (na forma de controle ou na forma de auxílio para formação de decisões públicas), no âmbito de quaisquer dos poderes públicos constituídos concretiza o Estado de Direito e efetiva o Estado democrático, como se lê no artigo 1º da nossa atual Constituição Federal. A participação popular constitui, assim, um dos fundamentos do Estado Democrático, na medida em que corresponde ao exercício de cidadania proativa. No sistema constitucional pátrio, a qualidade da cidadania, isto é, a titularidade de direitos políticos não é atribuída a todo e qualquer indivíduo, mas somente àqueles que preencherem os requisitos constitucionais necessários para gozar deste direito⁹³. E, os direitos políticos, forçoso reconhecer, constituem direito fundamental, já que intrinsecamente ligados à liberdade (liberdade de reunião, liberdade de associação, liberdade de informação etc).

Ana Maria D'Ávila Lopes salienta o fato de o atual texto constitucional prever expressamente a cidadania como um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro. Assim, confere ao cidadão o direito de ser protagonista na construção de sua própria história, de forma que a cidadania ativa é um elemento que reflete os valores mais essenciais da sociedade, protegendo a dignidade humana e contribuindo para a legitimação da atuação estatal.⁹⁴

Embora não haja absoluto consenso doutrinário, cumpre-nos destacar que há quem aponte a participação política – assim entendida a participação popular

⁹² Cf. PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 17-18.

⁹³ De fato, gozam de direitos políticos os nacionais ou naturalizados, na forma dos artigos 12 e 14, da Constituição Federal.

⁹⁴ LOPES, Ana Maria D'Ávila. *A cidadania na Constituição de 1988*. In BONAVIDES, Paulo e outros. *Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 28.

decorrente do exercício do direito de cidadania – como um direito fundamental de quarta geração, ao lado dos direitos individuais, sociais e de fraternidade (primeira, segunda e terceira gerações, respectivamente).⁹⁵

As gerações, ou dimensões dos direitos fundamentais, como preferem alguns⁹⁶, referem-se às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas do ser humano, como apontamos no capítulo anterior.

Assim, direitos de primeira dimensão são aqueles reconhecidos pelo pensamento liberal burguês como fundamentais, de cunho eminentemente individualista e negativo, no sentido de que pressupõem uma abstenção estatal. São os direitos à vida, liberdade, propriedade e igualdade perante a lei.

Os direitos de segunda dimensão decorreram do desenvolvimento da doutrina socialista, em meados do século XIX, já que ligados à atribuição de comportamento ativo do Estado. São os direitos sociais.

Como de terceira dimensão, encontramos os direitos de fraternidade ou solidariedade, destinados à proteção de grupos humanos. São direitos de titularidade coletiva ou difusa, como por exemplo o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente etc.

Finalmente, direitos de quarta dimensão correspondem, na doutrina de Paulo Bonavides, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social, como o direito à democracia, direito à informação e o próprio pluralismo.

Entendemos que a participação popular no poder constitui um direito fundamental, de quarta geração, pois ela decorre do formato de democracia consagrado na Constituição Federal (democracia participativa). Mesmo aqueles resistentes em ampliar (ou inflacionar) o rol de direitos fundamentais não negam – até porque não poderiam negar – aplicabilidade ao §2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, aquele que afirma ser possível ampliar o rol dos direitos fundamentais. Importante é, como lembra Ingo Wolfgang Sarlet, estabelecer um conceito elástico de direito fundamental, que acompanhe a evolução da sociedade e permita sua adaptação à luz do direito constitucional positivo.⁹⁷ Neste sentido, para este doutrinador, com base na lição de Robert Alexy, é possível elaborar um conceito

⁹⁵ DAL BOSCO, Maria Goretti. *Audiência pública como direito de participação*. RT. São Paulo, v. 92, n. 809, p. 727-39, mar 2003.

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Advogado, 2006, p. 54-68.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 91.

propositadamente aberto, genérico de direito fundamental, buscando identificar a nota de “fundamentalidade” material (direitos que contém “decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”⁹⁸) e formal (direitos previstos expressamente na Constituição Federal, de hierarquia superior com relação às demais normas do ordenamento, diretamente aplicáveis e vinculantes). Neste sentido, a democracia constitui um direito fundamental, especialmente na sua forma participativa, nota que viabiliza a concreta soberania popular.

No próprio corpo da Constituição Federal há diversas referências à participação popular direta no exercício dos poderes públicos, ficando evidente que o legislador constituinte em 1988 buscou consagrar a participação popular nas suas diversas formas e nas mais diferentes áreas.

Assim, o direito de ser ouvido após ciência dos atos que quando praticados podem interferir no patrimônio jurídico da pessoa, decorre do formato de Estado Democrático de Direito consagrado na atual ordem constitucional. A participação popular nos processos decisórios é uma decorrência da democracia participativa, e embora o modelo participativo não seja um formato de democracia que constitua direito fundamental, reconhecemos que a garantia da participação do cidadão no exercício do poder do qual é titular não pode ser suprimida da atual ordem constitucional.

Não obstante, embora a audiência pública seja um importante instrumento de participação popular direta, é um direito do administrado quando assim previsto em lei *lato sensu*, mas não é um direito fundamental constitucionalmente assegurado, de forma autônoma.

Ressaltamos, todavia, que a audiência pública é um direito de existência e aplicabilidade reconhecida pela doutrina e jurisprudência pátrias. Nesta esteira, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no sentido de que há direito líquido e certo à participação popular por meio de audiência pública, cuja lesão ou ameaça de lesão pode ser objeto de apreciação judicial pela via do Mandado de Segurança.⁹⁹

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Advogado, 2006, p. 89.

⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, MS 24.665-1/DF, Tribunal Pleno, Rel. Originário Min. Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso, j. 01/12/2004, íntegra do acórdão disponível no site <www.stf.jus.br>. Acesso em 05 abr 2009.

Lembramos, ainda, a lição da Professora Lucia Valle Figueiredo, que reconheceu na audiência pública um direito difuso ou direito público subjetivo de defesa da comunidade e, reflexamente, um direito individual.¹⁰⁰

Por outro lado, destacamos que a audiência pública se desenvolve dentro de um processo administrativo, que é uma garantia constitucional (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988) fundamental sob o enfoque do cidadão. Nas palavras de Odete Medauar:

[...] além de garantia constitucional individual, (o processo) deve ser enfocado como garantia de direitos difusos, do que fornece exemplo o processo de licenciamento ambiental com a participação, em contraditório, de entidades ambientalistas direcionadas à defesa de interesses difusos.¹⁰¹

Diogo de Figueiredo Moreira Neto esclarece que a audiência pública teve sua origem no direito anglo-saxão e sua institucionalização decorre diretamente do devido processo legal formal, “partindo-se da necessária existência de um direito individual que qualquer pessoa tem de ser ouvida em matéria em que esteja em jogo seu interesse, seja concreto seja abstrato (*right to a fair hearing*)”¹⁰²

No direito comparado, fala-se em “princípio jurídico *audi alteram pars*: é a necessidade política, jurídica e prática de ouvir o público antes de adotar uma decisão quando ela consiste em uma medida de caráter geral, um projeto que afeta o usuário ou a comunidade, o meio ambiente, ou é uma contratação pública de importância etc”.¹⁰³

A repercussão do princípio da audiência para abranger a sua efetivação nos casos de impactos ambientais, concessões de serviço público etc, segundo Agustín Gordillo, embora tenha se iniciado no direito anglo-saxão, é de natureza universal, com campo de aplicação muito amplo, com variantes e ramificações.¹⁰⁴

¹⁰⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 8, novembro, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 01 ago 2008.

¹⁰¹ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 80.

¹⁰² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Audiências Públicas*. RDA, Rio de Janeiro, 210, p 14, outubro 1997.

¹⁰³ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La defensa del usuario y del administrado. 9. ed. Buenos Aires: FDA, 2006. Disponível em <www.gordillo.com>, p. XI-7. Acesso em 15 ago 2008.

¹⁰⁴ Ibidem, p. XI-2

Cumpre-nos destacar que a obrigatoriedade de oitiva dos interessados na tomada de decisões administrativas que transcendam a esfera individual está prevista em diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Assim consta do Pacto de San José da Costa Rica, no artigo 23.1. Consta também da Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 21.1, além de expressa previsão no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 25, e da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, artigos XIX e XX.

A realização de audiência pública não deixa de ser uma forma de legitimação da atuação administrativa na gestão da coisa pública, na medida em que confere maior transparência e eficiência ao exercício da atividade administrativa, além de permitir a razoabilidade das decisões públicas baseadas em dados reais, viabilizar a formação de consenso da opinião pública e, assim, democratizar a Administração.¹⁰⁵

Segundo Jessé Torres Pereira Junior, as audiências públicas “integram o perfil caracteriológico dos Estados Democráticos de Direito modelados pelo constitucionalismo europeu do pós-guerra, para o qual o poder político não apenas emana do povo e em seu nome é exercido (democracia representativa), mas comporta a participação direta do povo (a fórmula da democracia mista ou plebiscitária inscrita no parágrafo único do art. 1º, da Constituição Federal de 1988).”¹⁰⁶

A participação popular no bojo de processo administrativo decisório decorre do princípio constitucional da soberania popular e é exemplo prático de aplicação do direito de o interessado ser ouvido, com acesso ao expediente administrativo, direito de produzir provas e de ter consideradas as suas alegações¹⁰⁷. Como já destacamos, com o auxílio de Agustín Gordillo, a participação, consagrada primeiro como direito individual decorrente do direito de defender interesses privados foi francamente expandida para albergar os interesses coletivos, difusos.

Em razão do efeito prático da audiência pública (maior legitimação, transparência, eficiência etc da Administração Pública), acreditamos que este instrumento de participação democrática não poderia ser suprimido do ordenamento

¹⁰⁵ Confira GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La defensa del usuario y del administrado. 9. ed. Buenos Aires: FDA, 2006, p. XI-6

¹⁰⁶ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 5. ed, 2002.

¹⁰⁷ Confira: GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La defensa del usuario y del administrado. 9. ed. Buenos Aires: FDA, 2006. Disponível em <www.gordillo.com>, p. XI-1. Acesso em 15 ago 2008.

jurídico. Aliás, como teremos oportunidade de analisar mais adiante, a tendência contemporânea demonstra o crescimento da aplicação deste instrumento de intervenção direta do cidadão no exercício do poder.

Em termos genéricos, Garcia de Enterría e Ramón Fernandez lembram, como também já fizemos anteriormente, que o tema da participação cidadã na Administração Pública não corresponde, em sentido estrito, à participação política, mas participação do indivíduo no funcionamento da Administração, tanto no *uti singulis*, quanto no *uti socius, uti cives*.¹⁰⁸

O presente trabalho dirige seu foco para o Poder Executivo (Administração Pública), portanto não será analisada a participação popular sob a forma de controle posterior das decisões administrativas, mas sim a questão da colaboração do administrado no exercício de opção do administrador.

3. Conceito de participação popular

Não é pacífico na doutrina o conceito de participação popular. Para alguns, todo e qualquer tipo de participação do particular ou envolvimento no exercício de atividade com finalidade pública caracterizaria participação popular.¹⁰⁹

Com a devida vênia àqueles que assim pensam, ousamos divergir.

Em primeiro lugar, importante lembrar que a participação popular aqui tratada vai muito além da escolha dos dirigentes do Estado pelo voto universal, direto e secreto. A participação nas eleições é decorrência da democracia indireta, ou semi-direta.

¹⁰⁸ No original: “Para el tema de la participación ciudadana en la Administración (no nos corresponde, naturalmente, estudiar en profundidad los problemas generales de la participación política) existe hoy una especial sensibilidad; participación es una gran entelequia social y política de nuestro tiempo. [...] hay que comenzar por hacer una salvedad: nos referimos a la participación Del ciudadano em el funcionamiento de la Administración no *uti singulus*, como parte de um procedimiento, esto es, como titular de intereses o derechos propios, sino como miembro de la comunidad, *uti socius, uti cives*, como simplemente afectado por el interés general.”. ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. II. Madrid: Thomson-Civitas, 9. ed, 2004, p.83.

¹⁰⁹ Neste sentido, Mariana Mencio lembra a posição de Wallace Paiva Martins Junior, para quem as concessões de serviço público seriam uma modalidade de participação democrática do particular no exercício da atividade administrativa. (MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 70).

A participação popular que se pretende explorar é aquela decorrente do exercício direto da cidadania pelos particulares, ou seja, é a participação direta na formação das decisões públicas e não por meio de representantes eleitos democraticamente para compor o Parlamento.

No entanto, a participação popular, para caracterizar-se, pode ser dar de forma individual ou por meio de associações, grupos etc.

Carlos Ayres Brito já escreveu que a participação popular é conferida ao particular tanto para “imiscuir-se nos negócios do Estado para dar satisfações a reclamos que só repercutem no universo particular do sindicante”, como para “imiscuir-se nos negócios do Estado para dar satisfações a reclamos que repercutem no universo social por inteiro”.¹¹⁰ Para além disso, o professor Carlos Ayres Brito destaca que não se pode confundir participação popular *stricto sensu* com controle social, sendo certo que a participação popular, com o enfoque que é dado no presente trabalho, diz com a colaboração e aproximação entre poder público constituído e indivíduo, numa verdadeira emanção de soberania popular.¹¹¹ Mais. A participação popular no âmbito do Poder Executivo caracteriza-se pela influência do particular no exercício da função administrativa, sem que este se transmute em órgão da administração pública (sem perder a qualidade de particular, portanto), influência esta que deverá ser respeitada pela administração, sendo certo que a efetiva participação não depende da boa vontade da administração. Em suma:

A participação popular não quebra o monopólio estatal da produção do Direito, mas obriga o Estado a elaborar o seu Direito de forma emparceirada com os particulares (individual ou coletivamente). E é justamente esse modo emparceirado de trabalhar o fenômeno jurídico, no plano da sua criação, que se pode entender a locução “Estado democrático” (figurante no preâmbulo da Carta de outubro) como sinônimo perfeito de “Estado participativo”.¹¹²

¹¹⁰ BRITO, Carlos Ayres. *Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 189, p. 114-122, jul-set 1992.

¹¹¹ Nas palavras do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, lembrando que a decisão administrativa é destacada no texto como norma concreta emanada da autoridade competente: “Por conseqüência, não há confundir a participação popular com o controle social, pois o fim de quem efetivamente participa não é atuar um comando constitucional que força o Estado a olhar para trás. A parte privada, o grupo ou o conjunto da sociedade, nenhum deles pretende fazer da liberdade ou da cidadania um elemento de anulação do poder político, à base do ‘cessa tudo que a antiga musa canta, que outro valor mais alto se alevanta’ (Camões). O objetivo colimado não é fazer ‘oposição’ ao governo – convenhamos - , mas ‘negociar’ com ele a produção de uma nova regra jurídica pública. Aqui, uma emanção da soberania popular, e, destarte, poder. Ali, uma emanção da cidadania, ou da liberdade, e, portanto, direito.” (BRITO, Carlo Ayres, obra citada, p. 120).

¹¹² BRITO, Carlos Ayres. *Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 189, p. 121-122, jul-set 1992.

Neste sentido, a participação popular será caracterizada quando ao particular for deferida a oportunidade de interferir na formação das decisões administrativas de gestão da coisa pública. Este, aliás, é o entendimento que se coaduna com o devido processo legal substancial. A oportunidade de ter ciência da necessidade de decisão administrativa, a oportunidade de expor seu ponto de vista, a oportunidade de aproximar o administrador público da realidade fática, a oportunidade de ter suas manifestações consideradas, analisadas e acolhidas ou rechaçadas, motivadamente, é que dão a correta idéia de participação popular na formação das decisões administrativas.

Caso o não acolhimento da manifestação do particular não seja motivado, entendemos que haverá violação ao artigo 93, inciso X¹¹³, da Constituição Federal, artigo este que embora incluído no capítulo da Constituição reservado ao Poder Judiciário, neste dispositivo constitucional encontramos a obrigação de o Poder Judiciário motivar as decisões que profere ao exercer atividade atípica (administrativa, não jurisdicional). Donde concluímos que à Administração Pública há a imposição constitucional de motiva suas decisões. Ademais, lembramos que o princípio constitucional da publicidade impõe o dever de transparência à Administração Pública, de forma que deixar de motivar uma decisão administrativa que não acolhe manifestação popular equivale a violar, de forma reflexa, a participação pública.

Cabe, entretanto, uma ressalva. A participação popular *stricto sensu*, ou seja, aquela entendida como a colaboração ativa e efetiva do administrado na formação das decisões administrativas, não deixa de ser uma espécie de controle da atividade administrativa. Isto porque, para participar ativamente, o administrado deverá ter conhecimento prévio dos assuntos a respeito dos quais pretende colaborar com o administrador. No entanto, esta forma de controle não se confunde com controle social exercido *a posteriori*. Primeiro, porque o controle social é um fim em si mesmo, pode e deve ser exercido por qualquer pessoa, em regra, provocando o Poder Judiciário, que fica, de seu turno, adstrito aos limites da legalidade do ato administrativo controlado. De outro lado, o controle da atividade administrativa necessário para viabilizar a colaboração do administrado com a Administração não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para viabilizar a participação particular

¹¹³ “X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”

ativa, dentro do âmbito da Administração Pública, exercido pelo particular que guardar algum interesse com o objeto em discussão (e não qualquer pessoa, como será esmiuçado a seguir). Outra distinção relevante entre controle social e a participação popular na Administração Pública que ora estudamos, diz com o momento em que cada um é exercido. O primeiro ocorre após a tomada de decisão administrativa. O segundo, ao contrário, antecede a decisão administrativa final.

Didaticamente, Paulo Modesto sintetiza que a participação popular na administração pública é, necessariamente, conceito restrito, cingindo-se à efetiva interferência do administrado no processo de concretização da norma jurídica. Neste sentido estrito, não caracteriza participação popular na administração pública o ingresso de indivíduo, mediante concurso, em carreira pública, ou atividades compulsórias como o serviço militar obrigatório, ou a prestação de serviço público por concessionários que guardam seus interesses econômicos particulares, bem como particulares que defendem interesses puramente privados, como a obtenção de uma licença ou autorização administrativa.¹¹⁴

A participação popular direta na formação das decisões administrativas é aquela que ocorre em nome do interesse público, sem vínculo com o Poder Público de qualquer forma.

Entendida a participação popular na Administração Pública, é importante destacar a existência de graus de operacionalização desta interferência na atividade administrativa. Além de graus, é também possível identificar os momentos e os limites desta participação.

4. Tipologia da participação popular na Administração Pública

Para analisar a participação popular na Administração Pública, o cientista social Rafael Mahfoud Marcoccia cita Franco Montoro que enumera cinco razões para considerar importante a participação popular, a saber:

- a) as decisões e os programas são enriquecidos pelo conhecimento e experiência de muitas pessoas;

¹¹⁴ MODESTO, Paulo. *Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, outubro, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 01 ago 2008.

- b) por isso, há maior probabilidade de corresponder às necessidades reais e serem eficientes;
- c) as pessoas que cooperam na elaboração ou nas decisões tornam-se mais interessadas e envolvidas na sua execução, e não precisam ser convencidas;
- d) dá-se aos interessados a oportunidade de aplicar seus conhecimentos e aperfeiçoar sua competência; e
- e) serve melhor ao bem comum e assegura a promoção humana.¹¹⁵

Como se vê, a participação popular na formação das decisões administrativas além de possuir o efeito prático de aproximar a autoridade da realidade dos fatos, confere maior legitimidade à decisão que comportou e considerou as alegações dos indivíduos situados fora do órgão decidendo.

Desta forma, como concretização do princípio do Estado Democrático de Direito, inquestionável a importância da participação popular nos processos de cunho decisório da Administração Pública.

Edílson Nobre Pereira Junior, lembrando Diogo de Freitas do Amaral, salienta que a participação cidadã pode se dar, na prática, de forma estrutural ou funcional. No primeiro modelo, a ordem jurídica proporciona que particulares (sem perderem a condição de particulares) participem de órgãos que componham a estrutura interna da Administração, como seria o caso de Conselhos de gestão. A Constituição Federal de 1988 é pródiga de exemplos neste sentido, como se vê nas previsões dos artigos 194, parágrafo único, inciso VII, 198, inciso II, 204, inciso II, 206, inciso VI e 216, § 1º, entre outros.

A participação será funcional quando houver efetiva colaboração entre particulares interessados e Administração Pública, independentemente daqueles integrarem a estrutura organizacional pública.

Vale reprimir que a participação estrutural não gera outros vínculos entre particular e administração que possam desnaturar a finalidade da existência do órgão democrático de controle. Em outras palavras, o particular interessado que integre órgão democrático de gestão pública não tem vínculo funcional ou hierárquico com a Administração Pública, exercendo apenas as atribuições que a Constituição prevê.

¹¹⁵ MARCOCCIA, Rafael Mahfoud. *Associação dos Trabalhadores Sem Terra de São Paulo: uma experiência de participação popular na solução do problema habitacional de São Paulo*. Mestrado em Ciências Sociais: São Paulo, 2007, p. 25. Disponível em <www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5888>. Acesso em 22 set 2008.

Delimitada a idéia de participação popular na formação das decisões administrativas, cumpre agora analisar a eficácia desta participação. Para tanto, valemo-nos novamente das didáticas palavras de Paulo Modesto¹¹⁶, que classifica a participação popular quanto à eficácia de sua ação em: (i) *vinculante* (a. decisória e b. condicionadora, casos em que limitam a atividade administrativa, como na co-gestão e nos conselhos administrativos que limitam a discricionariedade da autoridade superior, exigindo motivação extensa em pronunciamentos divergentes, respectivamente); ou (ii) *não vinculante* (como no caso dos conselhos meramente consultivos).

Quanto à matéria e estrutura da intervenção, a participação pode ser: (i) *consultiva* (a. individual; b. colegial; ou c. coletiva, como as audiências públicas) ou (ii) *executiva* (a. co-gestão ou b. autônoma).

Mariana Mencio, de forma relativamente diversa, identifica as seguintes variações de grau de intensidade de participação popular: informação, influência, elaboração da decisão e co-decisão¹¹⁷.

Embora com pequenas variações doutrinárias, pode-se concluir que os graus de participação popular, em geral, distinguem-se pela (i) *obrigatoriedade* ou não de existir participação popular; (ii) a *vinculação da administração ao resultado da participação popular*; (iii) *prazo de antecedência* com que será franqueada a participação popular antes de tomada a decisão administrativa final.

Estes graus dependem do tipo de participação popular. A tipologia, por sua vez, decorre diretamente do ordenamento jurídico. Como não se admitem desvios do princípio da legalidade, a participação popular será sempre obrigatória quando o ordenamento assim determinar. Da mesma forma, a vinculação ao resultado da participação dependerá de prévia determinação legal.

Interessante lembrar que ratifica o espírito da participação popular a possibilidade de a Administração permitir efetiva participação popular mesmo quando o ordenamento não lhe impõe tal obrigação. Isto porque, dentro do campo da competência discricionária, diante da inexistência de imposição (ou vedação) legal, pode o administrador chamar os particulares interessados para participarem

¹¹⁶ MODESTO, Paulo. *Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, outubro, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 01 ago 2008.

¹¹⁷ MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 71.

da formação de sua decisão, quando entender conveniente e oportuno. Caso assim proceda, é bom ressaltar, não estará abrindo mão de poderes administrativos, já que o resultado da participação popular não poderá ser vinculante sem expressa determinação legal. Não poderá ignorar as manifestações dos particulares interessados, devendo considerá-las para formação da decisão, sem ficar a elas adstrito.

Antecipando o detalhamento da audiência pública que será realizado em capítulo próprio que seguirá, entendemos que segundo a tipologia aqui tratada, a audiência pública é, quanto à eficácia, condicionadora da decisão administrativa, na medida em que exigirá bem desenvolvida fundamentação em caso de decisão contrária e, quanto à matéria e estrutura, é consultiva coletiva.

No ordenamento jurídico nacional, podemos identificar várias formas de participação popular.

A começar pela Constituição Federal, conforme a ordem crescente dos dispositivos constitucionais, identificam-se as seguintes hipóteses de participação popular direta *lato sensu*¹¹⁸ na Administração Pública: artigo 5º, incisos XXXIII¹¹⁹, XXXIV¹²⁰, LXIX¹²¹, LXX¹²², LXXI¹²³, LXXII¹²⁴, LXXIII¹²⁵, LXXVII¹²⁶, artigo 10¹²⁷, artigo

¹¹⁸ Optamos aqui por incluir as hipótese de participação popular de forma genérica, incluindo as hipóteses de controle social da atividade administrativa, apenas para ilustrar a afirmação de que a atual ordem constitucional procurou privilegiar a cidadania ativa, assim entendida aquela que possibilita a efetiva participação do cidadão na formação, execução e controle das decisões públicas.

