UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

RUBENS SILVEIRA TAVEIRA JUNIOR

O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO DE PARTICIPAÇÃO

FORTALEZA
2012

RUBENS SILVEIRA TAVEIRA JUNIOR

O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO DE PARTICIPAÇÃO

Dissertação submetida à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientadora: Prof.ª Dr.ª Germana de Oliveira Moraes

FORTALEZA
2012

RUBENS SILVEIRA TAVEIRA JUNIOR

O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO DE PARTICIPAÇÃO

Dissertação submetida à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito.

Aprovada em: _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof.ª Dr.ª Germana de Oliveira Moraes(Orientadora)
Universidade Federal do Ceará

_____

Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra
Universidade Federal do Ceará

_____

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori
Universidade Federal de Santa Catarina

AGRADECIMENTOS

A DEUS, causa essencial de todas as coisas, que me deu vida e inteligência para trilhá-la, de forma coerente e providencial, assim como força e sabedoria para seguir na caminhada em busca de todas as minhas metas.

A todos os professores do Mestrado, especialmente aos Profs. Raimundo Falcão, Paulo Bonavides, Fernando Ferraz, Gérson Marques, Denise Lucena e Marcelo Guerra.

À Prof.ª Dr.ª Germana de Oliveira Moraes, por ter confiado na proposta a ela apresentada a qual resultou no presente trabalho, bem como por sua condução ética na minha orientação.

Ao Professor Martônio Mont'Alverne por me propiciar uma leitura crítica da democracia.

À Marilene Arrais, uma mistura de candura e competência no tratar a todos que procuram a secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

A todos os amigos mestrandos da turma 2010, especialmente Eulália, companheira de vários trabalhos; Beth, amizade do trabalho fortificada no ambiente acadêmico; Felipe, Daniel, Rodrigo, João Gabriel e Homero pela simplicidade, alegria e amizade; Cesário, por me ingressar em um raciocínio filosófico mais crítico; Ana Paula e Laís pelas ajudas acadêmicas e ao Helano por ter me proporcionado os primeiros escritos verdadeiramente científicos. A todos a minha profunda admiração.

Às amigas Érica, Christiane, Michele e Danielle meus agradecimentos por compartilharem de suas alegrias e amizades.

Aos amigos da SRTE/CE que me proporcionaram cursar as disciplinas de sala de aula sem preocupações extraordinárias e pelo constante incentivo dos colegas, em especial, Laureano, Giuseppe, Cavalcante e Ricardo Valentin, Pedro Jairo, Eudes Jr. e Conceição Barros.

Ao amigo e colega de trabalho Alexandre Bruno pela disponibilidade de ajuda sem restrições, mesmo antes de ingressar em tal qualificado curso.

Aos meus três filhos Vinícius, Marcelo e Mariana. Três luzes que passaram a me guiar, cada qual com seu brilho, mas todas com a mesma intensidade.

À minha esposa Ana Cristina que resistiu, muitas vezes sozinha, a várias intempéries durante o escrever deste trabalho. A ela meu profundo agradecimento, pois sem sua presença tal tarefa seria impossível de concretização.

Aos meus pais Rubens e Socorro por terem me propiciado uma educação exemplar, devendo a eles minha formação moral, minha visão de mundo e meu lado humano.

Aos meus irmãos por serem paradigmas de vida.

A democracia não pode viver sem virtude cívica. [...] O desafio político para os povos de todo o mundo atualmente não é apenas substituir regimes autoritários por democráticos. É, além disso, fazer a democracia funcionar para as pessoas comuns.

(Fidel Valdez Ramos, ex-presidente das Filipinas)