¹¹⁹ “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

¹²⁰ “São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”

¹²¹ “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”

¹²² “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

¹²³ “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

¹²⁴ “conceder-se-á “habeas-data”: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;”

¹²⁵ “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

14¹²⁸, artigo 29, XII¹²⁹, artigo 31, §3º¹³⁰, artigo 37, §3º¹³¹, artigo 58, §2º, II¹³², artigo 74, §2º¹³³, artigo 187¹³⁴, artigo 194¹³⁵, artigo 198, III¹³⁶, artigo 204, II¹³⁷, artigo 206, VI¹³⁸, 216, §1º¹³⁹, 225¹⁴⁰ e 227, §1º¹⁴¹.

¹²⁶ “são gratuitas as ações de “habeas-corpus” e “habeas-data”, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.”

¹²⁷ “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.”

¹²⁸ “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular”.

¹²⁹ “XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal;”

¹³⁰ “As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.”(incluído pela Emenda Constitucional n. 19/98)

¹³¹ “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.”

¹³² “O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 1º - Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa. § 2º - às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa; II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;”

¹³³ “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.”

¹³⁴ “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: I - os instrumentos creditícios e fiscais; II - os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização; III - o incentivo à pesquisa e à tecnologia; IV - a assistência técnica e extensão rural; V - o seguro agrícola; VI - o cooperativismo; VII - a eletrificação rural e irrigação; VIII - a habitação para o trabalhador rural. § 1º - Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agro-industriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais. § 2º - Serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária.”

¹³⁵ “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.”

¹³⁶ “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: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.”

Não restam dúvidas, assim, quanto à intenção do legislador constitucional de permear a atividade pública com maior engajamento da população, seja em momento posterior à decisão administrativa (controle social), seja no momento da formação das decisões. Neste sentido, vale lembrar a inclusão de instrumentos de controle judicial da atividade administrativa (e legislativa) no rol dos direitos individuais (cláusula imutável pelo poder constituinte derivado, por força do artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal), bem como a previsão de gestão descentralizada e democratizada de diversos segmentos de relevante importância para a sociedade, como saúde, ensino e seguridade social.

Atendo-nos à participação popular na administração pública *stricto sensu*, afastando-nos, assim, do controle social da atividade pública, destacamos o instituto da audiência pública.

Analisaremos este instituto, pormenorizando seu rito e os princípios aplicáveis.

¹³⁷ “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: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.”

¹³⁸ “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;”

¹³⁹ “§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.”

¹⁴⁰ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”

¹⁴¹ “§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.”

CAPÍTULO III

A AUDIÊNCIA PÚBLICA: CONCEITO, RITO E PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

1. Conceito de audiência pública

Antes de apresentarmos conceito próprio de audiência pública, entendemos produtivo analisar alguns conceitos já postos pela doutrina, especialmente porque não são todos convergentes.

Primeiro, vale distinguir audiência pública de coleta de opinião e de debate público. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A coleta de opinião é um processo de participação administrativa aberto a grupos sociais determinados, identificados por certos interesses coletivos ou difusos, visando a legitimidade da ação administrativa pertinente a esses interesses, formalmente disciplinado, pelo qual o administrado exerce o direito de manifestar sua opção, orientadora ou vinculativa, com vistas à melhor decisão do Poder Público.

O debate público, por sua vez, é um processo de participação administrativa, aberto a indivíduos e grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinado, pelo qual o administrado tem o direito de confrontar seus pontos de vista, tendências, opiniões, razões e opções com os de outros administrados e com os do próprio Poder Público, com o objetivo de contribuir para a melhor decisão administrativa.

A audiência pública, já conceituada, acresce às características dos dois institutos anteriores um maior rigor formal de seu procedimento, tendo em vista a produção de uma específica eficácia vinculatória, seja ela absoluta, obrigando a Administração a atuar de acordo com o resultado do processo, seja relativa, obrigando a Administração a motivar suficientemente uma decisão que contrarie aquele resultado.¹⁴²

Agustín Gordillo explica a peculiaridade da audiência pública por sua finalidade específica, amplitude da participação popular e por sua organização, diferenciando-na das reuniões abertas ou reuniões públicas (“open meetings” e “town meetings”, respectivamente). Estas últimas têm caráter informal, são abertas

¹⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Audiências Públicas*, RDA, Rio de Janeiro, 210, p. 20, out-dez 1997.

ao público de forma ilimitada, mas a participação popular é bastante restrita, na medida em que não há interferência pública nas tomadas de decisões, há mero intercâmbio de informações. É uma maneira de atribuir mais transparência à atividade administrativa, sem obrigatoriedade de sua realização, ao contrário do que ocorre com as audiências públicas. Cabe também asseverar que as reuniões abertas são comumente utilizadas por órgãos colegiados, para tornar públicos seus procedimentos, que continuam sem interferências externas. Todavia, muito embora o sigilo seja resquício de sistemas não democráticos, há casos em que ele é necessário para o bom desempenho da atividade administrativa. Cite-se, por exemplo, as empresas públicas e sociedades de economia mista que, não obstante formadas por capital público integral ou majoritariamente, precisam valer-se do sigilo para manterem-se competitivas ou para preservar segredos industriais, sem que este resguardo de informações fira o princípio da publicidade e transparência na gestão pública. É o típico regime híbrido, com traços de direito público derogados pelas peculiaridades destas pessoas jurídicas.

Feitas estas distinções, passemos à análise dos conceitos específicos de audiência pública.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

[...] audiência pública é um processo administrativo de participação aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração Pública, criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculatória, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual.¹⁴³

Deste conceito, destacamos que o doutrinador conceitua audiência como um *processo*, dentro do processo administrativo decisório. Qualifica o instituto como processo porque considera essencial a dialeticidade ínsita ao devido processo legal substancial, de sorte a contemplar (oferecer a oportunidade potencial e efetiva de) participação aos indivíduos e/ou grupos sociais que tenham interesse no resultado da audiência ou no assunto debatido. O objetivo mencionado para a realização de audiência pública é o aperfeiçoamento da legitimidade das decisões como concretização do princípio da eficiência da Administração Pública. Há

¹⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Audiências Públicas*. RDA, Rio de Janeiro, 210, p. 14, out-dez 1997.

reconhecimento da necessidade de instituição do processo de audiência pública por lei, que deve estabelecer a forma de realização e a eficácia vinculatória do resultado, nos termos da interpretação conjunta, dada pelo autor, do artigo 1º, parágrafo único *in fine*, combinado com artigo 48, X e XI e artigo 61, §1º, 1º, II, e, da Constituição Federal. Como decorrência da realização de audiência pública, mesmo que a decisão final implique em cerceamento de direito individual, esta decisão tornar-se-á mais firme, forte e difícil de ser derrubada, na medida em que terá sido resultado de ponderação equilibrada, com respeito ao direito de manifestação dos interessados, inclusive do prejudicado, se houver. Mas, mesmo este prejudicado tenderá a conformar-se com a decisão administrativa a ele desfavorável porque terá tido a oportunidade de demonstrar e proteger seus interesses, culminando, inclusive numa redução da litigiosidade.

Sendo um processo, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, à audiência pública aplicam-se “todos os princípios constitucionais, infraconstitucionais e doutrinários que se imponham aos processos administrativos”, de forma plena, “como, desde logo, o do devido processo legal, com seus consectários; o da publicidade, que é da própria essência da atividade pública; o da oralidade, que abre oportunidade para os debates; o da instrução, permitindo o interrogatório dos participantes; e o da economia processual; bem como o da oficialidade, que rege a impulsão de ofício, o da verdade material, que exige a investigação fatos como realmente o são e não como se apresentem em suas versões, o do formalismo moderado, que recomenda a simplicidade suficiente para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa.”¹⁴⁴

Agustín Gordillo, na mesma linha seguida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, trata a audiência pública como um procedimento, da seguinte forma:

A garantia de ouvir o interessado (com acesso ao expediente, debate e prova, controle da produção da prova, alegações e decisão fundada sobre os fatos alegados e provados (antes de ditar uma decisão que possa afetar seus direitos ou interesses, é um princípio clássico do direito constitucional e administrativo).¹⁴⁵

¹⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 261-262

¹⁴⁵ No original: “La garantía de oír al interesado (con acceso al expediente, debate y prueba, control de la producción de la prueba, alegato y decisión fundada sobre los hechos alegados y probados), antes de dictar una decisión que pueda afectar sus derechos o intereses es un principio clásico del derecho constitucional y administrativo.” GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*.

Para Gordillo, a audiência pública deve ser precedida de uma pré-audiência, com a finalidade de ordenar o procedimento, determinar quem vai participar, fixar os tempos de fala, a ordem em que será concedida a palavra, tempo de réplica, tréplica, etc, para que exista um mínimo de organização a permitir que seja produtiva a audiência pública, além de assegurar a igualdade entre os participantes¹⁴⁶.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari conceitua audiências públicas como:

processos de participação popular que proporcionam o aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração pública decorrente da exposição de tendências, preferências e opções, por parte da população, que devem conduzir as decisões e a atuação do Poder Público a uma maior aceitação social.¹⁴⁷

Também neste conceito, fica destacada a idéia de legitimação da decisão administrativa permeada pela participação popular que, de seu turno, é instrumentalizada pelo processo de audiência pública.

Lucia Valle Figueiredo, no subtítulo “a participação popular e a audiência pública na licitação” do capítulo XVI – Licitação, da sua obra “Curso de direito administrativo”, assim conceitua audiência pública:

Utilizando-nos da teoria da linguagem, podemos afirmar que a *audiência pública* é um evento, que, depois, feita a competente ata documentando-o, passa a ser relevante para o Direito como *fato administrativo*, pois juridicizado, e absolutamente necessário para compor o procedimento, a preceder – nesses casos assinalados – o ato administrativo do edital¹⁴⁸.

Ressalvamos que o conceito foi extraído do capítulo específico que versa sobre o processo de licitação, daí o destaque da audiência pública como elemento imprescindível para validade do certame.

Merece destaque o conceito de audiência pública como evento, nota que destoa dos conceitos anteriormente expendidos. Para a Professora Lucia Valle Figueiredo, a audiência pública pode ser conceituada com base no debate (que para

Tomo 2 – La defensa del usuario y del administrado. 9ªed. Buenos Aires: FDA, 2006. p. XI-1. Disponível em <www.gordillo.com>. Acesso em 15 ago 2008.

¹⁴⁶ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La defensa del usuario y del administrado. 9. ed. Buenos Aires: FDA, 2006. p. XI-8. Disponível em <www.gordillo.com>. Acesso em 15 ago 2008.

¹⁴⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Participação democrática: audiências públicas*. In GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo (coord). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 343.

¹⁴⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 498, destaques do original.

os outros doutrinadores é a fase principal do processo de audiência pública), um evento, que quando reduzido a termo, isto é, quando devidamente registrado porque vertido em linguagem competente para o direito, produzirá efeitos jurídicos. A partir da produção destes efeitos é que a audiência poderá ser conceituada como um fato jurídico, não obstante não afaste a existência de um *iter* para realização da audiência pública.

Gustavo Henrique Justino de Oliveira, embora não formule conceito de audiência pública, compreende como uma reunião realizada no bojo de um processo administrativo e destaca a importância deste processo administrativo por considerar nele existente a possibilidade de transparecer a multiplicidade de interesses envolvidos, o que permite a obtenção de “melhores resultados e uma maior justiça nas decisões administrativas”.¹⁴⁹ Semelhante ao conceito de Lucia Valle, Gustavo de Oliveira afirma que a audiência pública é uma reunião prevista em alguns processos administrativos, ou seja, constitui uma fase de processo administrativo decisório. O autor destaca, ainda que a maior efetividade da audiência depende do momento da sua realização, sendo imprescindível que ela ocorra antes da edição de decisões administrativas gerais.

Para Gustavo de Oliveira, o efeito do resultado da audiência também depende da fase do processo administrativo em que ela é realizada. Se na fase instrutória, o efeito vinculante somente poderia decorrer de lei, já que a finalidade essencial da audiência seria apenas de fornecer elementos à Administração Pública para proferir a melhor decisão. Se a audiência ocorrer na fase decisória propriamente dita, ou seja, após a completa instrução do processo administrativo, então o efeito vinculante seria uma decorrência lógica.

Com a devida vênia, não concordamos com este posicionamento, pois entendemos que o efeito vinculante do resultado da audiência somente poderia decorrer de lei, pouco importando a fase processual em que a audiência popular seria realizada. O posicionamento de Gustavo de Oliveira transfere integralmente para os participantes da audiência pública, quando realizada na fase decisória, a própria tomada de decisão e a responsabilidade pelas conseqüências desta mesma decisão, sem autorização normativa para tanto.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: RDA n. 209, p.160, jul-set 1997.

Salvo melhor juízo, entendemos que transferir a responsabilidade pela decisão administrativa aos interessados que participaram da audiência pública implica em uma delegação ilegal do exercício da função administrativa, na irresponsabilidade do Poder Público pela suas próprias decisões e na ausência de necessidade de motivação do ato administrativo de cunho decisório, vez que a decisão teria sido tomada em audiência pública, sendo desnecessária a motivação expressa do ato pelo administrador.

Antônio Cabral conceitua audiência pública como uma “reunião aberta em que a autoridade responsável colhe da comunidade envolvida suas impressões e demandas a respeito de um tema que será objeto de uma decisão administrativa”¹⁵⁰. Destaca, assim, o caráter participativo dos interessados na contribuição para a formação da decisão administrativa de grande relevo social.

Maria Goretti Dal Bosco, ao discorrer sobre audiências públicas em artigo publicado na revista RT, somente arrisca um conceito nas conclusões do artigo, afirmando que a “audiência pública é um direito de participação que integra a democracia, chamada de direito de quarta geração, junto com os direitos individuais, sociais e de fraternidade, todos integrantes da categoria de direitos humanos, conforme as teses da doutrina moderna sobre o tema.”¹⁵¹

Deste conceito, destacamos o realce ao fato da audiência pública, enquanto instrumento de participação popular direta na Administração Pública constituir um direito fundamental e, como tal, não poder ser suprimido do ordenamento jurídico, uma vez que incorporado ao patrimônio dos direitos dos administrados.

Cumprе salientar que nenhum dos conceitos já postos pela doutrina afasta a idéia de que a participação popular por meio de audiência pública pressupõe a existência de mais de uma solução possível ao caso concreto que requer uma decisão administrativa. Queremos com isso dizer que a audiência pública somente pode decorrer do exercício de competência discricionária, nunca vinculada.

Para que não parem dúvidas, cumpre recordar que o processo administrativo decisório culminará na edição de um ato administrativo que veiculará a decisão adotada. Este ato, como todos os atos administrativos, decorre do exercício de

¹⁵⁰ CABRAL, Antônio. *Os efeitos processuais da audiência pública*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro e Direito Público, n. 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível em <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 24 nov 2008.

¹⁵¹ DAL BOSCO, Maria Goretti. *Audiência pública como direito de participação*. São Paulo: RT, v. 92 n. 809, p. 738, mar 2003.

competência administrativa e, esta competência pode ser atribuída pelo ordenamento ao administrador público na forma vinculada ou na forma discricionária.

Sempre que o ordenamento jurídico estabelecer prévia e abstratamente a hipótese e uma única consequência, ao administrador não resta margem de análise, já que uma vez subsumido o caso concreto àquela hipótese abstratamente prevista, a consequência (isto é, a decisão) já está dada pelo ordenamento jurídico. O ato administrativo final decorrerá do exercício de competência vinculada.

Ao revés, caso o ordenamento não estabeleça previamente a consequência aplicável à hipótese, então restará ao administrador uma margem de discricionariedade para encontrar, dentre as soluções possíveis, aquela que mais de adéque ao interesse público. O ato administrativo final assim editado decorrerá do exercício de competência discricionária.

É evidente que a audiência pública somente poderá ocorrer nos casos de exercício de competência administrativa discricionária, porque se houver apenas uma solução previamente estabelecida pelo ordenamento jurídico, não haverá necessidade ou utilidade na participação popular, já que à Administração Pública será impossível adotar decisão diversa da expressa e legalmente prevista. No mesmo sentido, ainda que haja exercício de competência discricionária, é possível que da análise do caso concreto, o administrador encontre apenas uma solução adequada, de sorte que a participação popular, neste caso, também não será nem útil, nem necessária. Em conclusão, a participação popular na forma de audiência pública somente será possível no exercício de competência discricionária que deixe ao administrador uma margem de decisão entre duas ou mais soluções possíveis e igualmente concretizadoras do interesse público.

Agora, estamos aptos para apresentar um conceito próprio de audiência pública.

Audiência pública é uma fase do processo administrativo decisório que instrumentaliza a participação popular direta no âmbito da Administração Pública, a qual, no exercício de competência discricionária, por imposição legal ou por entender extremamente relevantes os direitos em causa, se vale da oitiva dos interessados para legitimar a decisão administrativa final e ampliar a eficiência e eficácia desta decisão, aproximando-se dos administrados e da realidade fática.

Deste nosso conceito, entendemos relevante destacar que:

a) a audiência não constitui um processo autônomo, mas uma fase ritualizada dentro do processo administrativo decisório vale dizer, embora comporte um rito procedimental, a audiência pública não possui um fim em si mesma, mas depende da existência de um processo decisório;

b) a audiência pública pressupõe exercício de competência discricionária, que confira a possibilidade de escolha dentre mais de uma decisão viável para um mesmo caso concreto, aparentemente com a mesma eficiência;

c) a realização de audiência pública decorre de lei ou da constatação de sua necessidade e utilidade pelo administrador público, em casos concretos;

d) para que a audiência pública atinja de forma eficaz seus objetivos deverá ter suas regras pré-fixadas e amplamente divulgadas, provavelmente junto com a convocação para sua realização (fase que Agustin Gordillo chamou de pré-audiência)

e) a participação dos interessados constitui um ônus, não uma obrigação, de forma que a falta de quorum para realização da audiência não implicará em nulidade do ato administrativo decisório desde que tenham sido respeitadas as formalidades de preparação do objeto da audiência e ampla divulgação da sua realização;

f) a participação na audiência pública tem validade material, contribuindo para demonstrar a existência (ou ausência) dos motivos de fato para a decisão administrativa, vale dizer, seu resultado não vincula o administrador, salvo se houver expressa determinação legal para tanto;

g) para não perder sua razão de ser, entre a audiência e a decisão administrativa final não deve transcorrer muito tempo, para que não haja alteração da situação de fato.

O fato de pressupor um rito determinado para atingir a sua finalidade, para ser previsível e exigível pelos administrados, em nosso entender, não dá à audiência pública a natureza jurídica de processo administrativo. A audiência pública tem seu ápice nos debates orais, verdadeiro evento, cuja ata que os representa em termos jurídicos, é o ato administrativo que é inserido no processo administrativo decisório. Embora a audiência pública não se limite aos debates orais realizados entre interessados e Administração Pública, porque pressupõe uma preparação, ela não constitui, por si só, um processo administrativo, mas apenas uma fase procedimental. É, na verdade, uma espécie de ato administrativo.

Podemos afirmar, portanto, que os debates orais, a audiência pública propriamente dita é mesmo um evento, que quando vertido em linguagem competente pela autoridade competente, será um fato jurídico materializado formalmente na ata de realização da audiência, documento este que deverá descrever também as fases preparatórias dos debates orais. A ata constitui, assim, ato administrativo representativo da audiência pública.

Vale associar a audiência pública nos processos administrativos decisórios à audiência judicial, uma fase dentro de um processo judicial, devendo obedecer ao rito legalmente previsto para não viciar o processo judicial no qual se insere. Assim como se aplicam princípios à audiência judicial, princípios se aplicam à audiência pública ora estudada e são eles: princípio do devido processo legal, verdade material, oralidade, informalidade em favor do administrado, ampla instrução probatória, gratuidade (quando possível). Essencial destacarmos que o contraditório no sentido de contraposição de interesses como é inerente em litígios ou em processos judiciais ou administrativos sancionadores, não existe em uma audiência pública. O que nela existe é um contraditório no sentido de dialeticidade, ou seja, ciência do objeto submetido à audiência popular, publicidade e efetiva oportunidade para manifestação dos interessados. Não há partes, não há acusados, há apenas interessados que, em audiência pública, a rigor, não defendem seus próprios interesses, mas atuam como auxiliares da Administração para encontrar a melhor solução ou a melhor forma de execução de um projeto de grande importância e/ou repercussão social.

2. Rito da audiência pública

A audiência pública, como já mencionado, é um instrumento por meio do qual se efetiva a participação direta do administrado nos processos de cunho decisório da Administração Pública. Constitui uma fase dentro de um processo administrativo maior e, para ser realizada, a audiência pública obedece alguns requisitos e possui um desenrolar lógica e cronologicamente identificável.

A participação direta, como demonstrado no capítulo anterior, ocorre sempre que for oferecida a oportunidade ao administrado para interferir no processo de

formação de decisões administrativas que repercutem na esfera de direitos de uma coletividade. E, a interferência ativa e produtiva pressupõe o efetivo conhecimento, pelo administrado, da decisão que o poder público pretende adotar.

Temos, assim, a primeira etapa do rito da audiência pública. Deve ser identificada a situação que requer uma decisão administrativa. Constatado o efeito geral desta decisão, à autoridade administrativa competente cabe esboçar a própria decisão que entende ser a mais acertada ou identificar as soluções possíveis.

Verificado que se trata de decisão administrativa de efeito geral e decorrente de exercício de competência discricionária, porque se decorrente de competência vinculada, a única solução possível seria encontrada no próprio ordenamento jurídico, será necessário verificar se aquela hipótese específica se encontra prevista em alguma lei como hipótese de realização de audiência pública. Já surge aqui o primeiro ponto controvertido acerca da necessidade ou obrigatoriedade de realização de audiência pública.

A Administração Pública não tem limitadas as hipóteses de realização de audiência pública àquelas em que a lei estabeleça expressamente. É possível que, em um caso concreto, o administrador entenda conveniente e oportuna a oitiva dos interessados. Ademais, é sabida a impossibilidade de estabelecimento prévio em lei de todas as hipóteses faticamente plausíveis, de sorte que, constatando o administrador que uma determinada decisão a ser adotada interfere diretamente em uma coletividade, é possível que convoque a audiência popular para conferir maior legitimidade à sua decisão e obter maior conhecimento da realidade. Esta sim a verdadeira evolução do direito administrativo.

Ainda mais além, Agustín Gordillo destaca que existe a obrigação de a Administração Pública realizar audiências públicas em todos os casos em que os efeitos da decisão administrativa excedam o caso particular e em que seja necessário conferir direito de defesa aos administrados. Isto para justificar a participação direta nos casos em que não haja expressa determinação legal neste sentido.¹⁵²

Diogo de Figueiredo Moreira Neto não concorda que esta afirmação seja aplicável no Brasil, já que no seu entender, aqui haveria impedimento constitucional

¹⁵² GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La defensa del usuario y del administrado. 9. ed. Buenos Aires: FDA, 2006. Disponível em <www.gordillo.com>, p. XI-10. Acesso em 15 ago 2008.

para que o poder público realizasse audiência pública fora das hipóteses legal e especificamente previstas. Isto porque, a Constituição Federal prevê, no artigo 1º, parágrafo único *in fine*, combinado com artigo 48, X e XI e artigo 61, §1º, 1º, II, e, que o exercício direto do poder pelo povo somente pode se dar na forma da Constituição, por meio de lei específica, sempre de iniciativa do Poder Executivo.¹⁵³ Entretanto, esta suposta restrição constitucional a que alude Diogo de Figueiredo Moreira Neto, refere-se, segundo nosso entendimento, ao efeito vinculante do resultado da audiência pública, e não à possibilidade de sua realização.¹⁵⁴

O doutrinador citado não distingue a realização da audiência pública do seu efeito, em termos de necessidade de existência de norma jurídica específica, especialmente porque entende que seria decorrência lógica da natureza jurídica da audiência pública a atribuição de efeito vinculante ao seu resultado.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, portanto, a necessária previsão legal para realização de audiência pública e para vinculação do resultado nela obtido constitui uma limitação do exercício direto do poder, já esta expressão direta da vontade do povo caracterizaria uma eficácia limitativa ou condicionadora dos poderes da administração. Daí a necessidade de “autorização” do poder legislativo (por lei), porque, afinal, a audiência pública seria uma renúncia de poder por parte do Estado.¹⁵⁵

Concordamos em parte com esta afirmação. Na verdade, o efeito vinculante do resultado da audiência é que seria uma limitação ao poder público, mas a realização de audiência pública, com suas características de concretização da soberania popular e aproximação entre interessados e poder competente para decidir, com a real demonstração da realidade fática constitui uma ampliação da legitimidade do poder e não uma limitação ao seu exercício. Daí porque defendermos que a realização da audiência pública não depende de prévia

¹⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Audiência Pública*. RDA, Rio de Janeiro, n. 210, p. 14, out-dez 1997.

¹⁵⁴ Texto original: “A audiência pública se caracteriza, e nisso se distingue dos institutos congêneres, pela formalidade de seu processo e pela eficácia vinculatória de seu resultado. Nessas condições, no direito brasileiro, elas necessitam de previsão legal, uma vez que o exercício direto do poder, ou seja, com dispensa de representantes políticos, só se admite nos termos da Constituição (art. 1º, parágrafo único *in fine*), através de lei específica (art. 48, X, no que respeita a funções e XI, no que respeita a órgãos), sempre de iniciativa do Poder Executivo (Art. 61, §1º, II, e).” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 256.

¹⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Audiência Pública*. RDA, Rio de Janeiro, n. 210, p. 14., out-dez 1997.

autorização legal. Há casos em que a Administração Pública dentro da sua discricionariedade pode entender necessária e útil a participação popular. Em outras palavras, a realização de audiência popular será necessária quando prevista em lei e será possível quando, diante do caso concreto, for constatada sua necessidade e utilidade para encontrar a melhor solução possível.

Mesmo que localizado o caso concreto como um daqueles em que é necessária, para validade do ato final, a realização de audiência pública, não há, no direito positivo brasileiro, norma que estabeleça expressamente o rito procedimental da audiência. O dispositivo legal que determina a sua realização será utilizado pela Administração Pública como fundamento legal da audiência e o seu rito decorre da interpretação sistemática dos princípios aplicáveis aos processos administrativos em geral. Gordillo diz que poderá ser objeto de audiência pública um projeto administrativo de repercussão geral e este projeto deve ter um grau de detalhe que permita a discussão em público.¹⁵⁶

Devemos salientar, todavia, que o povo é leigo, de forma que não poderão ser submetidos a audiência pública objetos de alta complexidade. Há limites técnicos para manifestação popular como, aliás, já reconheceu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação de n.813.673.5/1, julgada em 09/03/2009¹⁵⁷.

Após ser identificado o problema e constatado seu efeito geral, assim entendido aquele que transborda a esfera de direito individual ou que trará grande impacto à sociedade, verificado o fundamento legal (ou constitucional, caso não haja dispositivo legal específico aplicável ao caso concreto), caberá ao administrador apontar a(s) solução(ões) possível(is) e a(s) que entende mais adequada(s). A isto denominaremos, adotando lição de Augustín Gordillo, de projeto.

Questão interessante a ser agora detalhada é aquela que diz respeito aos interessados em participar da audiência pública. Como identificá-los?

¹⁵⁶ GORDILLO, Augustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2 – La defensa del usuario y del administrado. 9. ed. Buenos Aires: FDA, 2006. Disponível em <www.gordillo.com>, p. XI-2. Acesso em 15 ago 2008.

¹⁵⁷ Ementa: "Direito Ambiental Licenciamento. Audiências Públicas e elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e o posterior Relatório de Impacto ao Meio Ambiente - EIA-RIMA. A audiência pública é ato administrativo prévio é discricionário, onde não se podem discutir critérios, técnicas, métodos lógicos ou sistemáticos do projeto ou da própria elaboração do EIA/RIMA, o que foi analisado no procedimento administrativo do EIA por seus próprios órgãos encarregados da emissão da licença. Realizadas as audiências e concluído o empreendimento, a demanda perdeu seu objeto. Extinção por falta de interesse em agir. Apelação improvida."

Tendo em vista que a audiência pública decorre da constatação de efeitos gerais de um determinado projeto do Poder Público e que estes efeitos poderão implicar em cerceamento de direitos individuais ou grande impacto na sociedade, o critério de identificação dos interessados que poderão acorrer à audiência pública é aquele que remete aos destinatários dos efeitos concretos do projeto pretendido. São estes que deverão ter conhecimento prévio do projeto administrativo.

Deverá, então, ser dada a devida publicidade.

Identificamos, aqui, a primeira etapa pública da audiência: a divulgação do projeto, ou seja, da questão a ser solucionada e a(s) solução(ões) proposta(s) administrativamente, para amplo conhecimento dos interessados. Nesta mesma oportunidade deverá ser divulgada a data, local e circunstâncias que será realizada a audiência pública.

Importante destacar que a divulgação mencionada deverá se dar com prazo razoável de antecedência da data marcada para realização da audiência, de forma a permitir que os interessados tenham tempo hábil para se inteirar do assunto e para preparar sua participação na audiência, coletando documentos, inclusive.

A divulgação também deve ser a mais ampla possível, alcançando todos os interessados, o que pode se dar com publicação em jornal de grande circulação, não tendo efeito prático a divulgação somente em veículo oficial de imprensa, de leitura restrita a determinado público.

Neste interregno que medeia a divulgação e a realização da audiência pública, deverá ser oportunizada vista dos autos do expediente administrativo referente à questão objeto de audiência popular. Como se sabe, na Administração Pública há sempre um expediente que serve para circular as informações internamente e receber as manifestações dos órgãos administrativos competentes para analisar a questão. Dos autos deste expediente deve ser dada vista e/ou oferecida oportunidade para extração de cópias pelos interessados que assim requererem.

Na data designada para realização da audiência pública, deverá estar presente no local uma pessoa indicada pelo administrador ou o próprio responsável pela decisão administrativa submetida aos populares interessados. Esta pessoa poderá¹⁵⁸ ser vinculada à administração, sendo imprescindível que conduza a

¹⁵⁸ Segundo o entendimento de Agustin Gordillo, com quem concordamos neste ponto, a pessoa que presidirá a audiência pública não necessariamente precisará ser funcionário público. Poderá ser um

audiência com imparcialidade, tratando igualmente os presentes e conferindo a todos os interessados o efetivo direito de se manifestar. Esta pessoa deverá, também, ser responsável por reduzir a termo todas as manifestações orais, zelando pela normalidade dos trabalhos e decidindo as controvérsias que venham a surgir no curso da audiência.

Agustín Gordillo lembra que no Estado de Nova Iorque há expressa previsão de que o funcionário responsável por presidir a audiência pública poderá celebrar uma pré-audiência para definir a forma como a audiência será realizada, ou seja, estabelecer a ordem de manifestação dos interessados, o tempo de manifestação, delimitar os fatos sobre que versarão a audiência, se será oferecida oportunidade de realizar prova etc. O doutrinador argentino manifesta-se no sentido de que a pré-audiência deveria ser sempre obrigatória e, conforme o caso, por economia processual (que entende aplicável à audiência pública), poderia deixar de realizar a audiência se a pré-audiência fosse suficiente para tanto.¹⁵⁹

Não há norma específica a respeito da necessidade de realização de pré-audiência no ordenamento nacional. De toda sorte, entendemos desnecessária esta pré-audiência se na oportunidade em que divulgado o projeto objeto da audiência pública for também divulgada a forma de realização da audiência, com todas as especificações, como por exemplo, delimitação dos fatos a serem discutidos, forma de intervenção (se haverá ou não necessidade de inscrição prévia dos interessados), ordem e tempo de manifestação que será deferido a cada um dos inscritos, hipóteses em que será deferida nova intervenção oral, forma de produção de provas (se serão aceitos e analisados documentos escritos e de que tipo) etc. Os casos omissos seriam resolvidos pela autoridade responsável pela condução da audiência pública. Não vislumbramos, assim, a necessidade de realização da pré-audiência, desde que previamente definidas e amplamente divulgadas as regras segundo as quais a participação realmente se dará.

A divulgação da realização da audiência pública deverá comportar uma espécie de convocação dos interessados para que efetivamente participem do projeto público. Com esta convocação que, na verdade, é um convite para

terceiro que, agindo em colaboração com a Administração Pública, poderá conduzir os trabalhos com urbanidade e com respeito aos princípios constitucionais administrativos.

¹⁵⁹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La defensa del usuario y del administrado. 9. ed. Buenos Aires: FDA, 2006. Disponível em <www.gordillo.com>, p. XI-14. Acesso em 15 ago 2008.

aproximar-se do órgão administrativo competente para decidir a execução do projeto submetido à audiência popular, ficam os interessados cientes da possibilidade de exercer a cidadania ativa e cientes de que o fracasso da audiência com o não comparecimento de nenhum ou comparecimento de poucos interessados não impedirá a autoridade competente de decidir.

Cumpre esclarecer que a participação efetiva dos interessados na formação da decisão administrativa por meio da audiência pública não é compulsória. É, na verdade, um ônus para os interessados que optarão por cumpri-lo ou não. O cumprimento deste ônus, verdadeira expressão do princípio da soberania popular traz todos os benefícios que a participação popular direta pode trazer. O descumprimento deste ônus não acarretará nenhuma sanção aos interessados, mas estes terão que arcar com a decisão administrativa e aceitá-la passivamente, caso ela seja conforme o ordenamento.

Na verdade, o descumprimento do ônus de participação em audiência pública não acarreta sanção para nenhuma das partes envolvidas. Também a Administração Pública não poderá ver obstruída sua atividade pelo não comparecimento de interessados na audiência pública que constitui etapa necessária de validade de um determinado ato administrativo. Em outras palavras, se respeitadas as formalidades para realização a contento da audiência pública, a ausência de interessados ou insuficiência de quorum não viciará o ato administrativo decisório posterior, sob pena de travar o exercício da função administrativa.

Aspecto interessante a ser estudado é a questão da prova em audiência pública. Em regra, caberá à Administração Pública realizar todos os estudos necessários para elaboração do projeto que será levado à análise popular. Estes estudos devem estar inseridos no expediente administrativo cuja vista (ou extração de cópias) será permitida aos interessados, após a convocação para participação na audiência pública. Assim, em regra, não haverá necessidade de realização de contra-prova pelos administrados participantes da audiência. Poderiam os interessados, quando muito, apontar equívocos ou inexatidões técnicas no projeto a eles apresentados pela Administração. Todavia, vislumbrada a hipótese de necessidade de realização de mais estudos ou aprofundamento dos já existentes, entendemos que tal necessidade, uma vez inequivocamente demonstrada pelos interessados, deverá ser realizada às expensas da própria Administração, a quem incumbe a execução do projeto. Não poderá o administrado ou o interessado que

suscitou a necessidade de aprofundamento ou realização de novos estudos, ser responsável por eles. Com estes novos estudos poderá ser realizada nova audiência pública, ou não, dependendo da deliberação da assembléia, os novos estudos podem confirmar o projeto anteriormente apresentado pela Administração ou concluir definitivamente pelo melhor projeto, dispensando nova audiência popular, já que a primeira já teria permitido encontrar a melhor solução possível para o caso concreto, cumprindo o seu mister.

Como o procedimento da audiência é essencialmente oral, imprescindível que seja reduzido a termo, lavrando-se ata. Se possível, as conclusões da audiência devem ser divulgadas no mesmo ato, para todos os presentes. Caso não seja possível adotar nenhuma conclusão ao final da audiência, em prazo razoável, devem ser divulgadas as conclusões, da mesma forma como divulgada a realização da audiência, para que todos os interessados tenham ciência do resultado. Entendemos que mesmo no caso de o resultado ser divulgado ao final da audiência cientificando-se os presentes, deve posteriormente haver publicação para que efetivamente todos os interessados tenham ciência do resultado da audiência, mesmo aqueles que dela não participaram.

O resultado da audiência não é impugnável por recurso administrativo, por ausência de previsão legal. No entanto, entendemos que a Administração, no exercício da autotutela poderá rever o resultado se tiver ocorrido algum vício na audiência pública, por meio do controle de legalidade de seus atos. Ao administrado, restará sempre a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário, com autorização constitucional (artigo 5º, XXXV, CF/88), sendo certo que o controle judicial, neste caso, ficará restrito a aspectos de legalidade, não podendo adentrar o mérito do ato administrativo.

Cumprе destacar que ausência de audiência pública não é sanável pelo Poder Judiciário, como bem lembra Augustín Gordillo, donde se concluir que a não realização de audiência quando o ordenamento assim previa, implica na necessária anulação da decisão administrativa final, quando comprovado o prejuízo. Entramos no problema da invalidação dos atos administrativos eivados de nulidade. Gordillo orienta que nestes casos (ausência de audiência pública), é possível ação cautelar para evitar que uma decisão administrativa seja tomada sem audiência pública, ou

declarar a nulidade absoluta e insanável da decisão tomada sem audiência prévia¹⁶⁰. Questão controvertida é aquela relativa à inexistência de nulidade sem prejuízo. Seria possível defender a manutenção da decisão administrativa operada sem a regular realização de audiência pública quando esta constituir uma imposição legal? Entendemos que não, porque a ocorrência ou não de prejuízo somente poderá ser verificada após a efetiva audiência dos interessados. Especialmente, é o caso de se verificar se o ato administrativo praticado com vício gerou ou não direitos ou interferiu de forma lesiva a algum direito. Sem dúvidas, os prejuízos gerados pelo ato administrativo viciado deverão ser indenizados, desde que preenchidos os requisitos legais para tanto, ou seja, existência de nexo causal entre a ação ou omissão estatal e o dano indenizável.

O que é livre de dúvidas é a impossibilidade de o Poder Judiciário suprir a ausência de audiência pública. Primeiro, por faltar-lhe competência, segundo diante da impossibilidade prática de ouvir, nos autos, ou realizar audiência judicial com o intuito de ouvir todos os administrados interessados naquela decisão. Vale lembrar que as ações coletivas também não teriam este condão porque, de qualquer forma, implicariam na transferência da tomada de decisão, da autoridade administrativa para a autoridade judicial, que não poderia se furtar de decidir. Além desta delegação forçada de competência, que fere o pacto federativo, há ainda a questão da não vinculação da administração ao resultado da audiência pública. É dizer: a autoridade administrativa, ao tomar a decisão, deverá considerar o resultado da audiência pública, mas não está vinculada a ele. Poderá decidir contrariamente ao que apurado na audiência, desde que fundamente a contento a sua decisão.

Com Lucia Valle Figueiredo, entendemos que a audiência pública, quando realizada, transfere o ônus da prova para o administrador, que terá que bem fundamentar a sua decisão, demonstrando que foi a melhor, ainda que contrariamente ao que decidido em audiência pública. Gordillo também adota este entendimento quando escreve que na audiência pública, o público se limita a defender seus direitos, mas não tem voto na decisão administrativa: “a importância

¹⁶⁰ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La defensa del usuario y del administrado. 9. ed. Buenos Aires: FDA, 2006. Disponível em <www.gordillo.com>, p. XI-4. Acesso em 15 ago 2008.

da audiência pública é material, pois nela será demonstrado o sustento fático, ou carência dele, na decisão a ser adotada”¹⁶¹

Divulgado o resultado da audiência pública, a Administração deverá decidir.

Como já dissemos, o resultado da audiência não tem efeito vinculante para a Administração Pública se assim não estiver previsto em lei. E, de fato, a eficácia vinculante não está prevista concretamente em nenhuma das legislações analisadas neste trabalho. Podemos afirmar, portanto, que a audiência pública e seu resultado contribuem para a legitimidade da decisão administrativa e para a aproximação entre autoridade com poder decisório e administrados que têm a oportunidade de demonstrar a realidade ao administrador público. Este, de seu turno, terá que fundamentar muito bem a decisão final que divirja do resultado da audiência pública.

Lucia Valle Figueiredo lembra, com muita propriedade, que a decisão administrativa não pode – e não deve – ser tomada muito tempo depois de concluída a audiência pública, porque o tempo, implacável que é, poderá alterar a situação fática que embasou a elaboração do projeto submetido a audiência pública. A alteração dos fatos, como é óbvio, implica na alteração do resultado da audiência, fazendo com que esta perca a sua finalidade.

A alteração da situação fática justificaria uma nova audiência pública, mas implicaria na inutilidade da primeira audiência, o que não corresponde ao desiderato constitucional de eficiência na Administração Pública.

Para fazer a melhor escolha, é indubitável que o administrador deverá conhecer por completo a realidade. Este conhecimento é trazido pela participação direta dos interessados, que deve ser oferecida com a devida publicidade.

Daí a afirmação de que a realização com sucesso de audiência pública confere maior legitimidade à decisão administrativa, que será adotada com base nas mais amplas informações fornecidas pelos administrados interessados.

Assim, a melhor conclusão é aquela que afirma que entre a audiência pública e a decisão administrativa final não deverá transcorrer muito tempo, sob pena de prejudicar os trabalhos já realizados.

A audiência pública não é um instrumento de legitimação *a posteriori* de atos administrativos unilaterais e impositivos, mas uma evolução do direito administrativo,

¹⁶¹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La defensa del usuario y del administrado. 9. ed. Buenos Aires: FDA, 2006. Disponível em <www.gordillo.com>, p. XI-5. Acesso em 15 ago 2008.

na medida em que constitui instrumento de efetiva interferência do administrado no poder público, influenciando na tomada de decisões administrativas de grande importância.

Em suma, são as seguintes as etapas da audiência pública:

1. identificação do problema que requer uma solução – com esta identificação, deverá ser constatado o efeito geral da eventual decisão (por efeito geral, entendemos aquele que desborda a esfera individual) – e apontar a(s) solução(ões) possível(is);

2. verificação, no ordenamento jurídico, da existência de norma específica que preveja a realização de audiência pública naquele caso concreto, ou seja, identificação das normas jurídicas aplicáveis àquele problema;

3. identificação dos interessados, que podem ser pessoas físicas ou jurídicas;

4. publicidade, ou seja, ampla divulgação, com prazo de antecedência razoável, do projeto administrativo e da forma como a audiência será realizada (prévia inscrição dos interessados, ordem e tempo de manifestação, direito a réplica, direito de juntar documentos, forma como os documentos serão analisados e como será dada publicidade a eles, possibilidade de dilação probatória, forma e prazo de divulgação do resultado da audiência, se não for no mesmo dia etc) e convocação dos interessados.

5. audiência dos interessados conforme as regras determinadas no instrumento de divulgação da audiência pública e redução a termo, lavrando-se a ata.

6. divulgação do resultado da audiência.

A decisão administrativa final será tomada com base no resultado da audiência pública e, vale lembrar, a decisão, como ato administrativo que é, deverá também ser divulgada, seja conforme ou não o resultado da audiência pública, em atenção ao princípio da publicidade administrativa (Constituição Federal, artigo 37, *caput*).

Analisemos, agora, as características do processo e do procedimento administrativo para confirmar que a audiência pública devidamente registrada em ata constitui uma fase dentro do processo administrativo decisório. Vale dizer, a realização de audiência pública é justamente a característica essencial que confere a qualidade de processo à formação da decisão administrativa precedida de participação popular direta.

Não há consenso doutrinário sobre os conceitos de processo e procedimento. Os termos “processo” e “procedimento” não têm o mesmo significado porque trazem consigo a aplicação de diferentes normas jurídicas, diferentes regimes jurídicos, portanto. Não pretendemos estabelecer uma solução definitiva para a controvérsia doutrinária existente sobre o tema, mas apenas destacar que, neste estudo, a distinção entre processo e procedimento é importante.

O cientista do direito, na lição do Professor Paulo de Barros Carvalho, dedica-se ao estudo do ordenamento jurídico cujo instrumento de exteriorização é a linguagem e, para tanto, vale-se da sobrelinguagem, na medida em que descreve as prescrições jurídicas. Desta forma, ao cientista não é dada a possibilidade de utilizar-se indistintamente de termos com diferentes significados¹⁶². O sistema jurídico, por si só, deve eliminar incompatibilidades, como ensina Norberto Bobbio¹⁶³, de sorte que a diferenciação de conceitos, no direito, é mais do que útil: é necessária.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que processo é a sucessão itinerária e encadeada de atos tendentes a um determinado fim, atos estes que gozam de relativa autonomia, ao passo que procedimento é o rito sob o qual se desenvolve a sucessão dos atos.¹⁶⁴ Segundo este entendimento, não haveria relação de continência entre os conceitos.

Para a Professora Lucia Valle Figueiredo, processo seria um termo amplo, gênero, que conteria duas espécies, quais sejam, (i) processo em sentido estrito e (ii) procedimento. Nas suas palavras:

Temos, pois, *processo (gênero)*: procedimento, como forma de atuação normal da Administração Pública; 2) procedimento, seqüência de atos ordenada para a emanação de um ato final, dependendo a validade do ato posterior sempre de seu antecedente,

¹⁶² “Mas, enquanto é lícito afirmar-se que o legislador se exprime numa linguagem livre, natural, pontilhada, aqui e ali, de símbolos científicos, o mesmo já não se passa com o discurso do cientista do direito. Sua linguagem, sobre ser técnica, é científica, na medida em que as proposições descritivas que emite vêm carregadas da harmonia dos sistemas presididos pela lógica clássica, com as unidades do conjunto arrumadas e escalonadas segundo critérios que observam, estritamente, os princípios da identidade, da não-contradição e do meio excluído, que são três imposições formais do pensamento, no que concerne às proposições apofânticas.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 06)

¹⁶³ “Diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, “sistema” equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed., trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1999, p. 80).

¹⁶⁴ Em seu *Curso de Direito Administrativo* (capítulo VIII – O procedimento – ou processo – administrativo) o Professor esclarece seu entendimento, mas utiliza os termos “processo administrativo” e “procedimento administrativo” indistintamente em virtude da inexistência de consenso doutrinário sobre a definição de cada um destes conceitos.

subdividindo-se em: a) procedimentos nominados; b) procedimentos inominados; 3) processo, em sentido estrito, em que a litigiosidade ou as “acusações” encontram-se, obrigando-se o contraditório e ampla defesa: a) processos revisivos; b) processos disciplinares; c) processos sancionatórios.¹⁶⁵

Hector Escola conceitua processo segundo um critério teleológico, ou seja, processo seria um procedimento ordenado em função de uma finalidade. O processo seria o meio de alcançar a finalidade exigida.¹⁶⁶ Agustín Gordillo, de seu turno, entende que o critério teleológico é insuficiente para conceituar processo e a este critério agrega a característica da imparcialidade e independência da autoridade que preside o processo. Segundo o doutrinador argentino, não existe um processo administrativo, na medida em que falta à autoridade administrativa, no âmbito do procedimento administrativo, a necessária independência. Daí, conclui o professor que “é preferível manter a designação de processo estritamente para o processo judicial”.¹⁶⁷ Mas Gordillo toma o cuidado de ressaltar que esta sua afirmação não afasta a aplicação dos princípios do processo judicial ao procedimento administrativo, visto que em ambos há a possibilidade de limitação de direitos individuais.¹⁶⁸

Em conclusão, Gordillo defende que o procedimento administrativo é a nomenclatura que se dá à parte do direito administrativo que estuda as regras e princípios aplicáveis à intervenção das partes na preparação e impugnação da vontade administrativa, seja a defesa de funcionário em processo disciplinar, seja a participação do interessado na formação das decisões administrativas, sem distinção alguma.¹⁶⁹

Elio Fazzalari, de seu turno, conceitua processo como o procedimento que se desenvolve com base numa estrutura dialética, ou seja, o contraditório.¹⁷⁰ O professor italiano explica que a presidência do processo por autoridade

¹⁶⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.436.

¹⁶⁶ ESCOLA, Hector Jorge. *Tratado general de procedimiento administrativo*. 2. Ed. Buenos Aires: Depalma, 1981, p.08.

¹⁶⁷ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La defensa del usuario y del administrado. 9ªed. Buenos Aires: FDA, 2006. Disponível em <www.gordillo.com>, p. IX-2. Acesso em 15 ago 2008.

¹⁶⁸ Ibidem, p. IX-3.

¹⁶⁹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La defensa del usuario y del administrado. 9ªed. Buenos Aires: FDA, 2006. Disponível em <www.gordillo.com>, p. IX-7. Acesso em 15 ago 2008.

¹⁷⁰ FAZZALARI, Elio. *Procedimento*. In Enciclopedia de diritto XXXV, Itália: Giuffrè, 1986, p.819.

administrativa não retira dele a característica de processo, já que a Administração ao fazer as vezes de parte, despe-se dos poderes inerentes à autoridade que decidirá, sendo possível uma clara distinção entre administração julgadora e administração parte. Dá, assim, como característica essencial do processo a existência de contraditório, efetivo ou potencial. Nessa lição, para que exista processo não é necessário que a parte envolvida exerça de fato o contraditório, mas basta que lhe seja oferecida a oportunidade para tanto. O exercício do contraditório é um ônus.

Dito isto, interessante notar que muito embora Gordillo afaste a denominação “processo” para o rito decisório no âmbito administrativo, considera inerente à validade da decisão a efetiva participação do interessado, seja no “procedimento” sancionador ou não. Assim, conquanto não haja consenso doutrinário no que se refere à denominação, a verdade é que toda doutrina concorda quanto à aplicação do princípio do devido processo legal no rito procedimental no âmbito da Administração (além dos limites do processo judicial).