RESUMO

O presente trabalho faz uma nova leitura do que seja o processo administrativo e de sua importância frente à nova forma de interpretação do Direito Administrativo, a qual se dá ao afirmar o conceito de juridicidade e seus reflexos neste ramo do Direito, destacando seu viés implementador do modelo democrático através de sua prática. O estudo do referido tema limita-se ao processo administrativo federal que tem como norma geral a Lei 9.784/99, sendo esta de aplicação subsidiária em todos os processos administrativos de competência da União. Partindo de uma análise histórica da democracia e do que foi caracterizado como participação democrática, chega-se a concluir que tal instituto político foi, em grande parte da história, um privilégio das classes detentoras do poder, excluindo da participação política várias classes sociais. O liberalismo também se serviu da democracia para atingir seus desideratos econômicos, pois usurpou os ideais democráticos e os instrumentos destes, como o sufrágio, para criar um sistema de fundamentos que legitimasse a preservação da propriedade privada e depois servisse como instrumento de manutenção no poder. Entende-se que uma real participação democrática somente se aperfeiçoa em uma democracia tida por substancial, em particular a proposta por Paulo Bonavides, por considerar como primordial a participação do cidadão comum nos processos decisórios, adicionando uma nova conotação à palavra democracia ao atribuir-lhe a característica de direito fundamental. É essencial a uma real caracterização do processo como instrumento de participação que se faça uma releitura do que se entende por processo, entendo-o como um procedimento qualificado pelo contraditório nos termos da teoria propugnada por Elio Fazzalari. O contraditório é fundamental a tal mister, pois, a partir do exercício de tal direito, pode-se falar em efetividade do princípio da participação democrática. Porém, indispensável à proposta de aplicação do processo como instrumento de participação, é uma análise das normas que compõem a Lei 9.784/99, já que, ao se verificar a natureza de tais normas, pode-se vislumbrar uma aplicação normativa a partir da ponderação dos princípios informadores de tal lei, considerando os valores democracia e dignidade que devem permear todas as decisões prolatadas pela Administração. Serão verificados, ainda, dois institutos democráticos veiculados pela Lei 9.784/99, que são a consulta pública e a audiência pública, instrumentos estes caracterizados por ampliar o viés democrático do processo administrativo, bem como por legitimar a conduta do administrador ao prolatar decisão que tenha efeitos em uma coletividade. A acepção processual proposta supera a primazia legalista que, por muitos anos, foi a tônica em relação àquele instrumento, em que a interpretação dos princípios e a ponderação de interesses ganha relevante importância na Dogmática Jurídica, principalmente quando se vislumbra uma nova forma de atuar do Estado. Para tal incumbência, faz-se necessário analisar as atuais funções do processo administrativo, particularmente, a de propiciar legitimidade democrática aos administrados, ao fomentar uma real possibilidade de participação destes nas decisões estatais.

Palavras-chave: Processo administrativo. Juridicidade. Democracia. Participação.

ABSTRACT

The present work is a new reading of what the administrative process and its importance in relation to new forms of interpretation of Administrative Law, which is given to affirm the concept of legality and your reflexes in this branch of law, noting also their bias implementer of democracy. The study of this issue is limited to the federal administrative process that has as a general rule the Law 9.784/99, with subsidiary application in all the administrative competence of the Union Building on a historical analysis of democracy and what was characterized as participation democratic enough to conclude that such a policy institute was largely the story of a privileged class holding power, excluding political participation of various social classes. Liberalism also has used democracy to achieve their economic desiderata, it usurped the democratic ideals and instruments such as suffrage, to create a system of foundations that legitimize the preservation of private property and then serve as a tool to maintain power. It is understood that only a real democratic participation in a democracy is perfected taken by substantial, in particular the proposal by Paul Bonavides, considering how essential the participation of ordinary citizens in decision making, adding a new connotations to the word democracy to give it the characteristic of a fundamental right. It is essential to a real process characterization as a tool for participation, to become a reinterpretation of what is meant by process, understand it as a procedure described by contradiction we have the theory advocated by Elio Fazzalari. The contradiction is fundamental to such a task, then, from the exercise of this right, you can talk about the effectiveness of the principle of democratic participation. However, essential to the proposed application process as an instrument of participation, is an analysis of standards that make up the Law 9.784/99, since, by verifying the nature of such rules, one can envision an application from the normative weight informants principles of such a law, whereas values democracy and dignity that should permeate all decisions handed down by the Administration. Will be checked also two institutes democratic conveyed by Law 9.784/99, which are the public consultation and public hearing, these instruments are characterized by expanding the democratic bias of the administrative process, as well as legitimizing the conduct of the trustee to prolatar decision which has effects in a community. The proposed procedural purposes exceeds the primacy legalistic for many years was stressed in relation to that instrument, and the interpretation of the principles and the balancing of interests gained significant importance in Legal Dogmatics, especially when it sees a new way to operate the state. For such a task, it is necessary to analyze the current functions of the administrative process, particularly, to provide democratic legitimacy to citizens by fostering a real possibility of their participation in government decisions.