Para nós, procedimento é toda forma de agir do Estado (seja no âmbito legislativo, executivo ou judiciário), sendo o processo uma espécie de procedimento qualificado pelo contraditório, nos termos em que este é definido pelo doutrinador italiano Elio Fazzalari, ou seja, contraditório em potencial, em que as opiniões devem ser consideradas e emitidas em simétrica paridade.

Firmada a distinção entre processo e procedimento, fica claro que a atividade administrativa que envolve a potencial possibilidade de participação do administrado desenvolve-se através de processo, com todas as garantias do contraditório.

De toda sorte, o caminho percorrido pela autoridade administrativa para decidir é um procedimento. Necessário, assim, verificarmos se neste procedimento administrativo há contraditório em potencial, para qualificá-la como um processo administrativo. E um dos meios de viabilizar o exercício do contraditório é a audiência pública. Daí ser comumente afirmado na doutrina que a audiência pública é um processo administrativo. Por isso, entendemos relevante analisar os princípios aplicáveis a este instituto de participação popular para compará-lo aos processos administrativos em geral.

3. Princípios gerais aplicáveis à audiência pública

Dado o rito da audiência pública, como expediente administrativo que é, indubitável que a ela se aplicam os princípios constitucionais da Administração Pública.

Como sabemos, a Constituição Federal traz os princípios e regras gerais do Estado de Direito e, obviamente, os princípios especificamente aplicáveis à Administração Pública.

Segundo Karl Larenz, os princípios constituem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito. Ronald Dworkin, ao distinguir princípios de regras, definiu os primeiros como fundamentos do ordenamento jurídico com dimensão de peso (“dimension of weight”) demonstrável quando houver colisão entre princípios, hipótese em que o de maior peso sobrepõe-se ao outro, sem que este seja invalidado. Robert Alexy, debruçando-se sobre a lição de Dworkin, esclareceu que princípios são uma espécie de norma jurídica por meio da qual se estabelecem deveres de otimização aplicáveis em vários graus, conforme as possibilidades normativas e fáticas¹⁷¹. Princípios são, assim, normas fundantes do sistema jurídico, sem perder de vista que o sistema não se confunde com o ordenamento jurídico, sendo o primeiro a estruturação mental do segundo, que nada mais é que o direito positivado.

Um dos princípios estruturantes da Administração Pública, segundo a doutrina tradicional a que nos filiamos, é o princípio da supremacia do interesse público, em caso de irremediável colidência com o interesse privado.

3.1. Princípios da Administração Pública

3.1.1. Princípio da supremacia do interesse público

¹⁷¹ Confira: ÁVILA. Humberto. *Teoria dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Entendemos importante tratar, ainda que brevemente, deste princípio porque a audiência pública ora estudada se insere no âmbito de atividade da Administração Pública que deve sempre agir com a específica finalidade de atingir o interesse público. E esta audiência, como forma de interferência salutar do povo no processo decisório da Administração, é uma forma de aperfeiçoar a realização do interesse público.

Para analisar a supremacia do interesse público é necessário tentar identificar o conteúdo deste conceito jurídico indeterminado.

Conceituar interesse público é tarefa das mais árduas, a que se dedicaram profundamente alguns poucos doutrinadores. Certo é que se trata de conceito fluido, amoldável e somente determinável diante do caso concreto. Representa o objetivo a ser perseguido por aqueles que exercem uma função. No caso, a finalidade da função administrativa do Estado é o interesse público ou o bem comum.

O interesse público é aquele que decorre da Constituição Federal ou, genericamente, do ordenamento jurídico. É evidente que em uma sociedade pluralista e democrática como a atual, admite-se a existência de múltiplos interesses públicos, assim entendidos os diversos interesses legítimos e consagrados na Constituição Federal. Onofre Alves Batista Junior, que estudou as transações administrativas, associa o bem comum à idéia de concertação na Administração Pública, já que defende que o conceito jurídico de interesse público decorre da harmonização e ponderação dos diversos interesses públicos com que se depara a Administração Pública no ordenamento jurídico.¹⁷²

O crescimento quantitativo e qualitativo da sociedade gerou multiplicidade de grupos e multiplicidade de interesses, convergentes e divergentes. E, com isso, tornou ainda mais fluido o conceito de interesse público, dificultando a sua identificação em alguns casos.

Como lembra Onofre Alves Batista Junior, a pluralidade de interesses da sociedade democrática “tende a reduzir, até, a própria capacidade de influência e de exercício de poder por parte da Administração Pública, o que explica, pelo menos em parte, a própria tendência de ocaso das soluções administrativas imperativas”¹⁷³.

¹⁷² BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.57.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 37.

In abstracto, é quase impossível identificar à primeira vista o interesse público. Quase sempre, a determinação do conceito dependerá da análise do caso concreto, com todas as suas nuances.

Esta é mais uma constatação que evidencia a necessidade e importância da aproximação entre administrado e Administração Pública, sempre que uma importante decisão tiver que ser tomada. Somente o conhecimento verdadeiro da realidade otimizará a eficiência da Administração, na medida em que ampliará a chance de se chegar à solução ótima para cada caso e, de outro lado, contará com maior legitimidade da decisão adotada que, sem perder o atributo da imperatividade, terá maior aceitabilidade por ter contado com a participação direta dos administrados.

Na verdade, o pluralismo torna evidente a necessidade de participação ativa dos administrados no próprio exercício da função administrativa: há constante tensão entre os diversos interesses em jogo, motivo pelo qual aqueles que não se manifestarem ou não exercerem o direito de participar da vida social democrática poderão ver seus interesses constantemente desatendidos. Há, na dinâmica sociedade de hoje, um ônus em participar, informar-se amplamente para poder defender seus direitos. O Estado garantista não deixou de existir mas, considerando a escassez dos recursos, assegurado o mínimo existencial, serão sempre atendidos preferencialmente aqueles interesses públicos dos grupos que fizeram demonstrar a necessidade (além de oportunidade e conveniência) de seu atendimento. Por óbvio que estes interesses particulares devem necessariamente coincidir com o interesse público para serem atendidos pela Administração. Mas, o que queremos destacar é que, na escassez de recursos, serão primeiramente atendidos aqueles interesses privados demonstrados como coincidentes com o interesse público.

A pluralidade, vale lembrar, pode existir até mesmo dentro da estrutura administrativa como, por exemplo, entre o Ministério do Desenvolvimento e o do Meio-Ambiente (conflito entre o fomento da atividade industrial e a preservação do meio ambiente equilibrado, sem poluição, desmatamento etc). Este exemplo demonstra que mesmo dentro da estrutura organizacional da Administração será necessária uma ponderação. Inclusive há quem admita hoje a existência não de uma, mas de diversas “administrações públicas”, já que a pluralidade da sociedade reflete também no Estado incumbido de atendê-la e na própria organização político-administrativa do Estado.

O alerta é também de Onofre Alves Batista Junior, que cita Massimo Severo Giannini para explicar o desenvolvimento do Estado em confronto com o pluralismo:

Enquanto o Estado de classe única desenvolvia principalmente as funções públicas (defesa, polícia, relações exteriores, poder sancionador etc), o de pluralidade de classes desenvolve principalmente serviços públicos (saúde, assistência social, subsídios financeiros etc) e como os diversos grupos sociais reclamam para si novos serviços, estes estão continuamente em aumento em todas as partes.¹⁷⁴

Todavia, o reconhecimento do pluralismo e a necessária participação ativa da sociedade para aumentar a legitimidade das decisões e permitir o aperfeiçoamento do exercício da função administrativa não faz desaparecer um dos princípios pilares do regime jurídico de direito público, vez que a supremacia do interesse público sobre o privado quando houver insanável conflito entre eles, permanece no ordenamento jurídico pátrio.

Diferentemente do que argumentam alguns, o princípio da supremacia do interesse público não implica em resquício do absolutismo que procurava salvaguardar de ingerências o exercício da função administrativa. Ao contrário. É imperativo da democracia, enquanto regime consagrador da igualdade entre as partes que, em caso de conflito insanável, ante a necessidade de optar pelo interesse que prevalecerá e o interesse que será sacrificado num determinado caso concreto, sem prejuízo de eventuais indenizações, seja o interesse público. Não seria juridicamente justa uma solução que determinasse a prevalência de um interesse particular em detrimento do interesse de toda uma coletividade. Ademais, a inexistência deste princípio de supremacia do interesse público, causaria instabilidade e insegurança jurídica, vez que ao administrado nunca poderia ser possível prever a decisão administrativa que poderia fazer preponderar, ao seu alvedrio, um interesse particular sobre o interesse público em qualquer caso.

A dificuldade na aplicação prática do princípio da supremacia não enseja a sua inexistência. De fato, embora cause dificuldade a indeterminação do termo “interesse público”, como todo conceito jurídico indeterminado, ele é determinável no caso concreto.

Assim, respeitados os limites deste trabalho, de forma sucinta, lembramos a lição de Hector Escola que assim escreveu:

¹⁷⁴ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 40, nota de rodapé n. 66.

O interesse público é o resultado de um conjunto de interesses individuais compartilhados e coincidentes de um grupo majoritário de indivíduos que se impõe a toda a comunidade como consequência dessa maioria, e que encontra sua origem no querer axiológico desses indivíduos, aparecendo com um conteúdo concreto e determinável, atual, eventual ou potencial, pessoal e direto dos indivíduos, que podem reconhecer nele seu próprio querer e sua própria valoração, prevalecendo sobre os interesses individuais que a ele se oponham ou o afetem, e que acabam desprezados ou substituídos, sem aniquilar-los.¹⁷⁵

Desta forma, o princípio da supremacia do interesse público, tratado por Celso Antônio Bandeira de Mello como um axioma, é de indubitável existência e aplicação efetiva, bastando, para comprovar esta afirmação, citar o exemplo do processo de desapropriação de imóvel privado.

Importante anotar que conhecemos a teoria de desconstrução da supremacia do interesse público, que recentemente ganhou alguma força na doutrina brasileira. Tal teoria, ao sustentar a inexistência de supremacia entre interesse público e interesse privado, na verdade tenta afirmar que interesse público e interesse privado se confundem, sendo inadmissível que o primeiro, ao contrariar o segundo, a ele sobrepuje.¹⁷⁶

Não concordamos com esta “nova teoria”. Defendemos a supremacia do interesse público também para destacar que a audiência pública não perde a finalidade de realizar o interesse público ao permitir que particulares exponham as suas razões e motivos para discordar ou concordar com um determinado projeto administrativo. E, em uma sociedade pluralista, é possível – aliás muito provável – que alguns particulares tenham interesses privados que se contraponham com o de outros e, na audiência será conferida oportunidade de cada um demonstrar que o seu interesse particular coincide com o interesse público, prevalecendo sobre outros interesses particulares colidentes. De toda sorte, na hipótese de um particular ter seu interesse acolhido por ocasião de uma audiência pública, é importante registrar que não se trata de acolhimento de uma pretensão individual, mas da concretização

¹⁷⁵ No original: “El interés público es el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en el su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o substituye, sin aniquilarlos.” ESCOLA, Hector Jorge. *El interés público*. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 249-250.

¹⁷⁶ Confira SARMENTO, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

do interesse público que, no caso concreto, pode coincidir com um interesse particular. Por exemplo, uma audiência pública para definir a localização de uma estação de metrô. Como a obra pública trará uma valorização imobiliária numa região, é possível que os moradores de uma rua defendam ser ela o melhor local para construção de uma estação. Outros moradores, da mesma rua, poderão defender que não, porque aquela construção implicará na perda de sua propriedade por meio de desapropriação. Se na audiência pública ficar comprovada que aquela localidade é a de melhor acesso para os usuários do metrô e comprovada a inexistência ou compensação de eventuais danos ambientais, entre outros, a Administração decidirá a construção da estação de metrô, desapropriando alguns imóveis e causando a valorização imobiliária de outros, satisfazendo, neste caso, o interesse particular de alguns em detrimento do de outros (desapropriados). Mas, neste caso, terá sido atingido o interesse público, mediante a realização de audiência pública, com efetiva oportunidade de participação de todos os interessados (no caso, os residentes nos arredores do local onde o projeto administrativo prevê a construção de uma nova estação de metrô).

Outro princípio basilar do regime jurídico de direito público é o princípio da indisponibilidade do bem público.

3.1.2. Princípio da indisponibilidade do interesse público

Tendo em vista que a Administração Pública exerce, primordialmente, função pública, como já tivemos oportunidade de tratar, não há dúvidas de que ela não dispõe de liberdade alguma na gestão da coisa pública.

A indisponibilidade vai desde a finalidade perseguida (o interesse público tratado no item anterior) até os bens materiais de valor econômico. Assim, na gestão da coisa alheia, a Administração não goza da disponibilidade da finalidade e dos bens públicos ao seu bel prazer e desta afirmação decorrem muitos dos princípios constitucionais que norteiam a atividade administrativa.

Da indisponibilidade do interesse e dos bens públicos decorrem os princípios da legalidade, impessoalidade, eficiência, moralidade e publicidade, todos inscritos no *caput* do artigo 37, da Constituição Federal.

O princípio ora analisado encontra correlação com o instituto da audiência pública porque o objetivo desta é permitir que o projeto administrativo tenha o melhor resultado com o menor custo, demonstrando a clara intenção de otimização dos recursos públicos, sejam eles de ordem material ou humana. Tudo porque a Administração Pública não pode dispor do interesse e bens públicos, não podendo de forma alguma deixar de encontrar a melhor solução para cada caso concreto.

Desta forma, como a audiência pública permite uma aproximação entre administrado e Administração, viabiliza um verdadeiro conhecimento, pela Administração, da realidade dos fatos envolvidos em cada caso concreto, é evidente que a decisão administrativa final, adotada após a realização de audiência pública contará com maior legitimidade e será a melhor possível. Daí a aplicabilidade do princípio da indisponibilidade dos bens públicos à audiência popular prévia à tomada de decisões administrativas.

3.2. Princípios constitucionais positivos da Administração Pública

Trataremos, neste item, apenas dos princípios da Administração Pública expressamente previstos no artigo 37, da Constituição Federal, para analisar sua aplicabilidade ao instituto da audiência pública.

3.2.1. Princípio da legalidade

Clássico e elementar princípio do Estado de Direito, a legalidade impõe a prévia autorização normativa como pressuposto da prática de todo e qualquer ato administrativo. Em outras palavras, à Administração Pública somente é possível fazer aquilo que a lei autoriza. A legalidade impõe limites à atuação estatal, impedindo arbitrariedades e surpresas para o administrado. É ela quem garante o tratamento igualitário dispensado a todas as pessoas pelos administradores públicos, proscrevendo privilégios e perseguições.

Há quem hoje sustente uma crise do princípio da legalidade, ao analisar a evolução por que passa o direito administrativo. Almiro do Couto e Silva é uma destas vozes e resume as razões que entende mais relevantes para a configuração da crise do princípio da legalidade nos dias atuais. Para ele, o Estado atual exige decisões rápidas que não podem ser formadas com satisfatória velocidade pela via legislativa. Isto faz com que ocorram delegações legislativas veladas, crescendo a importância de fontes infra-legais do direito administrativo. A Administração Pública, de seu turno, utiliza em “documentos normativos, cláusulas gerais, de conteúdo vago e elástico, e conceitos jurídicos indeterminados”. Estas cláusulas gerais fazem com que aumente a procura pela tutela judicial, contribuindo para a transformação de juízes em legisladores. Com tudo isso, há ainda o crescimento dos serviços públicos, que levam o Estado a “buscar nos repertórios de Direito Privado, conceitos, institutos e formas jurídicas, capazes de dar maior agilidade à Administração estatal. Ampliou-se, também, a área de atuação do Estado que se viu, em razão justamente do princípio da legalidade, obrigado a inflar a legislação administrativa, dificultando o conhecimento de todas as normas para os especialistas e principalmente para o administrado. Ainda, destaca o doutrinador que a necessidade de a lei prever soluções para os problemas mais relevantes faz com que a legislação à profusão perca a abstração que lhe deveria ser característica, aumentando a quantidade de leis medidas, com prescrições extremamente concretas, como é o caso dos planos urbanísticos.”¹⁷⁷

Couto e Silva destaca, no entanto, que não se pode perder de vista que o princípio da legalidade foi concebido em prol do administrado, como uma limitação ao administrador e aos seus poderes instrumentais, de sorte que suscitar a aplicação deste princípio em prejuízo ao administrado é uma distorção. Nas suas palavras:

Faz-se, modernamente, também, a correção de algumas distorções do princípio da legalidade da Administração Pública, resultantes do esquecimento de que sua origem radica na proteção dos indivíduos contra o Estado, dentro do círculo das conquistas liberais obtidas no final do século XVIII e início do século XIX, e decorrentes,

¹⁷⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. Revista de direito público. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 84, p 52-54, 1978.

igualmente, da ênfase excessiva no interesse do Estado em manter íntegro e sem lesões o seu ordenamento jurídico.¹⁷⁸

Desta colocação, podemos depreender que não há verdadeiramente uma “crise” que aflija o princípio da legalidade ou ameace a sua existência.

Não podemos perder de vista que o princípio da legalidade não condiciona o atuar do poder público à lei em sentido estrito, mas à lei *lato sensu*, para abarcar a Constituição Federal e principalmente, os princípios estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Muitos princípios são implícitos e, nem por isso, quando se adota uma solução com base em princípio implícito, é enfraquecido o princípio da legalidade. Ao contrário.

Este princípio constitucional é um dos pilares de sustentação do Estado de Direito porque garante a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões administrativas. Mesmo nos casos concretos em que se exija uma pronta resposta do Estado não encontrada na lei, é possível que a solução seja buscada em princípios gerais de direito, ou por analogia, ou ainda por equidade, como aliás decorre do artigo 4º, do Decreto-lei 4.657/1942 (LICC). Somemos, ainda, as normas veiculadas pelos tratados internacionais de que o Brasil é signatário.

A Professora Lucia Valle Figueiredo, com propriedade, resume que o princípio da legalidade “é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois obriga, necessariamente, também a submissão ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais.”¹⁷⁹ Outros doutrinadores mencionam o “bloco de legalidade” para buscar respostas em normas que pertençam ao ordenamento jurídico como um todo e não em específicos dispositivos constitucionais ou legais.

Desta forma, entendemos que não há propriamente uma crise do princípio da legalidade, há sim a sua ampliação para que não fique vinculado simplesmente à lei em sentido estrito, mas que vincule o atuar do Poder Público à normatividade, ou seja, à adequação a um sistema jurídico que contemple a previsibilidade, a confiança do administrado, enfim, a segurança jurídica. Com a professora Lucia

¹⁷⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. Revista de direito público. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 84, p 54, 1978.

¹⁷⁹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 441.

Valle Figueiredo, entendemos que hoje o princípio da legalidade seria melhor denominado como “princípio da constitucionalidade”.¹⁸⁰

No que se refere à audiência pública, a aplicação deste princípio é inquestionável.

Sempre que a lei assim determinar, para a validade de um ato administrativo, será imprescindível a realização de audiência pública. A forma de sua realização também deve decorrer de norma. Muito embora não exista uma lei que estabeleça expressamente o rito para realização de audiência pública, é possível depreender o *iter* de desenvolvimento da audiência pública do ordenamento jurídico, tal como fizemos no item anterior.

Questão interessante que se põe é sobre a possibilidade de a Administração Pública realizar audiência quando entender necessário, sem que nenhuma norma imponha tal obrigação.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que quando prevista em lei, a não realização da audiência, em regra, macula de ilegalidade o ato administrativo decisório praticado em desobediência ao comando legal. Lembramos que já dissemos entender pertinente a investigação a respeito da existência de prejuízo diretamente relacionado à não concretização da participação popular porque, se não houver prejuízo, não haverá razoabilidade para anular a decisão administrativa adotada.

De outro lado, a obrigatoriedade da realização de audiência pública em casos determinados não impede que a Administração realize audiência onde a lei não impuser. Vale dizer, sempre que prevista a necessidade de realização de audiência pública, esta será obrigatória, mas nada impede que a Administração realize audiência pública como uma faculdade, quando a lei não a prevê.

Gordillo vai mais além: entende que mesmo que num determinado caso em que a lei não imponha especificamente a necessidade de realização de audiência pública, se for uma hipótese em que os efeitos da decisão administrativa excedam a esfera jurídica delimitada de um particular, a realização de audiência pública será

¹⁸⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 504.

uma imposição genérica do ordenamento jurídico, cuja não observância vicia a decisão administrativa¹⁸¹.

Esta proposição decorre da constatação de que as audiências públicas conferem maior suporte fático e jurídico às decisões administrativas, bem como de que o ideal seria que a Administração Pública realizasse tantas audiências quantas fossem materialmente possíveis, a fim de assegurar sempre o devido processo legal, consubstanciado na necessidade de oferecer ao particular a oportunidade de conhecer previamente os problemas enfrentados pela Administração e defender a decisão que entende mais acertada, seja ela um interesse particular seu ou um interesse da coletividade. Vale dizer: o consenso da opinião pública fortalece a Administração e suas decisões, mesmo – e principalmente – quando implicam limitação ou restrição de direito individual.

Mas devemos ter muito cuidado com tal afirmação, porque o exercício da função administrativa, por si só, é de interesse geral e admitir a obrigatoriedade de realização de audiência pública para todo e qualquer ato decisório de importância geral poderia levar ao travamento do exercício da atividade administrativa, contrariando a eficiência administrativa.

Mais restrito ainda é o tema da vinculação do resultado da audiência pública. Como dissemos anteriormente, o efeito vinculante depende de lei, mas não é pacífico o entendimento de que este efeito poderia decorrer de lei.

A possibilidade de o Poder Legislativo impor que em determinadas hipóteses o resultado da audiência pública (que não necessariamente é obtido ao término das manifestações orais de todos os interessados) vincula irremediavelmente o administrador pode representar uma violação ao princípio da autonomia e independência dos poderes. É possível que o administrador decida de forma diferente da conclusão obtida por meio de audiência pública, sendo certo que nestes casos deverá fundamentar muito bem a divergência encontrada, já que nada justifica que seja adotada decisão outra que não a melhor, tendo em vista o conceito de função pública. Mas esta limitação ao exercício do poder administrativo, qual seja, a

¹⁸¹ No original: “Va de suyo que la administración no está limitada a efectuar la audiencia publica únicamente em los casos preceptivamente impuestos por la ley o el reglamento sino que tiene también la obligación de realizar audiencias públicas em todos los demás casos em que los efectos de la decisión excedan del caso particular y em que objetivamente sea necesario realizar el procedimiento para el ejercicio del derecho de defensa de los usuarios y afectados, coadyuvando así a una mejor eficacia y legitimidad jurídica y política de sus decisiones.” GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La defensa del usuario y del administrado. 9. ed. Buenos Aires: FDA, 2006. Disponível em <www.gordillo.com>, p. XI-10. Acesso em 15 ago 2008.

vinculação à finalidade de adoção da melhor solução para cada caso concreto não pode ser substituída pelo prévio estabelecimento, por lei, de efeito vinculante ao resultado obtido em audiência pública.

Em outras palavras, a previsão da audiência pública bem como a possibilidade de sua realização quando entender conveniente e oportuna, não retira do administrador a competência discricionária que o ordenamento lhe outorga em alguns casos. A audiência pública não conflita com o poder decisório da Administração, mas traz maior legitimidade à decisão administrativa, quando conforme o resultado da audiência pública, ou acarreta a necessidade de melhor motivação para a decisão adotada em desconformidade com aquele resultado.

Gordillo ainda lembra que o ordenamento pode prever a participação popular de diversas maneiras, não necessariamente por meio de audiência pública. Nestes casos, caberá à autoridade administrativa optar por um destes meios, desde que esteja realmente prevista esta opção e que qualquer meio adotado assegure a efetiva participação popular direta.

Aplicável, assim, o princípio da legalidade, em todos os seus aspectos, ao instituto da audiência pública.

3.2.2. Princípio da impessoalidade

Introduzido no rol dos princípios constitucionais da Administração Pública pela Constituição de 1988, o princípio da impessoalidade divide a doutrina. Parte dela caracteriza-no como mero desdobramento do princípio da igualdade. Este é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o tratamento sem discriminações, favoritismos ou perseguições é imposição do princípio da isonomia que, aplicado à Administração Pública denomina-se impessoalidade.¹⁸² Outra parte da doutrina atribui ao princípio da impessoalidade outro sentido, ao analisá-lo do ponto de vista do administrado. Na lição da Professora Lucia Valle Figueiredo, para quem a impessoalidade reflete a imparcialidade:

¹⁸² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 114.

A impessoalidade caracteriza-se, pois, na atividade administrativa, pela valoração objetiva dos interesses públicos e provados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político.¹⁸³

Para nós, considerando que o legislador, a rigor, não se vale de palavras desnecessárias, o princípio da impessoalidade não pode ser considerado mero desdobramento do princípio da isonomia, sem qualquer distinção. Perfilhamos o entendimento da Professora Lucia Valle Figueiredo, no sentido de que “a impessoalidade pode levar à igualdade, mas com ela não se confunde”, de sorte que, do ponto de vista do administrado, a Administração Pública sempre decidirá em conformidade com o ordenamento jurídico, ou seja, perseguindo o interesse público, sendo certo que uma decisão favorável não implica em favoritismo e uma decisão desfavorável não será perseguição contra o administrado interessado.

Não temos dúvidas de que este princípio se aplica à participação popular nos processos decisórios no âmbito da Administração Pública, inclusive à audiência pública, já que este instituto objetiva viabilizar a participação de todos os interessados em um processo decisório. Esta participação é uma colaboração com o ente administrativo competente para decidir e, ao mesmo tempo, protege os interesses do particular que tem a possibilidade de defender a decisão que entender mais correta no caso concreto. Sem perseguir e sem favorecer ninguém, agindo de forma imparcial e impessoal, a Administração Pública tem maiores e melhores condições para encontrar a melhor solução para cada caso concreto.

Para além deste significado, há quem entenda que a impessoalidade significa que a pessoa que pratica um ato administrativo o faz em nome da Administração e não em nome próprio, no sentido de que os atos e provimentos administrativos são imputáveis ao órgão ou entidade administrativa a que pertence o funcionário, e não a ele próprio. Neste sentido é a doutrina de José Afonso da Silva¹⁸⁴, consentânea com a vedação de auto-promoção do servidor público, a teor do julgamento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 191668/RS, relatado pelo Ministro Menezes Direito.¹⁸⁵

¹⁸³ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 63.

¹⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 667.

¹⁸⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Pleno, Recurso Especial n. 191668/RS, Relator Ministro Menezes Direito, j. 15.04.2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 17 abr 2009.

Odete Medauar, após ressaltar, assim como fizemos, as diversas interpretações possíveis do princípio da imparcialidade resume que:

Em situações que dizem respeito a interesses coletivos ou difusos, a impessoalidade significa a exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para evitar decisões movidas por preconceitos e radicalismos ideológicos ou pela busca de benesses de tipos diversos¹⁸⁶.

Por qualquer ângulo que analisemos ou aproximando o princípio da impessoalidade deste ou daquele outro princípio constitucional administrativo, certa é a sua aplicabilidade ao instituto da audiência pública, que realiza a isonomia e a imparcialidade.

3.2.3. Princípio da moralidade administrativa

O princípio da moralidade administrativa também foi constitucionalizado em 1988 e, em função deste princípio, a Administração Pública deverá pautar o seu atuar segundo um conjunto de regras de lealdade, boa-fé, sem malícia, mas de acordo com uma moral jurídica. E, moralidade do ponto de vista jurídico, pode ser entendida por *standards* comportamentais¹⁸⁷ albergados pela ordem jurídica.

O controle da moralidade administrativa está resguardado no inciso LXXIII, do artigo 5º da Constituição Federal, que prevê a violação à moralidade administrativa como uma das hipóteses de cabimento de ação popular. Nas palavras da Professora Lucia Valle Figueiredo, “a razoabilidade, a relação de congruência lógica entre os motivos (pressupostos fáticos) e o ato emanado, tendo em vista a finalidade pública a cumprir, será o crivo adequado para o exercício do controle da moralidade.”¹⁸⁸ A Professora lembra, ainda, que o controle da moralidade é mais amplo que o controle de legalidade, já que uma conduta que não seja propriamente contrária à lei, poderá ser imoral e, então, objeto de invalidação.

¹⁸⁶ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 93.

¹⁸⁷ “[...] o princípio da moralidade vai corresponder ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são considerados os *standards* comportamentais que a sociedade deseja e espera.” FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 57.

¹⁸⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 58.

É certo que enquanto princípio dirigido à Administração Pública, a moralidade se aplica a todos os processos administrativos, inclusive aos decisórios, irradiando efeitos para a audiência pública.

Judith Martins Costa assim resumiu o princípio da moralidade:

Não há interesse público contrário à moralidade administrativa. Por igual, não será moral a conduta, aparentemente discricionária, que ultrapasse as balizas demarcadas pelos princípios da realidade e da razoabilidade, que estão postos no ordenamento jurídico de forma implícita e inafastável.¹⁸⁹

Aplicável a todos os processos administrativos, é certo que a observância do princípio da moralidade se impõe nas audiências públicas, sob pena de nulidade absoluta, especialmente porque “a atuação processualizada reduz as oportunidades de práticas imorais no exercício de poderes públicos: atividades parametradas, presença de sujeitos com direitos e ônus, obrigação de motivar etc. dificultam os desvirtuamentos próprios da imoralidade administrativa.(...) Havendo, no entanto, práticas imorais em momentos do processo, torna-se mais fácil evidenciá-las”¹⁹⁰, como bem arremata Odete Medauar.

3.2.4. Princípio da publicidade

De fundamental importância para o Estado Democrático de Direito, o princípio da publicidade é instrumento da transparência e da segurança jurídica. Deste princípio depende, quase que integralmente, o controle da atividade administrativa.

Juarez Freitas assim define este princípio:

No que concerne ao princípio da publicidade ou da máxima transparência, quer este que a Administração Pública aja de modo a nada ocultar, suscitando a participação fiscalizatória da cidadania, na certeza de que nada há, com raras exceções constitucionais, que não deva vir a público. [...]

Em suma, traduz-se o princípio da publicidade na exigência de comunicação transparente à sociedade dos atos, contratos e procedimentos da Administração Pública, e funciona, no mais das

¹⁸⁹ COSTA, Judith Martins. *As funções do princípio da moralidade administrativa (o controle da moralidade na administração pública)*. Tese apresentada e aprovada no XVII Congresso dos tribunais de Contas do Brasil, realizado em São Luis do Maranhão, de 20 a 24/09/93. Disponível em <www.tce.rs.gov.br/artigos/pdf/principio_moralidade.pdf>. Acesso em 06 abr 2009.

¹⁹⁰ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 96.

vezes, como requisito para a geração de efeitos jurídicos. É requisito de eficácia e, de modo indisputável, associa-se à moralidade, embora se admita o sigilo em casos extremos de segurança ou em situações em que a divulgação prévia poderia inviabilizar medidas defensáveis. Em função disso, deve a Administração Pública zelar pela ampliação da transparência em seus atos, contratos e procedimentos, exceto nas hipóteses em que o impedir o interesse público ou outro princípio topicamente hierarquizado como superior.¹⁹¹

Aplicando este princípio à audiência pública, temos que o local da realização da audiência não deve e não pode, sob pena de nulidade, limitar a participação popular (por dificultar fisicamente o acesso das pessoas à audiência), ou parecer seguir opinião porventura favorável ao interesse da administração, sob pena de caracterização de desvio de poder:

Em algumas ocasiões, a administração se exceda em uma repentina vocação “provincialista” e realiza as audiências públicas em locais distintos de sua própria sede, com o que ocasiona custos desnecessários aos usuários e consumidores que desejam participar em tais audiências. [...] Nestes casos, há desvio de poder, já que o propósito foi obter um conjunto de opiniões que se estimava mais favoráveis ao projeto estatal.¹⁹²

O exemplo mencionado é um típico caso de desvio de poder porque implica no esvaziamento da finalidade da audiência pública. Como já dissemos anteriormente, não é válida a audiência pública realizada como preenchimento de um mero requisito formal para ratificação de uma decisão administrativa previamente adotada (mas dependente deste requisito legal para validade: audiência pública). É evidente que o resultado da audiência, como também dissemos anteriormente, não vincula a Administração Pública, mas torna mais difícil a adoção de uma decisão divergente do resultado da audiência pública. A divergência, nestes casos, torna mais frágil a decisão adotada, sendo sempre possível (e provável), a sua anulação pelo Poder Judiciário. Aliás, neste sentido, localizamos acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa transcrevemos:

¹⁹¹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 58.

¹⁹² Do original: En ocasiones la administración se excede en una repentina vocación “provincialista” y realiza las audiencias públicas en lugares alejados de su propia sede, con lo cual ocasiona gastos innecesarios a los usuarios y consumidores que desean concurrir a tales audiencias. (...) En tales casos há existido desviación de poder ya que el propósito fue lograr una expresión de opiniones que se estimaba más favorable al proyecto estatal. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La defensa del usuário y del administrado. 9ªed. Buenos Aires: FDA, 2006. Disponível em <www.gordillo.com>, p. XI-12. Acesso em 15 ago 2008.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Concessão de efeito suspensivo ativo que deferiu pedido do Ministério Público para suspensão da audiência pública, ante noticiada dificuldade de acesso da população ao lugar escolhido em substituição à primeira opção. Providência satisfativa que esvaziou o agravo. Recurso prejudicado.¹⁹³

Augustín Gordillo ainda analisa os custos da publicidade da audiência pública. Tendo em vista que o valor empregado na ampla divulgação da audiência pode ser elevado, o doutrinador entende possível que a Administração atribua a responsabilidade pelo dispêndio ao concessionário ou beneficiário do ato administrativo cuja realização depende de prévia audiência pública.¹⁹⁴ O alto custo da publicidade à qual está condicionado o sucesso da audiência pública decorre especificamente da ineficiência de publicação somente nos órgãos oficiais de imprensa (no Brasil, Diários Oficiais), cuja leitura é restrita a um grupo específico de pessoas. É imprescindível, para atendimento ao princípio constitucional da publicidade, que a realização da audiência pública seja objeto de publicação em veículos de grande circulação e grande alcance popular.

3.2.5. Princípio da eficiência

O princípio da eficiência administrativa encontra-se intimamente ligado à audiência pública. Neste ponto, importante distinguir eficiência de eficácia.

Na lição de Sérgio Ferraz e Adilson Dallari, a eficácia administrativa refere-se à potencialidade de concretização das finalidades legais, ao passo que a eficiência administrativa implica na necessária concretização das finalidades legais com o menor ônus social possível¹⁹⁵, ou seja, a eficiência administrativa corresponde à realização do interesse público com o menor custo.

¹⁹³ BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Seção de Direito Público. Câmara Especial do Meio Ambiente. Agravo de Instrumento n. 661.138-5/9. Relator. Desembargador. Renato Nalini. V.U, j. 28/06/2007. Disponível em <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em 17 abr 2009.

¹⁹⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La defensa del usuário y del administrado. 9. ed. Buenos Aires: FDA, 2006. Disponível em <www.gordillo.com>, p. XI-13. Acesso em 15 ago de 2008.

¹⁹⁵ FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 100.

A eficiência total, numa sociedade pluralista, com recursos escassos, amplo feixe de atribuições conferido à Administração Pública e seus diversos órgãos e entidades, com interesses e fins não congruentes, não é possível. Assim, o parâmetro para medir a eficiência de uma medida administrativa será a medida da satisfação dada ao bem comum.

Tércio Sampaio Ferraz Junior, tratando do princípio ora em comento, destaca sua finalidade de disciplinar a atividade administrativa nos seus resultados, além dos seus elementos internos:

Por assim dizer, é um princípio para fora e não para dentro. Não é um princípio condição, mas um princípio fim, isto é, não impõe apenas limites (condição formal de competência) mas também resultados (condição material de atuação). Por seu intermédio, a atividade administrativa continua submetida à legalidade, muito mais, porém, à legalidade enquanto relação solidária entre meios e fins e pela qual se responsabiliza o administrador. Ou seja, o princípio da eficiência exige que a administração, em vista da sociedade/do mercado, seja dotada de competências reguladoras de natureza técnica e especializada sob pena de paralisia, pois é impossível exigir-se eficiência da administração sem dar-lhe competência para alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes. A especialização técnica é exigência da eficiência.¹⁹⁶

No mesmo sentido, Lucia Valle Figueiredo salienta que “agir com eficiência” significa considerar todas as possibilidades e eleger a melhor do ponto de vista do resultado e dos custos envolvidos, já que a discricionariedade deferida à Administração Pública não o é sem limites, sem peias ou amarras.¹⁹⁷

Todos os princípios até agora tratados são decorrentes do regime jurídico de direito público que norteia o exercício da função administrativa. Aplicam-se, assim, à audiência pública enquanto produto do exercício desta função.

Questão mais complexa é aquela referente à natureza jurídica da audiência pública porque ao considerarmos que é uma fase de um processo administrativo, atraímos uma gama de princípios processuais que, a rigor, não seriam exigíveis ou aplicáveis a um ato administrativo comum que não possa ser considerado processo administrativo autônomo.

¹⁹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007, p. 379.

¹⁹⁷ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 504.

Por esta razão, entendemos produtivo analisar os princípios processuais administrativos para constataremos sua aplicabilidade integral ou matizada ao instituto da audiência pública.¹⁹⁸

3.3. Princípios aplicáveis aos processos administrativos em geral

3.3.1. Princípio do devido processo legal

O devido processo legal administrativo está previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, a primeira Constituição a determinar expressamente a aplicação deste princípio aos processos administrativos.

Na verdade, o devido processo legal nasceu com conteúdo puramente formal, tendo sido primeiramente positivado na Carta Magna do Rei João Sem-Terra, destinado a proteger apenas as classes mais privilegiadas da sociedade, especialmente porque foi primeiro positivado na Inglaterra, mas em latim. Outrossim, no nascedouro, considerava-se atendido o princípio do devido processo legal com o simples respeito ao procedimento pré-estabelecido pela lei, ou seja, vigia o princípio do *due procedural process of law*. Na contemporaneidade, todavia, consolidou-se o conteúdo material deste importante princípio, de sorte a abranger o respeito à Constituição e aos seus princípios fundamentais, além do respeito ao procedimento (*due process of law*).

A evolução do princípio fez ainda com que ele estendesse sua aplicabilidade aos processos administrativos, no sentido residual, e não apenas aos judiciais. Por processos administrativos em sentido residual, entendemos todo aquele que não é judicial. Assim, é hoje inquestionável a aplicação do devido processo legal ao processo legislativo, por exemplo, e não apenas ao processo administrativo inserido

¹⁹⁸ Para análise dos princípios aplicáveis aos processos administrativos, a fim de fornecer elementos para conceituar a audiência pública como processo ou não, utilizaremos as nomenclaturas do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, extraídas de sua obra *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

no âmbito da atividade administrativa. Evoluiu também dos processos administrativos disciplinares para ser aplicável aos processos não sancionadores.

Em termos gerais, o devido processo legal efetiva o princípio da igualdade na lei e perante a lei, de forma a englobar o prévio conhecimento das regras que regem o proceder do poder público, seja para restringir direitos dos administrados, seja para ampliá-los, pois não se pode admitir em um Estado de Direito que alguns sejam privilegiados e outros perseguidos. Com o devido processo legal se assegura aplicabilidade ao princípio da igualdade.

O devido processo legal, portanto, impõe o respeito ao rito procedimental (conteúdo formal), mas também à simétrica paridade, ou seja, o tratamento igualitário das partes envolvidas no processo (conteúdo material), além do respeito aos valores fundamentais do indivíduo.

Nas palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha:

Quanto ao processo administrativo, o princípio do devido processo constitucionalmente assegurado significa, em primeiro lugar, o dever da Administração Pública de atuar material e formalmente segundo o que o direito determine, fazendo com que o desempenho dessa atividade se faça por uma relação tendo como um dos pólos o administrado, que participa da dinâmica administrativa; em segundo lugar, o direito desse administrado de que essa relação se desenrole segundo os princípios que conferem segurança jurídica a seu patrimônio. Assim, o devido processo legal administrativo concerne tanto à forma quanto ao conteúdo das decisões administrativas e por ele se garante a certeza tanto do dever público quanto do direito do particular na relação administrativa. (...) O que é certo é que a cláusula do devido processo legal, em sua acepção substantiva e não apenas formal, integra a principiologia que informa a atividade administrativa de qualquer entidade e de qualquer dos ramos do Poder Público.¹⁹⁹

Entendido o princípio do devido processo legal, necessário analisarmos sua aplicabilidade à audiência pública.

É evidente que o princípio do devido processo legal substancial, por imposição da Constituição Federal aplica-se aos processos administrativos decisórios. E, sempre que a lei assim estabelecer, sob pena de nulidade do ato administrativo final, deverá o administrador realizar audiência pública. Nesta será, necessariamente, observada a igualdade entre os interessados que participarem, cabendo ao administrador levar em consideração todas as manifestações dos

¹⁹⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro*, Revista de Direito Administrativo n. 209, p. 205-206, 1997.

interessados. Impossível afastar a aplicação do devido processo legal à audiência pública.

3.3.2. Princípio do contraditório e ampla defesa

O contraditório, como definido pelo doutrinador italiano Fazzalari, consiste na própria estrutura dialética do processo, ou seja, no conhecimento pelas partes de todos os termos do processo, na efetiva possibilidade de externar suas razões e na necessidade de serem consideradas todas as suas alegações (impossibilidade do órgão decisório ignorá-las).

Já ampla defesa, umbilicalmente ligada ao contraditório, equivale à possibilidade da parte valer-se de todos os meios que o ordenamento lhe oferece para obter um provimento favorável. Estes meios englobam a possibilidade de provocar inicialmente uma decisão como também dela recorrer se contrária a seus interesses legítimos. Em suma, o princípio da ampla defesa acopla várias garantias, a saber: direito de ser informado de quanto se passa sobre a sua situação jurídica, direito de argumentar e arrazoar (ou contrarrazoar), garantia do advogado, direito de produzir provas conforme o ordenamento e direito à revisão da decisão desfavorável ou parcialmente desfavorável.²⁰⁰

Estes dois desdobramentos do devido processo legal trazem consigo uma carga de defesa de direitos individuais muito forte. Há, na verdade, uma clara contraposição de interesses que justifica o resguardo destes direitos do administrado em face da Administração Pública.

Em audiências públicas não é clara a existência de litigiosidade, principalmente porque não há decisão administrativa final. Há publicidade dos atos administrativos que antecedem a tomada de decisão, com a efetiva possibilidade de os interessados contribuírem com a formação desta decisão considerada de grande importância pelo ordenamento jurídico (que impôs a obrigatoriedade de audiência pública prévia) ou pelo próprio administrador que, diante da omissão normativa, por

²⁰⁰ ROCHA, Carmem Lucia Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro*, Revista de Direito Administrativo n. 209, p. 208-212. 1997.

entender de grande valia a decisão administrativa num determinado caso concreto, valendo-se de sua competência discricionária, resolveu realizar audiência pública.

Assim, a rigor, não há contraposição de interesses que atraia ou justifique a aplicabilidade dos princípios do contraditório e ampla defesa no sentido de proteção a interesse próprio.

Neste sentido estrito, portanto, não entendemos aplicáveis os princípios do contraditório e da ampla defesa à audiência pública.

Entendemos sim existente o contraditório com aquele significado bem colocado por Elio Fazzalari, ou seja, contraditório ligado à dialeticidade e oportunidade efetiva de conhecimento prévio de uma questão para contribuir com sua solução.

Como bem lembra Antônio Cabral, o contraditório na atualidade pode dispensar o caráter de contraposição de interesses, significando o direito de influenciar as decisões do Estado, podendo ser decomposto em “informação prévia (*Recht auf Benachrichtigung*); direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*) ; e o direito de ver seus argumentos levados em consideração (*Recht auf Berücksichtigung*), correlato ao dever de atenção imposto à autoridade responsável pela decisão”.²⁰¹

Esclarecedoras, neste ponto, as palavras da professora Lucia Valle Figueiredo:

Obviamente a audiência pública não é para que a Administração apresente categoricamente sua escolha, efetuada anteriormente, e, apenas e tão somente, cumpra etapa formal.

Sua finalidade precípua é a ampla discussão, a ampla transparência, para que sejam exibidos os fundamentos necessários para o modelo escolhido e para que se questione e se examine a possibilidade de proposição de outras formas.

Enfim, faz-se necessária a intercomunicação. Não se trata de um monólogo, mas de um diálogo entre as autoridades e os cidadãos.

Desta forma, uma vez que a audiência pública objetiva estabelecer um diálogo de aproximação entre Administração e administrado, é evidente que deve contemplar a efetiva participação popular oportunizando amplo conhecimento do objeto da audiência e participação em igualdade de condições a todos os

²⁰¹ CABRAL, Antônio. *Os efeitos processuais da audiência pública*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro e Direito Público, n. 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível em <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 24 nov 2008.

interessados. Mas, a contraposição de interesses típica dos processos litigiosos não se aplica à audiência pública. Segundo entendemos, aplicável à audiência pública é o princípio da audiência dos interessados e princípio da ampla acessibilidade aos elementos do expediente administrativo e não o princípio do contraditório na acepção clássica dos processos administrativos e judiciais.

3.3.3. Princípio da ampla instrução probatória

Segundo este princípio, aos participantes de processo administrativo deve ser conferida a oportunidade de provar, por todos os meios admitidos em direito, a veracidade de suas alegações.

Objeto da prova são fatos, mas não fatos quaisquer e sim fatos relacionados ao objeto do processo e hábeis ou úteis para influenciar na decisão final.

Como já sabemos, objeto da audiência pública também são fatos, mas, a rigor, a necessidade de prová-los é incumbência da própria Administração e não dos interessados que participam.

Questão controvertida destacada por Agustín Gordillo refere-se à hipótese de o administrado interessado encontrar-se na necessidade de provar algum fato, a princípio, desconhecido da Administração e que poderá influenciar na escolha da melhor decisão. Uma vez alegado o fato por qualquer interessado, se ele for realmente relevante, a critério da Administração, poderá ser objeto de prova, às expensas do erário, e não do interessado que o alegou. Esta solução, como sabemos, não se aplica com tranquilidade aos processos administrativos em geral, pois na maioria dos casos, os fatos alegados serão no interesse particular de uma das partes do processo, não se justificando o dispêndio de dinheiro público para provar fato que aproveita a interesse particular. Mas, no caso das audiências públicas, o fato alegado, na medida em que contribui para encontrar a solução ótima para um determinado caso concreto que demanda uma decisão, aproveitará a toda sociedade, o que justifica que esta arque com os custos da prova do fato. É evidente que na hipótese de ser constatada a total imprestabilidade da prova, nada impede, ao contrário, o ordenamento jurídico reclama que sejam apuradas responsabilidades pelo ressarcimento do erário. Responsabilidades do particular que indicou

necessidade de prova imprestável ou da autoridade administrativa que determinou a realização de prova inútil ou desnecessária mal avaliando as alegações dos particulares.

Solução distinta é adotada por Gordillo, que associa a audiência pública ao processo judicial ou processo administrativo ampliativo de direitos e defende a possibilidade de imputar aos administrados interessados os custos de perícias e traslados, por exemplo, ressaltando apenas que a transferência de custos não poderia inviabilizar a participação popular efetiva. A transferência de custos será melhor analisada mais adiante, quando tratarmos do princípio da gratuidade nos processos administrativos.

Por ora, vale registrar que, segundo entendemos, tendo em vista a finalidade da audiência pública de conferir maior legitimidade e eficiência às decisões administrativas que repercutem de forma ampla na sociedade, o ônus em provar todos os fatos relevantes incumbe à Administração, ou à sociedade e não somente aos particulares interessados que participarem ativamente da audiência pública.

3.3.4. Princípio da motivação

Trata-se de princípio fundamental do Estado de Direito, umbilicalmente ligado ao princípio da publicidade, que busca resguardar os administrados de arbitrariedades.

Segundo este princípio o administrador deverá expor todos os motivos de fato e de direito que embasaram uma determinada decisão administrativa.

Somente com a exposição e publicidade da motivação é que se viabiliza o controle social da atividade administrativa.

Sob o ângulo da audiência pública, a motivação refere-se à justificativa do projeto administrativo a ser submetido à audiência popular. Em outras palavras, como a Administração deve apresentar aos administrados um determinado projeto, com todas as suas nuances e possibilidades de solução, a fim de permitir que seja conhecida em sua plenitude a realidade fática e ampliar as chances de se chegar à melhor solução possível, é imprescindível que sejam motivadas todas as razões porque aquele projeto foi o escolhido para ser submetido, naquele momento, à

audiência popular, bem como a solução que a Administração entende ser a mais acertada, com a demonstração dos motivos pelos quais chegou àquela conclusão.

Com a completa exposição dos motivos, abre-se efetiva oportunidade de participação aos interessados, que conhecerão as razões da Administração e poderão, assim, contribuir para consolidar seus motivos ou destruí-los, demonstrando outros fatos mais relevantes.

Como vimos, o princípio da motivação se aplica integralmente à audiência pública.