Keywords: Administrative procedure. Legal. Democracy. Participation.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO ……..	10
1	**DA DEMOCRACIA CLÁSSICA À DEMOCRACIA PARTICIPATIVA** ..	15
1.1	**Da democracia clássica** ……..……	17
1.2	**A democracia em Platão e em Aristóteles** ……	24
1.3	**Democracia e liberalismo** ……..	31
1.4	**A democracia participativa** ……...	42
1.5	**A democracia participativa em Paulo Bonavides** ……	46
2	**PROCESSO ADMINISTRATIVO E DEMOCRACIA** ……	55
2.1	**A superação da legalidade pela juridicidade** ……..	56
2.2	**Uma opção pela terminologia processo administrativo** …….	60
2.3	**O processo como um procedimento qualificado pelo contraditório**	66
2.3.1	***A superação da teoria do processo como relação jurídica***……	69
2.3.2	***A importância do contraditório na identificação do processo administrativo*** ..	76
2.4	**O processo administrativo como instrumento de participação democrática**	84
3	**PRINCIPIOLOGIA DA LEI 9.784/99 E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA** ……..	97
3.1	**Natureza jurídica das normas do processo administrativo previstas no art. 2º da Lei 9.784/99** ……..	99
3.2	**Resolução de conflito principiológico pelo administrador** ……	106
3.3	**Compõem as normas da Lei 9.784/99 o chamado bloco de constitucionalidade?** ……..	110
3.4	**Princípios do processo administrativo federal** ……	118
3.4.1	***Princípio da legalidade*** ……..	119
3.4.2	***Princípio da finalidade e princípio do interesse público*** ……..	123
3.4.3	***Princípio da motivação*** ……..…	126
3.4.4	***As regras da proporcionalidade e da razoabilidade*** …….....	129
3.4.5	***Princípio da moralidade*** …….	133
3.4.6	***Princípio da ampla defesa e do contraditório***……	134
3.4.7	***Princípio da segurança jurídica***……..	136
3.4.8	***Princípio da eficiência***…….	137
4	**CONSULTA PÚBLICA E AUDIÊNCIA PÚBLICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO** …….	139
4.1	**Consulta pública e participação** ……	142
4.2	**Audiência pública** ……...	153
4.2.1	***Audiência pública no processo administrativo regulatório*** ……..	155
4.2.2	***Audiência pública e contraditório***……...	158
4.2.3	***Audiência pública no âmbito do Supremo Tribunal Federal*** ..……....	160
	CONCLUSÃO ……	168
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ……	175

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo, através do uso da bibliografia jurídica, traçar algumas considerações que se entendem como relevantes para a atual compreensão do que se deve compreender por processo administrativo e suas funções, principalmente, após o movimento de redemocratização do país, com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu um Estado Democrático de Direito, previsto pelo Art. 1º, *caput*.

A partir de uma releitura do princípio da legalidade, e também diante da força normativa dos princípios constitucionais, pode-se falar hodiernamente que a juridicidade passa a ser a tônica da análise do Direito Administrativo, consoante a qual o jurista deve analisar esse ramo do direito a partir da Constituição, e não o contrário, como foi a tônica do antigo Estado de Direito.

Diante de tal concepção, o processo administrativo surge com uma nova feição, sendo imprescindível para, além da efetivação de direitos fundamentais, garantir a todos os interessados participação na decisão a ser prolatada como ato final emanado por um poder, corroborando o caráter democrático estabelecido a partir de uma nova feição do princípio democrático.

Porém, para se chegar a tal conclusão, necessário se fez um estudo histórico da democracia, em especial do instituto da participação democrática em alguns momentos de afirmação da democracia como forma de Estado, concluindo que o modelo de democracia participativa proposto pelo professor Paulo Bonavides seria o modelo democrático em que mais o processo administrativo exerceria o papel de instrumento de participação.

Necessário também à resolução da problematização foi a proposição de uma visão do processo que atendesse aos anseios do legislador constituinte, entendendo ser este uma espécie do gênero procedimento, qualificado pelo contraditório, e não uma relação jurídica, como aceito por quase toda a comunidade jurídica.

Estabelecidos também novos paradigmas teóricos sociais, políticos e também jurídicos, passou a se vislumbrar essa nova visão sobre o processo administrativo, qual seja, a de instrumento norteador das ações estatais em razão de ser nele que se formalizam atos administrativos não raro após, muitas vezes, o sopesamento e a ponderação de interesses existentes, limitando e condicionando a ação do Estado, ratificando, assim, direitos fundamentais individuais e coletivos constantemente feridos quando do seu exercício.