3.3.5. Princípio da revisibilidade

Trata-se de princípio que consagra o duplo grau, como desdobramento do princípio da ampla defesa. A revisibilidade impõe que uma determinada decisão administrativa seja revista por outra autoridade administrativa, normalmente de hierarquia superior àquela que primeiro decidiu e, assim, com poderes para reformar, em favor do recorrente, a decisão objeto de revisão.

Salvo melhor juízo, entendemos que a revisibilidade não se aplica ao resultado da audiência, já que esta não se presta a resolver ou dirimir conflitos entre as partes, de sorte que dificilmente será possível apontar um descontente com o resultado da audiência. Isto sem perder de vista o seu caráter conformador. Como não falamos em litigantes ou partes com interesses contrapostos em audiência pública, não entendemos aplicável o princípio da revisibilidade, inclusive porque na hipótese do resultado da audiência ser desconforme com o seu procedimento, caberá provocação do Poder Judiciário por qualquer interessado, com o intuito de anular a audiência realizada, ou o resultado divulgado, mas não entendemos possível a revisão administrativa, por provocação de interessado, do resultado da audiência pública regular.

Tais afirmações, todavia, não impedem que a autoridade competente para decidir entenda que a audiência pública não tenha atingido sua finalidade e, dentro da discricionariedade, pautada pela razoabilidade, entenda necessária a realização de outra audiência pública, convocando outros interessados, por exemplo. Sempre com vistas à realização do interesse público.

3.3.6. Princípio da representação e assessoramento

Segundo este princípio, as partes que integram um processo administrativo têm o direito de serem assessoradas por profissional que resguarde, em sua plenitude, seus interesses. É decorrência do princípio do devido processo legal e seus consectários ampla defesa e contraditório. Isto porque as partes que integram um processo têm o direito a defesa técnica de seus interesses.

Da mesma forma que defendemos a inaplicabilidade do princípio do contraditório na sua vertente de contraposição de interesses, entendemos que o princípio da representação e assessoramento, na medida em que impõe a necessidade de defesa técnica por profissional regularmente habilitado não encontra plena aplicabilidade nas audiências públicas. Se algum interessado assim quiser, às suas expensas, poderá constituir profissional habilitado para defender e representar seus interesses mas, tal providência não constituirá mais do que mera faculdade em uma audiência pública.

3.3.7. Princípio da lealdade e boa-fé

A lealdade e boa fé devem sempre nortear o proceder da Administração Pública e dos administrados, impondo-lhes o dever de agir com urbanidade e respeito, sem desvirtuar fatos para obter vantagem.

Não há dúvidas de que estes princípios se aplicam à audiência pública, como expoente que é do exercício de função administrativa. Importante destacarmos que também os administrados interessados deverão agir com lealdade e boa fé com a Administração, se furtando de desviar a audiência pública de sua finalidade e utilizando este instrumento para a máxima eficiência da Administração e não para obter resultados individualmente favoráveis.

3.3.8. Princípio da verdade material

A verdade material ou substancial é aquela que corresponde exatamente à realidade dos fatos. Constitui objetivo dos processos porque ao final do rito procedimental, o órgão julgador debruçar-se-á sobre os elementos constantes dos autos, desprezando dados fácticos que não estiverem ali representados. O processo se forma, então, objetivando encontrar, com o cotejo das alegações de todos os interessados conforme estrutura dialética do processo, a verdade material; mas a decisão será sempre proferida com base na verdade processual (aquela que está representada nos autos do processo).²⁰² Assim, o princípio da busca da verdade material tem especial importância no processo administrativo porque representa aplicação prática do princípio da legalidade.

Qualquer leve desvio do objetivo de busca da verdade substancial poderia levar a Administração Pública a decidir em favor ou desfavor de alguém de forma equivocada, violando frontalmente o princípio da isonomia ao conceder privilégios ou perseguir um determinado administrado. Vale ressaltar que o princípio da isonomia, no processo administrativo merece especial atenção em função da peculiar posição que a Administração nele ocupa. Valemo-nos das palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha:

[...] no processo administrativo, o Estado – na condição de pessoa exercente das funções de administração do bem público – cumpre mais de um papel, comparece em situação dúplice: como pólo ativo ou passivo de arguição feita e como julgador da situação processada. [...] As denominadas “prerrogativas” da Administração Pública (que se apresentam em alguns processos administrativos, como, por exemplo, o de licitação e mesmo, em alguns casos, no disciplinar, como a utilização de documentos e provas havidas em seus próprios aparatos burocráticos) são antes deveres que faculdades, menos ainda privilégios que ela ostenta e têm como única justificativa o zelo e o comprometimento com o interesse público maior e determinante da atuação estatal. [...] Nada é mais interesse público que a garantia de cada um e de todos de que a igualdade jurídica prevalece em todos os casos em que não haja fundamento jurídico para desigualar, ou, dito de outro modo, que não há desigualdade jurídica a relevar.

²⁰² O princípio da busca da verdade material decorre do indubitável objetivo da Administração Pública de perseguir o interesse público. Tanto assim, que o próprio legislador federal, no artigo 51, §2º, da Lei n. 9784/99 estabelece que: “A desistência ou renúncia do interessado, conforme o caso, não prejudica o prosseguimento do processo, se a Administração considerar que o interesse público assim o exige.” Destaca, assim, a indisponibilidade do interesse público.

A verdade material se aplica às audiências públicas, já que sua finalidade é encontrar, em consenso com os interessados, a melhor solução para uma questão posta à avaliação dos interessados.

3.3.9. Princípio da oficialidade

Segundo o princípio do impulso oficial, a Administração Pública deverá impulsionar o processo administrativo, para que alcance seus ulteriores termos, em prazo razoável, para que não haja prejuízo ou perecimento de direitos, o que, certamente, não condiz com o interesse público. No âmbito da audiência pública, a autoridade que a presidir poderá pedir esclarecimentos aos administrados, sempre que estes forem necessários para conclusão da audiência. Poderá, ainda, sempre de forma motivada, realizar provas ou investigar fatos, na busca da verdade material que permitirá alcançar a solução ótima para o objeto da audiência pública.

3.3.10. Princípio da gratuidade

No que se refere à gratuidade, Agustín Gordillo destaca que esta pode ou não se aplicar, sendo possível imputar aos administrados os custos de perícias e traslados, por exemplo. Certo é que tais custos não podem impedir a efetiva participação popular e, de acordo com o devido processo legal, sempre que houver dúvida quanto a uma determinada situação de fato diretamente relacionada ao objeto da audiência pública, nada impede que a Administração arque com eles. Todavia, a possível aplicação do princípio da gratuidade não implica em transferência pura e simples do ônus e custos da prova do fato alegado pelo administrado participante da audiência pública. É inerente à participação popular a possibilidade de provar os fatos alegados como defesa e demonstração de seu interesse, tal qual ocorre em processo judicial. Gordillo destaca que à evidência, o que a possibilidade de aplicação do princípio da gratuidade veda é a condenação do

administrado no pagamento de custas a que porventura tenha dado causa. Ressalvamos aqui nosso entendimento no sentido de que, a rigor, o custo do projeto objeto da audiência pública é integralmente da Administração, ou melhor, do erário. Assim, as provas que demonstram o acerto ou desacerto de uma determinada solução é também do erário, já que nada mais são do que exercício da função administrativa.

Na hipótese de algum interessado, participante da audiência pública, sinalizar a necessidade de dilação probatória, a Administração Pública, no exercício de sua competência discricionária, avaliará motivada e fundamentadamente a necessidade e utilidade de realização daquela prova. Se entender pertinente, ela mesma arcará com os custos da prova nova. Se, no futuro, restar comprovado que a prova nova foi inútil, a Administração Pública deverá investigar o ressarcimento ao erário, atribuindo tal responsabilidade ao particular – se comprovada sua má-fé ao requerer a dilação probatória, por exemplo, propositadamente induzindo a erro a autoridade administrativa – ou à autoridade administrativa que mal avaliou a necessidade e/ou utilidade da prova nova.

Ressaltamos que no nosso entendimento, não podem ser cobradas custas para o exercício da participação popular, embora podem ser cobradas as cópias reprográficas da documentação que o interessado eventualmente solicite para participar de audiência pública.

Pelo exposto, entendemos que o princípio da gratuidade se aplica à audiência pública, com matizes, podendo ser afastado se houver alguma espécie de concorrência entre particulares na defesa de seus interesses privados, ou se houver má-fé, como já explicamos.

3.3.11. Princípio do informalismo em favor do administrado

Como a audiência pressupõe um debate, é evidente que este deve ser norteado pela informalidade, mas com ordem, para que seja atingida a finalidade da audiência pública, com urbanidade. O órgão responsável pela realização da audiência pública, isto é, aquele responsável pela decisão administrativa submetida

à ativa participação popular, ao presidir a audiência deverá zelar pela condução regular do processo

Cumpre-nos destacar, assim como ressalva o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰³ que os princípios da oficialidade, gratuidade e informalismo em favor do administrado não têm aplicabilidade aos processos administrativos ampliativos de direito, e aos que envolvem concorrência entre administrados, para evitar privilégios ou perseguições.

No que se refere à audiência pública, não há dúvidas de que obedecerá aos princípios aplicáveis ao próprio processo. Analisada de forma autônoma, a audiência pública deve respeitar o devido processo legal, conferindo oportunidade aos interessados para terem ciência dos fatos que motivaram sua realização (publicidade) e viabilizar a manifestação fundamentada dos participantes (contraditório), com a possibilidade de fazerem prova da situação fática que possa e/ou deva influir na decisão administrativa (ampla instrução probatória), cabendo à autoridade que presidir a audiência decidir sobre a pertinência da prova, para não prejudicar ou obstruir desarrazoadamente o processo de decisão administrativa. Os interessados poderão participar pessoalmente, nada impedindo que se façam representar por procuradores com poderes específicos ou que se valham de profissionais especializados (representação e assessoramento). A conclusão da audiência, por óbvio, deverá ser divulgada (publicidade), da mesma forma como divulgada a realização da própria audiência, devendo o resultado ser motivado (princípio da motivação). A audiência pública, na medida em que tem como um de seus objetivos aproximar a autoridade administrativa da realidade dos fatos, é um instrumento de busca da verdade material e, na sua realização, a Administração Pública, sem dúvidas deverá se pautar pelos princípios da lealdade e boa-fé. No que tange à revisibilidade, considerando que o resultado da audiência pública não vincula a autoridade competente para decidir, entendemos que referido princípio não tem aplicabilidade ao instituto analisado.

²⁰³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 499-500.

CAPÍTULO IV

AUDIÊNCIA PÚBLICA: ALGUMAS PREVISÕES NORMATIVAS

1. Audiência pública na Constituição Federal

No texto constitucional, a referência expressa à audiência pública está no artigo 58, §2º, inciso II, no capítulo reservado ao Poder Legislativo, *in verbis*:

Artigo 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:
II – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil.

Não há expressa menção ao instituto analisado no âmbito do Poder Judiciário ou Administrativo, mas encontramos referência à audiência pública na legislação infraconstitucional, como analisaremos no item seguinte.

Interessante ressaltarmos que esta previsão constitucional de realização de audiência pública no âmbito das Comissões legislativas do Congresso Nacional ressalta a importância da participação direta dos administrados em todos os processos decisórios, inclusive no âmbito do Poder Legislativo que, a rigor, é composto por representantes da sociedade e dos Estados (entes federados). Neste sentido, vale mencionar o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que distinguiu expressamente a participação popular indireta por meio da eleição de seus representantes, da participação popular direta por meio da audiência pública:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei n. 2.786/2005 de São José do Rio Pardo – Alteração sem plano diretor prévio de área rural em área urbana – Hipótese em que não foi cumprida disposição do art. 180, II, da Constituição do Estado de São Paulo que determina a participação das entidades comunitárias no estudo da alteração aprovada pela lei – Ausência ademais de plano diretor – A participação de Vereadores na votação do projeto não supre a necessidade de que as entidades comunitárias se manifestem sobre

o projeto – Clara ofensa ao art. 180, II, da Constituição Estadual – Ação julgada procedente.²⁰⁴

Do corpo do acórdão, vale transcrevermos o seguinte excerto:

A participação dos Vereadores, representantes dos munícipes, está vinculada à necessidade de votação de qualquer projeto de lei em trâmite perante a Câmara Municipal. Isso não se confunde com a necessidade de engajamento das entidades comunitárias na elaboração de estudos de diretrizes e normas que afetam o Município como um todo. A Câmara Municipal represente os munícipes, mas não as entidades comunitárias existentes no Município.

É evidente, assim, a importância do instituto analisado, embora constitucional e expressamente somente esteja previsto neste dispositivo supra-transcrito e com cunho voltado ao controle político da administração pública pelo Poder Legislativo.

2. A audiência pública na legislação brasileira infraconstitucional

Analisemos algumas leis federais que prevêm expressamente a realização de audiência pública.

Como a competência para legislar a respeito da participação popular foi constitucionalmente atribuída à União, Estados, Distrito Federal e Municípios cumulativamente (artigos 18 e 25, §1º, 29 e 48, IX, da Constituição Federal), há farta legislação sobre o tema, o que nos levou a escolher alguns diplomas legais, preferencialmente federais, por sua maior abrangência territorial e de cunho nacional, por sua maior aplicabilidade.

2.1. Legislação ambiental

²⁰⁴ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 169.568-0/5-00. V.U. Desembargador-Presidente Munhoz Soares, Desembargador Relator Aloísio de Toledo César. j. 18/02/2009. Disponível em <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em 10 abr 2009.

Dispõe o artigo 180, II, da Constituição do Estado de São Paulo: “Art. 180. No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão: II – a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes.”

Na esteira do que dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 225²⁰⁵, no sentido de que o meio ambiente equilibrado constitui direito e dever de toda a sociedade e do Poder Público, antes mesmo da sua promulgação, já havia preocupação do legislador em zelar pela participação dos particulares nos projetos de licenciamento ambiental.

Neste sentido, a Resolução CONAMA 001/86, dispôs a respeito da possibilidade de interessados comentarem o estudo de impacto ambiental e relatório de impacto ambiental elaborado antes da concessão de uma licença ao empreendedor. *In verbis*:

Art. 11. [...]

§2º Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental e apresentação do RIMA, o órgão estadual competente ou a SEMA ou, quando couber, o Município, determinará o prazo para recebimento dos comentários a serem feitos pelos órgãos públicos e demais interessados e, sempre que julgar necessário, promoverá a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA.

A realização de audiência pública, no entanto, ficou a critério do órgão licenciador.

Resolução CONAMA 006/87, artigos 10 e 11:

Art 10. O RIMA deverá ser acessível ao público, na forma do artigo 11 da Resolução CONAMA nº 1/86.

Parágrafo único. O RIMA destinado especificamente ao esclarecimento público das vantagens e conseqüências ambientais do empreendimento deverá ser elaborado de forma a alcançar efetivamente este objetivo, atendido o disposto no parágrafo único do artigo 9º da Resolução CONAMA nº 1/86.

Art. 11. Os demais dados técnicos do estudo de impacto ambiental deverão ser transmitidos ao(s) órgão(s) estadual(ais) competente(s) com a forma e o cronograma estabelecido de acordo com o artigo 8º desta Resolução.

Desta resolução, interessante anotar que houve a cautela de permitir que leigos pudessem compreender o conteúdo do Relatório de Impacto ambiental, preservando a possibilidade de todo e qualquer interessado fazer sugestões.

²⁰⁵ BRASIL, Constituição Federal, art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Posteriormente, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, foi publicada a Resolução CONAMA n. 09/87²⁰⁶, da qual destacamos o artigo 2º:

Art. 2º Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública.

§ 1º O Órgão de Meio Ambiente, a partir da data do recebimento do RIMA, fixará em edital e anunciará pela imprensa local a abertura do prazo que será no mínimo de 45 dias para solicitação de audiência pública.

§ 2º No caso de haver solicitação de audiência pública e na hipótese do Órgão Estadual não realizá-la, a licença concedida não terá validade.

§ 3º Após este prazo, a convocação será feita pelo Órgão licenciador, através de correspondência registrada aos solicitantes e da divulgação em órgãos da imprensa local.

§ 4º A audiência pública deverá ocorrer em local acessível aos interessados.

§ 5º Em função da localização geográfica dos solicitantes, e da complexidade do tema, poderá haver mais de uma audiência pública sobre o mesmo projeto de respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA.

Houve inovação na sistemática então vigente para compelir a Administração a realizar audiência pública, sempre que houver requerimento de entidade civil, do Ministério Público ou de 50 ou mais cidadãos, além da possibilidade aberta pela análise criteriosa do órgão licenciador. Para interpretar esta norma, vale destacar que não houve qualquer tipo de limitação quanto à entidade civil, que não precisa ter como finalidade estatutária a defesa do meio ambiente, nem há requisito temporal para sua constituição para legitimá-la a requerer a realização de audiência pública. No mesmo sentido, o Ministério Público pode ser estadual ou federal, de qualquer Comarca, não precisando ser sediado em local atingido pelo projeto. De outro lado, como a norma se refere a 50 cidadãos, é prudente que os signatários do pedido de realização de audiência pública provem a qualidade jurídica de cidadãos, com a declaração do número do título de eleitor.²⁰⁷

Após, a Resolução CONAMA 237/97 incluiu, expressamente, no rito procedimental do licenciamento ambiental, a audiência pública, quando esta for cabível:

²⁰⁶ Embora seja de 1987, a Resolução Conama n. 09 somente foi publicada em 1990, como destaca Paulo Affonso Leme Machado em *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 255.

²⁰⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 255.

Art. 10. O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas:

V - Audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente;

Buscou-se, assim, dar efetividade ao artigo 225, §1º, IV, *in fine* da Lei Maior²⁰⁸.

Segundo a crítica de Wallace Paiva Martins Junior, as Resoluções conferem grande margem de discricionariedade à Administração Pública, de forma oposta à intenção do legislador constituinte paulista, como se extrai do artigo 192, §2º, da Constituição Bandeirante:

Artigo 192 - A execução de obras, atividades, processos produtivos e empreendimentos e a exploração de recursos naturais de qualquer espécie, quer pelo setor público, quer pelo privado, serão admitidas se houver resguardo do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

§ 1º - A outorga de licença ambiental, por órgão ou entidade governamental competente, integrante de sistema unificado para esse efeito, será feita com observância dos critérios gerais fixados em lei, além de normas e padrões estabelecidos pelo Poder Público e em conformidade com o planejamento e zoneamento ambientais.

§ 2º - A licença ambiental, renovável na forma da lei, para a execução e a exploração mencionadas no “caput” deste artigo, quando potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, será sempre precedida, conforme critérios que a legislação especificar, da aprovação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental e respectivo relatório a que se dará prévia publicidade, garantida a realização de audiências públicas.

Neste mesmo sentido são as Constituições dos Estados de Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Pernambuco.

Vale lembrar, como faz Paulo Affonso Leme Machado, que a publicidade que deve ser dada ao estudo de impacto ambiental e respectivo relatório deve respeitar o sigilo industrial ou comercial do projeto de potencial lesivo ao meio ambiente, desde que provado e deferido pelo órgão licenciador.²⁰⁹

De acordo com os dispositivos normativos mencionados, a realização de audiência pública será obrigatória, sempre que preenchidos os requisitos. Nas hipóteses do artigo 2º da Resolução CONAMA 9/87, a audiência pública será

²⁰⁸ BRASIL, Constituição Federal, art. 225, §1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

²⁰⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 255.

obrigatória, sob pena de viciar de nulidade a licença ambiental concedida sem este requisito procedimental.

Interessante lembrarmos que a Resolução CONAMA 9/87 estabelece um lapso temporal de 45 dias entre a publicação do edital que divulga o recebimento de um Estudo de Impacto ambiental e seu respectivo relatório, para que os interessados dele tomem conhecimento e exerçam o direito de solicitar a realização de audiência pública. Esta publicação deve ocorrer na “imprensa local”, assim entendida, em consonância com a Constituição Federal, art. 225, §1º, IV, a imprensa do local potencialmente afetado pelo projeto objeto de licença ambiental. Feito o requerimento de audiência por qualquer interessado, sua realização será obrigatória²¹⁰ e precedida de ampla divulgação da data, hora e local, além da cientificação, por carta registrada, do(s) solicitante(s) da audiência. Poderão participar da audiência pública todos os presentes na data, hora e local designados, sejam cidadãos ou não, uma vez que não há no ordenamento norma que limite a participação popular nestes casos. A audiência será presidida pelo órgão licenciador e poderá começar com exposição sucinta do projeto, de forma imparcial.

Interessante destacar que a imparcialidade na exposição do projeto demonstra que a decisão administrativa a respeito do deferimento ou não da licença ambiental ainda não está tomada (daí a finalidade da audiência pública de conferir participação popular ao processo administrativo decisório) e confirma a ausência de contraposição de interesses, tão característica do contraditório processual. Há, sim, o contraditório significando dialeticidade, uma vez que todos os presentes poderão participar, após exposição imparcial do projeto. O resultado da audiência pública constante da ata de sua realização deverá ser considerado pelo órgão licenciador ao tomar decisão que lhe compete, sob pena de nulidade do (in)deferimento da licença ambiental.

²¹⁰ A realização de audiência pública, quando não haja expressa previsão legal e quando requerida por qualquer interessado, pode ser afastada motivadamente pela Administração Pública. Neste sentido, entendemos que o interessado precisa fundamentar, ainda que de forma sucinta, o requerimento de realização de audiência pública, para não obstar o bom, eficaz e célere processo administrativo decisório. Não podemos perder de vista que sempre que uma decisão é requerida, é porque há importância concreta. Se assim não fosse, não haveria necessidade ou interesse em mover a máquina administrativa para decidir sobre algo sem importância. O fato de a audiência pública, enquanto instrumento de participação direta do povo nos processos decisórios constituir direito fundamental, não impede que seja recusado o seu exercício, motivadamente e de forma ponderada com outros direitos fundamentais e princípios de mesma estatura.

Cabe também destacar que, embora na seara ambiental, no processo de licenciamento, seja necessária a realização de audiência pública quando preenchidos os requisitos da norma do artigo 2º, da Resolução CONAMA 9/87, o resultado da audiência deve ser considerado, mas não vincula o órgão licenciador. Permanece, assim, certa margem de discricionariedade ao administrador, embora esta margem seja bem reduzida.

2.2. Licitações e Concessões públicas

Dispõe o artigo 39 da Lei Federal n. 8666/93:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no artigo 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma **audiência pública** concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direitos a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados. Parágrafo único. Para os fins deste artigo, consideram-se licitações simultâneas aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias, e licitações sucessivas aquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente. (grifos nossos)

Segundo Marçal Justen Filho, a audiência pública que inaugura o processo de licitação com valor superior a 100 vezes R\$ 1.500.000,00, ou seja, cento e cinquenta milhões de reais, decorre diretamente do princípio constitucional da soberania popular, sendo certo que a audiência pública permite que os aspectos discricionários da atividade administrativa sejam objeto de questionamento e esclarecimento motivado aos interessados participantes da audiência pública²¹¹. Para Jessé Torres

²¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 11. ed, 2005, p. 381.

Pereira Junior, a previsão legal ora analisada decorre dos princípios da moralidade e da publicidade, ambos insculpidos na Constituição Federal.²¹²

Nas licitações deste vulto, que Celso Antônio Bandeira de Mello chama de “licitações de imenso vulto”²¹³, justifica-se a audiência pública para debater o objeto a ser licitado e a forma de execução deste mesmo objeto. Com dispêndio desta monta, preocupou-se o legislador principalmente com a eficiência e a necessidade da execução do objeto.

Cumprir analisar, assim como faz Jessé Torres Pereira Junior o alcance desta participação popular no processo de licitação.

Em primeiro lugar, lembramos nosso conceito de audiência pública que restringiu sua aplicabilidade aos casos de exercício de competência discricionária. Neste sentido, salientamos o alcance da previsão da audiência pública como etapa inaugural do processo de licitação de “imenso vulto”, já que não há lógica em submeter ao povo, a rigor, leigo, matérias estritamente técnico-jurídicas, como a obrigatoriedade de realização de concorrência, dispensa, inexigência ou vedação de licitação. As respostas a estas questões encontram-se na lei e na Constituição Federal, de sorte que questões de pura legalidade (em tese, exercício de competência administrativa vinculada) não são afetas à participação popular dentro do processo de licitação administrativa.

O objeto da audiência pública, assim, fica adstrito a questões político-administrativas, critérios afetos exclusivamente à Administração Pública, permitindo que os interessados analisem previamente a conveniência e a oportunidade para realização de projeto de “imenso vulto”. A audiência pública permite, assim, um exame prévio da legitimidade e economicidade, que nos termos do artigo 70, da Constituição Federal, seriam analisados somente *a posteriori* pelo Tribunal de Contas (e não pela população).²¹⁴ O objeto da audiência pública será, então, o projeto de execução de vulto superior a R\$ 150.000.000,00, que será legitimamente realizado se for o mais sólido e necessário, de forma a acarretar o menor ônus ao erário.

²¹² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 5. ed, 2002, p. 415.

²¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 561.

²¹⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 478.

Importante referirmos que o valor de 100 vezes o piso que torna obrigatória a modalidade de concorrência para a licitação deve ser aferido considerando-se a somatória de valores estimados para licitações simultâneas ou sucessivas. Jessé Torres Pereira Junior destaca que a intenção do legislador ao estabelecer tal previsão no parágrafo único do artigo 39, da Lei 8666/93 foi permitir que a soberania popular analisasse conjuntamente casos semelhantes e concluísse de forma similar para casos análogos, evitando-se soluções conflitantes.

Outro ponto que merece atenção a propósito desta previsão legal de realização de audiência pública diz com o termo “interessados”. Quem seriam os interessados que poderiam participar da audiência pública inaugural do processo de licitação de “imenso vulto”?

Entendemos, assim como Jessé Torres Pereira Junior, que a atribuição da qualidade de “interessados” àqueles que pretendam participar de uma audiência pública não pode ficar a critério da discricionariedade administrativa para que não se corra o risco de restringir a efetividade da participação popular, permitindo que a autoridade cerceasse a participação de determinadas pessoas. Assim, a melhor interpretação é aquela que permite a participação de todos quantos manifestem interesse em participar da audiência pública, pelos seguintes motivos: primeiro, porque tal interpretação daria maior aplicabilidade ao princípio democrático, segundo porque a publicidade da audiência não permite que seja cerceado o direito de participação de qualquer pessoa; terceiro porque a participação constitui um direito, não podendo ser restringido por ato administrativo, sequer decreto regulamentar (art. 84, IV, CF); quarto porque a identificação dos interessados da realização da audiência se dará por edital (da mesma forma como se dá publicidade à licitação), dirigindo-se este edital a todas as pessoas, indistintamente.

Assim, onde a lei não discriminou, não há espaço de discricionariedade para a Administração vedar a participação de interessados. Haverá, sim, a possibilidade (na verdade, o dever), de zelar pelo bom e produtivo desenvolvimento da audiência pública, sendo certo que a autoridade deverá se valer de seu poder de polícia para coordenar os trabalhos, sendo lícito determinar a retirada daqueles interessados que se recusarem a respeitar o igual direito de manifestação dos demais participantes da audiência pública.²¹⁵

²¹⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 479.

Quanto ao resultado da audiência pública, como lembrado pela professora Lúcia Valle Figueiredo²¹⁶, embora sua realização seja obrigatória na hipótese do artigo 39, da Lei 8666/93, o seu resultado não tem efeito vinculante para o administrador, justamente porque a lei assim não prevê.²¹⁷ Mas há um efeito prático, similar à inversão do ônus da prova em processos judiciais, já que a Administração terá que, motivadamente, afastar a conclusão da audiência pública para justificar, dentro dos parâmetros da legalidade, moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e economicidade, o acerto da decisão por ela adotada em contrariedade à vontade popular.

Ainda, cumpre destacar que a audiência pública, na hipótese legalmente prevista, é obrigatória, de sorte que a inobservância da norma acarreta vício de nulidade, insanável, impondo-se a anulação de todos os atos do processo de licitação que se sucederam após o momento em que a audiência deveria ter sido realizada.

Também vale lembrar a observação da Professora Lucia Valle Figueiredo no que se refere ao ato inaugural para o público do processo de licitação. Para a professora, quando estivermos diante da modalidade de concorrência, com valor estimado superior a R\$ 150.000.000,00, a fase externa da licitação será iniciada com a audiência pública, não mais com a publicação do edital para que acorram licitantes.

Finalmente, para concluir a análise da previsão legal de audiência pública no processo de licitação, lembramos que a existência de uma hipótese de obrigatoriedade de audiência popular nos moldes do artigo 39 não impediria, de pronto, que em outros casos a audiência fosse realizada, até porque a participação popular no processo de licitação é prevista, de forma genérica, em diversos outros dispositivos da Lei 8666/93.²¹⁸

No entanto, em qualquer caso, devem ser respeitados os limites do alcance da audiência pública, ou seja, a matéria a ser submetida a análise popular não poderá ser técnico-jurídica, mas sim político-administrativa, podendo ser objeto de audiência popular questões quanto à melhor oportunidade para realização de um

²¹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 8, novembro, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 01 ago 2008.

²¹⁷ Neste mesmo sentido: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 479.

²¹⁸ Lei Federal n, 8666/93: art. 4º. art. 7º, § 8º, art. 15, § 6º., 41, § 1º., art. 63, 113, §1º,

projeto, bem como sua conveniência para uma determinada localidade, sopesadas as peculiaridades de cada caso. Matérias, portanto, afetas à discricionariedade administrativa, mas ainda distantes dos critérios de julgamento das propostas apresentadas no processo de licitação, porque aqui estaríamos tratando de competência indelegável da Administração Pública, sob pena de ferir princípios constitucionalmente consagrados, como a impessoalidade, moralidade e a própria legalidade.

Relacionado ao tema das concessões de serviço público, importante mencionar a previsão do artigo 5º, da Lei 8987/1995:

Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, **ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão**, caracterizando seu objeto, área e prazo. (grifos nossos)

Referido dispositivo legal determina a publicação de ato justificatório da decisão de delegar a prestação de serviço público a um particular. Segundo Marçal Justen Filho, esta justificação, embora confira oportunidade à Administração Pública de prestar esclarecimentos aos interessados, não se equipara à audiência pública, já que ao contrário desta, o ato justificatório é manifestação unilateral da Administração.²¹⁹

Especificamente nos casos de delegação de serviço público em que o valor estimado da licitação supere o limite de cem vezes o piso para modalidade de concorrência, a audiência pública, além do ato justificatório, será necessária, já que a própria Lei 8987/95 remete à Lei Geral de Licitações (Lei 8666/93).

Ainda sobre o ato justificatório, importa salientar que sua publicação deve ser prévia à delegação, já que seu objetivo é a “instrumentalização prévia para o Estado nortear suas atividades posteriores”, sem as formalidades de uma audiência pública. O ato justificatório é, sem dúvidas, unilateral, mas sua importância é fundamental para propiciar maior controle da atividade administrativa pela comunidade, que uma vez ciente da intenção de delegação de um determinado serviço público, por meio da publicação do ato justificatório, poderá impugnar administrativa ou judicialmente o próprio ato, por meio de Ação Popular, ou Ação Civil Pública. No caso de impugnação judicial, Marçal Justen Filho lembra que o controle judicial será restrito à existência e satisfatoriedade dos motivos do ato, não quanto a sua oportunidade,

²¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 211.

resguardando-se, assim, a integridade do princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes públicos.²²⁰

Ainda no rico tema das concessões de exploração de serviço público, Wallace Paiva Martins Junior lembra que a Lei n. 9.986/2000 pretendeu acrescentar o inciso IX ao artigo 31, da Lei 8987/95, para atribuir à concessionária a responsabilidade pela realização de audiência pública, com antecedência mínima de trinta dias, sempre que se pretendesse majorar tarifas. Nesta audiência deveriam ser expostos os dados relativos aos custos dos serviços prestados, sendo que o legislador considerava todos os consumidores como interessados a participar da audiência pública. Este dispositivo legal, no entanto, foi objeto de veto presidencial, ao argumento de que o reajuste tarifário seria matéria estritamente técnica, com algumas fórmulas pré-elaboradas, prontas, sem possibilidade de alteração, além de demandar uma celeridade que seria prejudicada com a realização de audiência pública. Ainda, a mensagem de veto n. 968/00 ainda destaca que o custo pela realização de audiência pública certamente seria repassado pelo concessionário ao consumidor, o que iria de encontro à política tarifária do Governo. Ademais, a competitividade instaurada pela exploração por particulares do serviço público cumpriria a função de coibir abusos por parte da concessionária, sendo desnecessária, para esta finalidade, a audiência pública.²²¹

Neste caso específico, mantido o veto, o legislador ponderou que a realização de audiência pública traria maiores custos e seria pouco ou nada necessária para frear possíveis abusos do particular explorador de serviço público. O objeto da audiência pública seria extremamente restrito e, de outro lado, a possibilidade de controle posterior da majoração da tarifa seria mais eficiente e com menores riscos de causar desequilíbrio econômico-financeiro. Não custa lembrar que a modicidade da tarifa é plenamente controlável por outros instrumentos, inclusive por meio de controle judicial.²²²

²²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 211.

²²¹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 348.

²²² A fixação da tarifa é tema repleto de nuances, que mereceria estudo próprio. A rigor, cabe ao Poder concedente fixar o valor da tarifa que deve refletir um equilíbrio entre o custo e o investimento do concessionário e o benefício do usuário, assegurando a modicidade da tarifa e o interesse do concessionário em prestar um serviço público eficiente. Outrossim, o ordenamento jurídico já não permite que o concessionário converta a exploração do serviço público em um negócio lucrativo, sem limites. Confira JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 318.

2.3. Agências Reguladoras

Agências reguladoras, no conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, “são autarquias sob regime especial, ultimamente criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades”²²³, como os serviços públicos propriamente ditos, atividades de fomento e fiscalização da atividade privada, etc.

Estas, na sua função de regular mercados, editam atos administrativos de cunho normativo e geralmente com grande interesse de toda a sociedade, por refletir na economia. Então, as leis que instituem as agências, até para diminuir o déficit de democraticidade²²⁴ que tais autarquias especiais teriam, privilegiam a participação popular direta nos processos decisórios no âmbito das agências, na forma de consultas ou audiências públicas.

O déficit de democraticidade, segundo Alexandre Santos de Aragão pode ser compensado com a criação de espaço público de discussão que conte com “participação pública na edição dos atos normativos e a obrigação da Administração, ao expedir o regulamento, de motivar as recusas às sugestões e críticas da coletividade”.²²⁵

Estes espaços públicos de discussão podem se dar por meio da participação de representantes da sociedade civil em conselhos colegiados no âmbito das agências reguladoras, o que não deixa de ser uma forma de controle social da atividade destas autarquias. Mas, pode também se dar por meio da audiência e consultas públicas. A seguir, analisaremos as previsões de participação popular direta nas agências reguladoras, sem obrigatoriedade do particular integrar a estrutura da autarquia.

²²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 170-171.

²²⁴ O déficit de democraticidade das agências reguladoras decorre do seu poder normativo regulamentar, da forma como é feita a nomeação de seus dirigentes (sem interferência da vontade popular), da impossibilidade de exoneração do dirigente (que exerce mandato), e do risco de captura da agência reguladora.

²²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 104.

2.3.1. Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL – Lei n. 9427/96)

A Lei n. 9.427/96 traz, em seu artigo 4º, §3º, a expressa previsão de realização de audiência pública nos seguintes termos:

Art. 4º A ANEEL será dirigida por um Diretor-Geral e quatro Diretores, em regime de colegiado, cujas funções serão estabelecidas no ato administrativo que aprovar a estrutura organizacional da autarquia.

[...]

§ 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de **audiência pública** convocada pela ANEEL.

(grifos nossos)

Como sabemos, a legislação mencionada instituiu a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, para regular o mercado específico. Dentre as atribuições desta agência reguladora está a de convocar audiência pública para submeter à participação popular decisões administrativas que afetem direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou os consumidores. Para cada uma das hipóteses, os interessados em participar da audiência (leiamos: destinatários da convocação) são distintos.

De toda sorte, a norma ora analisada evidencia que a audiência constitui uma fase do processo decisório que deve ser observada antes de tomada a decisão pela Agência Reguladora (no caso, o órgão administrativo competente para decidir). Ademais, pretendeu o legislador assegurar a participação popular em decisões administrativas de impacto na esfera de direitos dos indivíduos ou dos agentes do mercado elétrico e também no encaminhamento de projetos de lei com esta mesma consequência.

A participação popular no âmbito das agências reguladoras, como é o caso da ANEEL, em especial nos processos decisórios, serve para suprir o déficit democrático que existe na regulação administrativa²²⁶. Este déficit pode ser atribuído à crença na existência da discricionariedade técnica²²⁷ (e no desconhecimento,

²²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 104.

²²⁷ Ressalvamos que concordamos com Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando afirma que não existe discricionariedade técnica. Nas suas palavras: “[...]a distinção entre discricionariedade

pelos interessados em geral, de matéria supostamente puramente técnica envolvida nas discussões travadas no âmbito das agências reguladoras), ao amplo poder normativo conferido às agências reguladoras e à impossibilidade de livre exoneração dos dirigentes destas agências²²⁸. De fato, não se pode negar que as decisões administrativas de competência das agências reguladoras demandam certo ou grande conhecimento técnico, conforme o caso, mas não se pode subtrair dos interessados (ou dos destinatários dos efeitos da decisão), a possibilidade de conhecer um determinado problema e de influir motivadamente na sua solução. Inclusive, Alexandre Santos de Aragão lembra que a abertura de um espaço público de discussão no âmbito das agências reguladoras favorece a consensualidade entre Administração Pública e agentes econômicos, em regra, mais eficiente do que a regulação vertical, desde que, “os valores em jogo sejam atendidos pelo menos com o mesmo grau de satisfação com que o seriam de forma coercitiva”²²⁹. E, vale ainda mencionar o alerta que faz Alexandre Santos de Aragão, no sentido de que a participação popular no processo decisório no âmbito das agências reguladoras, limita-se à fase preparatória do processo, de sorte que a última palavra cabe sempre à administração, no caso, à agência reguladora, de forma motivada, obviamente.²³⁰

2.3.2. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – Lei n. 9472/97

A LGT (Lei Geral de Telecomunicações) que instituiu a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações prevê a realização de audiência pública nos seguintes dispositivos legais:

Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à **consulta pública**, formalizada por publicação no Diário Oficial da União,

administrativa e discricionariedade técnica ou imprópria está em que na primeira a escolha entre dias ou mais alternativas válidas perante do Direito se faz segundo critérios de oportunidade ou conveniência (mérito), e na segunda não existe propriamente liberdade de opção, porque a Administração tem que procurar a solução correta segundo critérios técnicos.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa*. In FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (org) *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006, p.487.

²²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 439.

²²⁹ Ibidem. p. 110.

²³⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 441.

devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.

Art. 89. A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do certame é, por meio de disputa entre os interessados, escolher quem possa executar, expandir e universalizar o serviço no regime público com eficiência, segurança e a tarifas razoáveis;

II - a minuta de instrumento convocatório será submetida a **consulta pública prévia**;

III - o instrumento convocatório identificará o serviço objeto do certame e as condições de sua prestação, expansão e universalização, definirá o universo de proponentes, estabelecerá fatores e critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, determinará a quantidade de fases e seus objetivos, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato de concessão;

Art. 195. O modelo de reestruturação e desestatização das empresas enumeradas no art. 187, **após submetido a consulta pública**, será aprovado pelo Presidente da República, ficando a coordenação e o acompanhamento dos atos e procedimentos decorrentes a cargo de Comissão Especial de Supervisão, a ser instituída pelo Ministro de Estado das Comunicações.

Para além da previsão de realização de audiência pública analisada no item anterior, na Lei 9472/97, há expressa previsão de submissão à análise popular dos atos normativos da ANATEL.

2.3.3. Agência Nacional do Petróleo – ANP – Lei n. 9478/97

No diploma legal que criou a Agência Nacional do Petróleo – ANP, a realização de audiência pública está prevista no capítulo do processo decisório da agência reguladora, assim:

Art. 17. O processo decisório da ANP obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Art. 18. As sessões deliberativas da Diretoria da ANP que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão públicas, permitida a sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de delas obter transcrições.

Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da

indústria do petróleo serão precedidas de **audiência pública** convocada e dirigida pela ANP.

Art. 20. O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento.

(grifos nossos)

Como se vê, a legislação ora em comento deu ênfase à publicidade das decisões da agência reguladora e estabeleceu como requisito de validade de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que possam influir sobre direito, quer dos agentes econômicos, quer de consumidores ou usuários de bens e serviços da indústria do petróleo, a realização de audiência pública.

2.4. Processo Administrativo Federal – Lei n. 9784/99

A Lei n. 9784/99, assim dispõe sobre a participação popular no âmbito dos processos administrativos federais:

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente **poderá**, mediante despacho motivado, abrir período de **consulta pública** para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações **escritas**.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Art. 32. Antes da tomada de decisão, **a juízo da autoridade**, diante da relevância da questão, poderá ser realizada **audiência pública** para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33. 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.

Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

Prevê, assim, a realização tanto da consulta como da audiência públicas a critério da autoridade administrativa.

Particularmente neste diploma legislativo, que trata do processo administrativo federal, inclusive sancionador e concorrencial, interessante destacar o acerto do legislador ao prever que a consulta pública poderá ser realizada, desde que não acarrete prejuízo para a parte. O mesmo se aplica à audiência pública. Há casos em que a publicidade prejudica o interessado ou a concorrência inerente aos processos licitatórios, por exemplo.

Desta forma, se a autoridade administrativa entender que não há necessidade de participação popular em um determinado processo administrativo decisório, a legislação lhe faculta sua não realização. De fato, se o administrador entender que dispõe, dentro do processo, de todos os elementos necessários para adotar a melhor decisão, então esta deverá ser adotada.

Mas, se algum administrado demonstrar a necessidade de participação popular em determinado processo administrativo decisório, à autoridade administrativa caberá afastar esta necessidade, motivadamente.^{231 232}

O fato de a legislação facultar ao administrador a avaliação da necessidade de possibilidade de concretização do direito de participação em nada fere o ordenamento jurídico. Ao contrário. Com ele é plenamente compatível, especialmente porque os direitos não são absolutos, podendo ser limitados, mas nunca aniquilados. Ademais, a interpretação *a contrario sensu* também é admitida. Vale dizer, o artigo 32 supra transcrito permite que, nos casos em que não prevista expressamente a realização de audiência pública, se o administrador vislumbrar sua utilidade e necessidade, deverá realizá-la.

Cabe-nos lembrar que a lei ora analisada é aplicável a todas as agências reguladoras, que deverão observar a participação popular mesmo nos processos relativos a direitos individuais mas que, por qualquer motivo, envolvam “assunto de interesse geral”, a teor do artigo 31 supra transcrito.²³³

²³¹ Lei 9784/99, artigo 48. “A administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.”

²³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 439.

²³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 438.

2.5. Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n. 101/2000

Dentro da idéia de participação popular no controle das finanças públicas, a Lei de Responsabilidade Fiscal prevê expressamente a realização de audiência pública nas Comissões das Casas Legislativas, *in verbis*:

art. 9º, § 4º. Até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, o Poder Executivo demonstrará e avaliará o cumprimento das metas fiscais de cada quadrimestre, em **audiência pública** na comissão referida no § 1º do art. 166 da Constituição ou equivalente nas Casas Legislativas estaduais e municipais.

Embora no âmbito do Poder Legislativo, a conferência do cumprimento das metas fiscais do Poder Executivo é o controle decorrente da separação dos poderes (controle externo) e, quando o faz, o Poder Legislativo está exercendo atividade administrativa atípica, porquanto este controle não pode ser considerado como atividade legislativa, já que não inova o ordenamento jurídico.

Por isso, esta previsão de audiência pública, embora pareça fora do enfoque deste trabalho, nada mais é que atividade administrativa exercida por outro poder, que não o Executivo, mas decorrente de atribuição atípica constitucionalmente deferida.

Importante destacar que, mais adiante, no capítulo IX que versa sobre “transparência, controle e fiscalização”, o legislador complementar fez a seguinte previsão (redação alterada pela Lei Complementar n. 131/2009):

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em 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 e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e **realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;**

II – liberação 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;

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.

Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a:

I – quanto à despesa: 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;

II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.

(g.n.)

Como se vê, há expressa previsão legal a respaldar a implementação dos orçamentos participativos, submetendo a audiência pública os processos de elaboração e discussão das leis orçamentárias.

A previsão legislativa é ampla e, embora tenha sofrido alteração legislativa recente, a redação anterior já contemplava estas audiências públicas. Neste sentido, entendemos que leis orçamentárias aprovadas sem participação popular são eivadas de vício insanável, relativo à forma de elaboração da lei.

2.6. Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/01

A Lei Federal 10.257/2001 foi editada no intuito de disciplinar o disposto no artigo 182²³⁴, da Constituição Federal, especialmente para fixar a função social da propriedade urbana. Este diploma legal traz normas gerais que regulam a atividade urbanística, “criando verdadeiro pacto entre governos, suas Administrações, a população e a própria cidade”²³⁵.

²³⁴ “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes.”

²³⁵ MOREIRA, Mariana. *A história do Estatuto da Cidade*. in DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sergio (coord). *Estatuto da Cidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p 30.

O Estatuto da Cidade é permeado por diversas normas²³⁶ que buscam estabelecer um equilíbrio entre Estado e Sociedade, coação estatal e ação privada ilimitadas. Neste sentido, a gestão democrática da cidade contempla a efetiva participação da população e das associações representativas na formulação, execução e acompanhamento de planos e projetos urbanísticos.²³⁷ Em especial, destacamos o capítulo IV, da Lei 10.257/2001, destinado à gestão democrática da cidade, composto por três artigos:

Art. 43. Para garantir a **gestão democrática da cidade**, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II – **debates, audiências e consultas públicas**;

III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

V – (VETADO)

Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de **debates, audiências e consultas públicas** sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

(grifos nossos)

A democracia na gestão da cidades pressupõe que seja apresentado ao público um projeto completo, oferecendo-se oportunidade de manifestação dos interessados, resolvendo-se motivadamente o assunto, de forma provisória ou definitiva, segundo Ramón Parada. Segundo este autor, na Espanha, o Regulamento do Planejamento urbano (Decreto Real 2159/1978, de 23 de junho) quis ampliar a participação popular para momento anterior, qual seja, na elaboração do plano, estabelecendo o instituto da consulta prévia, que ocorre “antes de acordar a elaboração de qualquer plano de ordenação, norma ou programa, para colher sugestões ou observações sobre a necessidade, conveniência e demais

²³⁶ Confirmam-se os seguintes artigos da Lei 10.257/2001: artigo 4º, III, f e §3º, artigo 27, *caput* e §2º, artigo 37, parágrafo único.

²³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sergio. *Estatuto da Cidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 57.

circunstâncias da ordenação”. A consulta pública, no entanto, para ter resultado prático, somente poderia ser realizada quando os “trabalhos tiverem adquirido grau suficiente de desenvolvimento, de forma que permita formular critérios, objetivos e soluções gerais de planejamento, conferindo oportunidade para que durante o prazo mínimo de trinta dias possam ser formuladas sugestões e, se o caso, outras alternativas de planejamento por Corporações, associações e particulares”.²³⁸

Em regra, toda política urbana influencia, de alguma forma, na vida da sociedade, de sorte que, a rigor, todos os instrumentos de política urbana deveriam ser submetidos à audiência pública, para terem validade. Esta é uma das questões controvertidas relacionadas à realização de audiência pública no direito urbanístico.

Sem perder de vista que o Estatuto da Cidade traz normas gerais em matéria urbanística e que suas normas são de ordem pública e, portanto, de aplicabilidade imediata (artigo 1º), devemos ponderar que a competência para dispor sobre matéria de interesse local é municipal (CF/88, art. 30, I), bem como a competência para execução da política de desenvolvimento urbano (CF/ 88, art. 182, *caput*), de sorte que concordamos com Maria Paula Dallari Bucci, quando afirma que cada Município deverá fixar as hipóteses em que será obrigatória a realização de audiência pública, desde que estas hipóteses não excluam atos urbanísticos que possam “gerar consequências sobre direitos individuais, coletivos ou difusos dos habitantes da cidade, sob pena de negar vigência ao artigo 43, II, do Estatuto.”²³⁹ Da mesma forma, sempre que uma política urbana puder acarretar efeitos danosos ao meio ambiente ou à segurança da população, nos termos do artigo 2º, XIII²⁴⁰, do Estatuto,

²³⁸ No original: “EL reglamento de Planeamiento (Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio) quiso ir más lejos y abrir la participación ciudadana a la fase anterior a la formulación o redacción misma Del plan, por lo que reguló la **consulta previa**, consistente em otra modalidad de la información publica que tiene lugar ´antes de acordar la elaboración de cualquier Plan de Ordenación, Norma o Programa para recoger sugerencias u observaciones sobre la necesidad, conveniencia y demás circunstancias de la ordenación´. La consulta previa debe hacerse a partir Del momento em que los trabajos técnicos ´hayan adquirido el suficiente grado de desarrollo que permita formular los criterios, objetivos y soluciones generales Del planeamiento´, con objeto de que ´durante el plazo mínimo de treinta dias puedan formularse sugerencias y, en su caso, otras alternativas de planeamiento por Corporaciones, asociaciones y particulares´. A la vista Del resultado Del debate, el organismo o Corporación encargados de la formulación Del Plan acordará lo procedente em cuanto a los criterios y soluciones generales com arreglo a los cuales hayan de culminarse los trabajos de elaboración Del plan. (PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Vol. III. Bienes públicos. Derecho urbanístico. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 10ª. Ed, 2004, pp. 483/484)

²³⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Gestão democrática da cidade*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sergio. *Estatuto da Cidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 347.

²⁴⁰ Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: XIII - audiência do Poder Público Municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos

a audiência pública será obrigatória, como decorrência do espírito da Lei 10.257/2001.

Em suma, há possibilidade de os Municípios legislarem para especificar as hipóteses em que a audiência pública seria obrigatória. Mas esta possibilidade não afasta que em outras hipóteses, a audiência pública seja realizada, dentro da discricionariedade administrativa. No mesmo sentido, tendo em vista que a audiência constitui instrumento de exercício do direito de participação, que é um direito fundamental, nas hipóteses em que evidente a necessidade e utilidade da audiência pública, o Município não poderia recusar a sua realização sob pena de praticar ato administrativo eivado de nulidade.

Ainda, cumpre-nos destacar o artigo 40, do Estatuto da Cidade, que dispõe sobre o plano diretor. Segundo Jacintho Arruda Câmara, o plano diretor é o mais importante instrumento de planificação urbana, obrigatório para os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes e facultativo para os demais, aprovado por lei com a precípua finalidade de definir a função social da propriedade urbana e viabilizar a adoção dos demais instrumentos de implementação da política urbana.²⁴¹

O artigo 40, ao estabelecer as normas gerais a respeito do plano diretor prevê expressamente a participação popular na elaboração deste instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana no §4º, inciso I²⁴², por meio de audiência pública, em que seja franqueada participação de vários segmentos de toda a comunidade.

Interessante lembrarmos que o §5º deste mesmo dispositivo legal previa a nulidade da lei que instituísse o plano diretor sem observância do parágrafo anterior. Ou seja, de acordo com o §5º, o plano diretor que não contemplasse ou não viabilizasse a realização de audiência pública, seria nulo. Entretanto, este dispositivo foi vetado. As razões do veto invocam o pacto federativo, sustentando que a

ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população.

²⁴¹ Estes outros instrumentos são: parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, IPTU progressivo, desapropriação com pagamento em títulos, direito de preempção, outorga onerosa do direito de construir, operações urbanas consorciadas e transferência do direito de construir. Confira: CÂMARA, Jacintho Arruda. *Plano Diretor*. In DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sergio. *Estatuto da Cidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 324.

²⁴² Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. §4º. No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo Municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

nulidade de lei municipal não poderia ser determinada por lei federal por caracterizar interferência inconstitucional da União no processo legislativo municipal.

Analisando o veto em comento, Maria Paula Dallari Bucci destaca que nada impede, antes, uma interpretação sistemática até recomenda, que os Municípios realizem audiência pública, nos termos do §4º, do artigo 40, da Lei 10.257/2001, como condição de validade do plano diretor. No mínimo, este instrumento de planejamento urbano contará com maior legitimidade e possuirá maior força caso seja objeto de questionamentos posteriores.

Finalmente, ainda no âmbito da gestão democrática da cidade, mas não adstrita à audiência pública, lembramos que outra decorrência importante do artigo 2º, XIII, do Estatuto da Cidade, é a obrigatoriedade de consulta pública ao Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), para permitir que a população interessada contribua no processo de decisão do Município para autorizar um empreendimento ou atividade em determinado local.

No Município de São Paulo, estamos hoje assistindo à elaboração do Plano Diretor, com ampla participação popular, inclusive com a divulgação do plano minutado pelo Poder Executivo, pela internet.

2.7. Parcerias Público-Privadas – PPP's – Lei n. 11.079/04

Nesta legislação, destacamos a previsão de realização de audiência pública com prazos definidos no diploma legal.

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

- a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;
- b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à **consulta pública**, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

Sendo a parceria público-privada uma forma de concessão pública, a ela se aplicam as normas referentes a licitação e contratos administrativos previstos nas Leis 8666/93 e 8987/95, analisadas no item 2.2 deste capítulo.

Com relação à audiência pública, o limite de valor previsto na Lei de Licitações (Lei n. 8666/93), não se aplica, já que há previsão própria na Lei 11.079/04 de que basta superar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte milhões de reais) para que a audiência pública seja requisito de validade da licitação e contrato de parceria público-privada.

A inovação deste diploma legal é a positivação de prazos para a Administração cumprir no processo de audiência pública, ratificando nosso entendimento de que não se deve transcorrer muito tempo entre a realização da audiência pública e o ato administrativo final decisório.

2.8. Lei Geral de Saneamento Básico – Lei n. 11.445/07

Aqui, a audiência pública é condição de validade do contrato de concessão a ser firmado pela Administração Pública, além de constituir fase imprescindível da elaboração e revisão dos planos de saneamento básico.

Vale anotar que esta Lei é mais recente e, assim, permite constatar a evolução na ampliação das hipótese de previsão legal de audiência pública, com relação às anteriores “leis gerais”.

Neste sentido, transcrevemos os artigos pertinentes:

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

I - a existência de plano de saneamento básico;

II - a existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico;

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

IV - a realização **prévia de audiência e de consulta públicas** sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

Art. 19, §5º § 5º Será assegurada ampla divulgação das propostas dos planos de saneamento básico e dos estudos que as fundamentem, inclusive com a realização de **audiências ou consultas públicas**.

Art. 51. O processo de elaboração e revisão dos planos de saneamento básico deverá prever sua divulgação em conjunto com os estudos que os fundamentarem, o recebimento de sugestões e críticas por meio de **consulta ou audiência pública** e, quando previsto na legislação do titular, análise e opinião por órgão colegiado criado nos termos do art. 47 desta Lei.

Já fora do âmbito da Administração Pública, a título de ilustração, consideramos válido mencionar a expressa previsão de realização de audiência pública no âmbito do Poder Judiciário (Lei n. 9868/99, art. 9º, §1º), que inclusive permitiu a oitiva do povo no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3526/DF, que abordava a constitucionalidade de dispositivos da Lei Nacional de Biossegurança, especialmente a manipulação de células tronco embrionárias e no âmbito do Ministério Público (Lei Orgânica Nacional n. 8.625/93, artigo 27, parágrafo único)

No âmbito do Poder Judiciário, transcrevemos o artigo 9º, §1º, da Lei 9868/99:

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

No âmbito do Ministério Público, a Lei Orgânica Nacional dispõe no artigo 27 que:

Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

- I - pelos poderes estaduais ou municipais;
- II - pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta;
- III - pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal;
- IV - por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública.

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

- I - receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas;
- II - zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos;
- III - dar andamento, no prazo de trinta dias, às notícias de irregularidades, petições ou reclamações referidas no inciso I;
- IV - **promover audiências públicas** e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

Como se vê, a participação popular nos processos decisórios, na forma de audiência pública, espraia-se pelo ordenamento jurídico pátrio, estendendo-se a todos os poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), além do Ministério Público.

CAPÍTULO V

EFEITOS DA AUDIÊNCIA PÚBLICA

1. Efeitos da realização de audiência pública

A audiência pública, enquanto instrumento de participação popular direta no processo administrativo decisório é um grande exemplo de superação da idéia de administrado como súdito. Com a possibilidade de influenciar diretamente nas decisões do poder constituído, o administrado torna-se cidadão ativo e faz valer sua condição de titular do poder.

Destacamos, aqui, alguns pontos relevantes tratados no capítulo anterior, apenas para demonstrar a importância e os efeitos deste instituto.

Como a participação efetiva na audiência pública é um ônus do interessado (e não uma obrigação ou um dever), a ausência de quórum não implica nulidade do processo administrativo, desde que respeitados a ampla publicidade do objeto da audiência, data e local de sua realização e a razoabilidade do prazo para que os interessados analisem a documentação disponibilizada pela autoridade administrativa.

Os fatos e argumentos suscitados em audiência pública deverão ser registrados em ata, para que possam ser devidamente considerados na decisão final, e para que possam constitui balizas para o controle posterior da decisão administrativa final.

O resultado da audiência pública deve ser divulgado entre os presentes e após, pelos mesmos meios como divulgada sua realização, para que todos os interessados, mesmo aqueles que não puderam ou não quiseram participar, tenham conhecimento do quanto discutido e decidido em audiência pública.

A autoridade administrativa a quem cabe decidir, de posse da ata da audiência pública, pode entender que a mesma não foi satisfatória, com possibilidade de, fundamentadamente e de forma ponderada, determinar a realização de nova audiência pública. Deverá, ainda, sempre que constatar algum

equívoco ou vício na realização da audiência, que esta seja saneada (se possível) ou anulada, dentro do seu poder de autotutela.

Nos casos em que a lei não impunha a realização de audiência, mas que a autoridade competente entendeu oportuno e conveniente realizá-la, caso haja alguma nulidade, ficará a critério da Administração a realização de nova audiência, dependendo esta decisão da alteração ou não dos motivos que levaram à conclusão de que a participação popular direta era necessária, conveniente e oportuna.

O resultado da audiência pública não vincula a Administração Pública, porque sua finalidade é instruir o processo administrativo decisório e ampliar as balizas de controle do ato administrativo final. A audiência pública não serve para retirar do administrador a competência da decisão. Não serve para transferir a terceiros a responsabilidade pela avaliação da melhor decisão a ser adotada. Por estas razões, entendemos que eventual legislação que imponha tal efeito vinculante padecerá de vício de inconstitucionalidade, vez que implicará na retirada de poderes da Administração Pública, em afronta ao princípio da tripartição das funções estatais. Caso fosse válida tal legislação, o Poder Judiciário poderia subrogar-se em administrador e proclamar a decisão a ser adotada em substituição à avaliação de conveniência e oportunidade do administrador, por exemplo.

Ainda, a legislação que atribísse efeito vinculante ao resultado da audiência pública retiraria a responsabilidade do administrador pela decisão final adotada, que não seria dele.

Cumpre-nos lembrar que enquanto exercício de competência discricionária, o controle do Poder Judiciário sobre o resultado da audiência pública e o resultado do processo administrativo decisório é limitado tanto quanto é limitado no controle de todos os atos administrativos decorrentes do exercício de competência discricionária, vale dizer, mesmo com a audiência pública, remanesce a insindicabilidade do mérito do ato administrativo.

De tudo quanto exposto, entendemos que o principal efeito da realização da audiência pública é a redução da imperatividade das decisões administrativas decorrente da relativa consensualidade que a audiência popular proporciona, com a conseqüente redução da conflituosidade entre Administração Pública e cidadão. Ou seja, com maior legitimidade, maior é a aceitabilidade da decisão e menor é a potencialidade de gerar controvérsia. Tudo isso culmina na maior eficiência da Administração Pública que atingirá melhores resultados com maior aceitabilidade.

2. Efeitos da não realização de audiência pública

A audiência pública, quando prevista em lei, é de realização compulsória pelo administrador, em respeito ao princípio da estrita legalidade (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal).

O desrespeito à previsão legal implica na invalidade do ato administrativo praticado sem um dos requisitos legais. Sem adentrar o estudo da teoria das invalidades dos atos administrativos, até porque não há consenso doutrinário no Brasil a respeito dos graus de invalidade dos atos e suas conseqüências, entendemos que mesmo nos casos em que não haja previsão legal expressa que condicione a edição de ato administrativo à prévia realização de audiência pública, pode haver nulidade. Isto porque, como já dissemos anteriormente, há casos em que a realização de audiência pública para aproximar o administrador da realidade dos fatos e permitir a escolha da melhor opção no exercício de competência administrativa discricionária é uma imposição genérica do ordenamento jurídico. É o caso das opções administrativas que tragam conseqüências que transcendem a esfera individual, conforme previsão em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário (por exemplo, artigo 23, 1, “a”, do Pacto de São José da Costa Rica²⁴³, artigo 21.1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁴⁴, artigo 25 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²⁴⁵ e artigos XIX e XX, da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem).

Como bem lembrado por Agustín Gordillo e já mencionado por nós em capítulo anterior, a ausência de audiência pública constitui vício insanável pelo Poder Judiciário, que não pode substituir o administrador público na realização de audiência pública. Assim, constatado prejuízo pela não realização de audiência pública quando esta deveria ter se concretizado, o controle judicial limitar-se-á a

²⁴³ Artigo 23 - Direitos políticos

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

²⁴⁴ Artigo XXI.1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de sue país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos;

²⁴⁵ Artigo 25. Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundada s: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;

anular o ato administrativo viciado, impondo à autoridade competente a necessidade de realizar audiência pública e emitir novo ato administrativo. O próprio Gordillo lembra, ainda que nos casos de ausência de audiência pública é possível que um dos interessados ajuíze ação cautelar para evitar que uma opção administrativa seja exercida sem o cumprimento do requisito de audiência pública.²⁴⁶

No entanto, o efeito da nulidade pela não realização de audiência pública não pode ser automático. Entendemos que não é possível defender a manutenção da decisão administrativa praticada com vício sem que se investigue se houve ou não efetivamente algum prejuízo e, muitas vezes, a (in)existência de prejuízo somente pode ser verificada com a realização de audiência pública ilegal ou inconstitucionalmente suprimida. Entendemos necessário distinguir os casos em que o ato administrativo viciado gera direitos ou interfere de forma lesiva em algum direito individual ou não. Sem dúvidas, os prejuízos causados pelo descumprimento de uma norma (no caso, a que impunha a realização de audiência pública) deverão ser indenizados se houver nexo de causalidade entre a ação ou omissão estatal e o dano indenizável.

Importa lembrar que, como já afirmamos anteriormente, o Poder Judiciário não poderá suprir a ausência de audiência pública. Primeiro, por faltar-lhe competência, segundo diante da impossibilidade prática de ouvir, nos autos, ou realizar audiência judicial com o intuito de ouvir todos os administrados interessados naquela decisão. De mais a mais, as ações coletivas também não teriam este condão porque acarretariam a transferência da tomada de decisão, da autoridade administrativa para a autoridade judicial, que não poderia se furtar de decidir. Não podemos esquecer, ademais, da não vinculação da administração ao resultado da audiência pública. É dizer: a autoridade administrativa, ao tomar a decisão, deverá considerar o resultado da audiência pública, mas não está vinculada a ele. Poderá decidir contrariamente ao que apurado na audiência, desde que fundamente a contento a sua decisão. E ao Poder Judiciário não cabe esta prerrogativa de substituir o administrador no exercício de competência administrativa discricionária.

²⁴⁶ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La defensa del usuario y del administrado. 9. ed. Buenos Aires: FDA, 2006. Disponível em <www.gordillo.com>, p. XI-4. Acesso em 15 ago 2008.

Conclusão

Em regra, não há ato administrativo isolado. Embora não seja necessária a existência de um processo administrativo para edição de atos administrativos, é corriqueira a necessidade de, no mínimo, de um procedimento administrativo que culmine na edição de um ato administrativo. Lembramos que para nós, o processo administrativo nada mais é que um procedimento qualificado pelo contraditório, potencial ou efetivo, tal como defendido por Elio Fazzalari.

A atividade administrativa é praticamente toda procedimentalizada, especialmente em razão da exigência de previsibilidade das decisões administrativas (decorrente diretamente do princípio basilar do Estado de Direito, qual seja, a segurança jurídica) e da ampliação dos limites do controle do exercício da função administrativa. A tomada de decisões pela Administração Pública também constitui um processo, que culmina num ato administrativo dotado dos atributos da presunção de veracidade e imperatividade.

O fato de a República brasileira ser, por imposição constitucional, Estado Democrático de Direito, privilegiando a forma participativa de democracia, faz com que tenham maior legitimidade os atos administrativos que contaram, em seu processo de formação, com participação dos interessados (destinatários diretos ou indiretos do ato administrativo). Indubitavelmente, o ordenamento jurídico pátrio (e as mais evoluídas democracias contemporâneas) privilegiam a consensualidade em detrimento dos poderes impositivos de uma autoridade distante da sociedade.

Esta participação direta, para concretizar a maior legitimidade das decisões administrativas e para ser válida em termos jurídicos, deve ter sido efetiva, ou seja, precedida de publicidade eficiente, com dialeticidade a permitir a oportunidade de manifestação e consideração das razões propostas e com divulgação das conclusões que a Administração extraiu do processo de participação.

Neste cenário, a audiência pública é instituto que se popularizou na salvaguarda do meio ambiente, mas que tem sua importância espraiada para todas as áreas da vida social.

A audiência pública é um ato administrativo consubstanciado em fase de um processo administrativo de tomada de decisão. Esta decisão deve ser entendida de forma ampla, isto é, engloba a atividade administrativa de exercício de opção, no

típico exercício de competência administrativa discricionária. Embora não constitua um processo administrativo autônomo, a audiência pública possui um rito a ser observado para sua validade e contempla, como o próprio nome diz, a audiência dos interessados, de sorte que a dialeticidade característica do contraditório tal como definido por Elio Fazzalari, lhe é inerente. Destaque-se que a dialeticidade consubstanciada na simetria das partes aplica-se aos administrados interessados na audiência. A autoridade responsável, durante a audiência pública, somente a conduz de forma adequada, colocando-se equidistante dos participantes para assegurar a todos participação igualitária e efetiva.

Aplicam-se à audiência pública os princípios similarmente aplicáveis à audiência realizada no âmbito de um processo judicial (devido processo legal, publicidade, oralidade, informalismo moderado, contraditório (dialeticidade e oportunidade de provar os fatos alegados, quando pertinentes), instrução (se cabível), impulso oficial (na condução dos trabalhos), gratuidade (em regra).

Quanto à obrigatoriedade, forçoso concluir que sempre que determinada em lei, a realização de audiência pública será obrigatória, sob pena de nulidade do ato administrativo praticado sem observância deste requisito legal (aplicação do princípio da legalidade). Caso não seja realizada nos termos da lei, há que perquirir a invalidade do ato administrativo praticado com esta nulidade. Se a nulidade for reconhecida judicialmente, cabe destacar que o Poder Judiciário não poderá substituir a figura do administrador e realizar a audiência. Poderá tão somente determinar sua realização e a nulidade de todos os atos praticados após a fase em que a audiência deveria ter sido realizada.

Quanto à vinculação do resultado da audiência, cabe salientar que o resultado dela deverá ser divulgado (princípio da publicidade). Se dele discordar algum interessado, será possível socorrer-se do Poder Judiciário, que não poderá modificar o resultado, mas apenas exigir que a administração melhor fundamente a sua decisão ou que se refaça a audiência eivada de alguma nulidade. Divulgado o resultado, o ato decisório a ser praticado (o ato para o qual a audiência foi realizada) não está vinculado ao resultado da audiência, se não houver previsão legal de vinculação. Esta vinculação não decorre da natureza do instituto (diversamente do que entendem alguns doutrinadores) nem da fase do processo administrativo em que se opera a audiência (como entendem outros – Regina Maria Macedo Nery Ferrari e Gustavo Henrique Justino de Oliveira) porque a vinculação do

administrador diz com a realização da audiência. O seu resultado pode ser o mais adequado para um determinado caso, mas não o mais oportuno. Assim, restará, ao administrador, ainda, a margem de discricionariedade que já era existente antes da realização da audiência. Apenas do ponto de vista do controle da atividade administrativa, a margem de discricionariedade será reduzida na medida em que o resultado da audiência pública servirá como mais um elemento objetivo de controle do ato final.

De toda forma, a audiência pública, enquanto instrumento de participação popular direta nos processos administrativos decisórios constitui direito fundamental, diretamente decorrente da cidadania. Cumpre-nos esclarecer que para a Administração Pública democratizada é aquela que contempla a participação direta e indireta do cidadão, não apenas na forma de audiência pública, mas também na forma da gestão compartilhada com representantes da sociedade civil, como é o caso dos conselhos colegiados.

Lembramos que demonstrada a evolução pela qual passou a sociedade, o modelo de administração pública, com a consagração da qualidade do administrado não só como cidadão, mas como cidadão ativamente participante das decisões mais importantes, não há como admitir um retrocesso no direito administrativo a ponto de aceitar a supressão do instituto da audiência pública do ordenamento jurídico pátrio. Somemos a isso o fato da audiência pública comprovadamente influir na redução da conflituosidade, da litigiosidade e aumentar a eficiência e transparência da Administração Pública, verdadeiros pilares do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

AYRES BRITTO, Carlos. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas*. Revista diálogo jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, julho, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 01 ago 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed., trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1999.

BRITO, Carlos Ayres. *Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular”*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 189, jul/set 1992.

CABRAL, Antônio. *Os efeitos processuais da audiência pública*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro e Direito Público, n. 12, nov/dez/jan 2008. Disponível em <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 24 nov 2008.

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

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CASSAGNE, Juan Carlos e YSERN, Enrique Rivero. (coord). *La contratación pública*. Buenos Aires: Hamurabi, 2006.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. Revista de Direito Público. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 84, 1987.

COSTA, Judith Martins. *As funções do princípio da moralidade administrativa (o controle da moralidade na administração pública)*. Tese apresentada e aprovada no XVII Congresso dos tribunais de Contas do Brasil, realizado em São Luis do Maranhão, de 20 a 24/09/93. Disponível em <www.tce.rs.gov.br/artigos/pdf/principio_moralidade.pdf>. Acesso em 06 abr 2009.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Audiência pública como direito de participação*. RT, São Paulo, v. 92, n. 809, mar 2003.

DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (coord). *Estatuto da cidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Discrecionariedade técnica e discrecionariedade administrativa*. In FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir. (org) *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006.

DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. II*. Madrid: Thomson-Civitas, 9. ed, 2004.

ESCOLA, Hector Jorge. *Tratado general de procedimiento administrativo*. 2ª Ed. Buenos Aires: Depalma, 1981.

ESTORNINHO, Maria João. *Direito europeu dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.

FAZZALARI, Elio. *Procedimento*. In Enciplopedia de diritto XXXV, Itália: Giuffrè, 1986.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Participação democrática: audiências públicas*. In GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérulo (coord). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007.

_____. *Apresentação do livro Legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann*. Disponível em <www.terciosampaioferrazjr.com.br>. Acesso em 08 ago 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Direito Público. Estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. *Estado de Direito e devido processo legal*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fev 2002. Disponível em <www.direitopublico.com.br>, acesso em 04 jul 2008.

_____. *Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 8, novembro, 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 01 ago 2008.

FORSTHOFF, Ernest. *Traité de droit administratif allemand*. (trad. Michel Fromont). Bruxelas: Émile Bruylant, 1969.

FRANGETTO, Flávia Witkowski. *A instrução processual administrativa adaptada à participação pública*. In FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord). *Comentários à lei federal de processo administrativo*. 2. ed, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2 – La defensa del usuário y del administrado. 9. ed. Buenos Aires: FDA, 2006. Disponível em <www.gordillo.com>. Acesso em 15 ago 2008.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho administrativo*. Vol.III. El funcionamiento de los servicios públicos. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 11. ed, 2005.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2007.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na Constituição de 1988. In BONAVIDES, Paulo e outros. *Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MACHETE, Pedro. *Estado de Direito Democrático e Administração paritária*. Coimbra: Almedina, 2007.

MARCOCCIA, Rafael Mahfoud. *Associação dos Trabalhadores Sem Terra de São Paulo: uma experiência de participação popular na solução do problema habitacional de São Paulo*. Mestrado em Ciências Sociais: São Paulo, 2007. Disponível em <www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5888>. Acesso em 22 set 2008.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MODESTO, Paulo. *Função administrativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan/fev/mar 2006. Disponível na Internet: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 14 jul 2008.

_____. *Participação popular na administração pública: mecanismos de operacionalização*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, out 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>, Acesso em 01 ago 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder-parte I*. São Paulo: RT, 1992

_____. *Audiências Públicas*. RDA, Rio de Janeiro, 210, out-dez 1997.

NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais*. Coimbra: Coimbra, 1994.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *Função administrativa e participação popular*. RT, ano 91, vol. 796, fev 2002.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro*. RDA n. 209, jul-set 1997.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. Vol. III: Bienes públicos. Derecho urbanístico. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 10. ed, 2004.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 5. ed, 2002.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RAMOS, Dirceo Torrecillas. *Autoritarismo e democracia: o exemplo constitucional espanhol*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

RAMOS, Elival da Silva. *A ação popular como instrumento de participação política*. São Paulo: RT, 1991.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro*, Revista de Direito Administrativo n. 209, 1997.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed, São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTOS, André Luiz Lopes e CARAÇATO, Gilson. *A consensualidade e os canais de democratização*. In CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, José Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Curso de Direito Administrativo Econômico*. Vol. I, São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTOS, Nicolau dos. *Democracia e planejamento*. 2. ed. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2006.