A problematização da pesquisa abordada é a seguinte: pode o processo administrativo servir como um real instrumento de participação democrática? Pode a Lei 9.784/99 servir a tal fim de efetivar um real processo democrático?

Este trabalho é descritivo. Seu objetivo geral é debater a possibilidade de o processo administrativo servir como instrumento de participação democrática, exercendo, como consequência, importante papel na ampliação da democratização do Brasil.

Ele está organizado em quatro capítulos que realizam a discussão teórica e a observação empírica da doutrina. No primeiro capítulo, faz-se, a partir da exposição histórica do pensamento democrático, um debate entre duas formas de democracia – a representativa, de conotação liberal; e a participativa, a partir do ideário de Rousseau e Paulo Bonavides –, concluindo-se que o modelo substancial proposto por Bonavides é o modelo ideal para o exercício da democracia, porém não descartando que tal exercício político se dê, com menor intensidade, em modelos representativos liberais.

No segundo capítulo, há incursões sobre a natureza jurídica do processo administrativo, diferenciando-o do procedimento que é seu gênero, entretanto sem deixar de contextualizá-lo no âmbito da juridicidade, concluindo, após tais premissas, por ser ele um efetivo instrumento de participação democrática a partir de outra premissa, que é a necessidade de concessão do contraditório a todos os interessados.

Nos dois últimos capítulos, dedicar-se-á à análise da legislação federal referente ao processo administrativo, Lei 9.784/99, principalmente por ser esta uma norma geral que se irradia por todos os processos administrativos, considerando seu caráter subsidiário.

A pesquisa em desenvolvimento tem como objeto estudar o processo administrativo com o intuito de demonstrar seu aspecto democrático no que se refere à participação popular nas decisões administrativas, bem como apresentar uma proposta de sistematização das categorias procedimento e processo administrativo que, embora interligadas, possuem finalidades distintas.

Fica reputado que se deve enfocar o plano federal, mais especificamente a Lei 9784/99, pelo fato de ser uma norma geral e de aplicação subsidiária a todos os processos administrativos que já tinham rito estipulado anterior à sua edição, bem como por esta positivar várias normas da Constituição Federal de 1988 tidas por implícitas pela doutrina e jurisprudência, possibilitando a efetiva realização constitucional em tal entidade da federação, servindo o processo administrativo como instrumento plausível para tal efetivação.

A problematização do trabalho se limitará às seguintes questões: pode o processo administrativo ser considerado realmente um instrumento de participação democrática? Ele é

excludente em relação aos outros instrumentos? Em que modelo democrático pode ser considerado o processo administrativo um instrumento daquela forma de governo?

Com a finalidade de cumprir esse roteiro, como já abordado, o trabalho estará dividido em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, tentar-se-á delimitar o histórico da democracia desde a sua concepção clássica, passando pelo entendimento da democracia liberal e chegando ao que se entende hoje por democracia participativa.

No mesmo capítulo, diante desta digressão temporal da democracia, abordar-se-á o entendimento doutrinário do que seja participação, analisando seu conteúdo em cada momento histórico. Para isso, serão examinadas algumas das ocorrências na evolução do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito, para, em seguida, serem estabelecidas considerações sobre a Constituição como vetor do Estado, momento em que serão levantados aspectos necessários à efetividade de suas emanações.

No segundo capítulo, tratar-se-á de estabelecer os parâmetros para se compreender as categorias procedimento e processo administrativo, quando, de modo inaugural, se tecerão considerações sobre a teoria do processo administrativo e as justificativas quanto à terminologia processo ou procedimento e os fundamentos de se optar pela expressão processo administrativo.

Ressalte-se que tal ponto é essencial para os fins da pesquisa, uma vez que essas expressões não podem ser entendidas como sinônimas, pois cada uma tem emprego peculiar. Por isso, analisar-se-ão as circunstâncias que possibilitam conferir o sentido de cada uma, para que se possa entender a razão pela qual, no âmbito da Administração Pública, processo é espécie do gênero procedimento.

A opção pela terminologia processo adéqua-se ao entendimento de Elio Fazzalari, que entende ser o processo uma espécie de procedimento qualificado pelo contraditório, sendo este o elemento essencial para ligar processo à compreensão do que seja participação democrática.

O processo em Fazzalari ganha o *status* de categoria geral. Os atos do Judiciário, Legislativo e Executivo são passados a limpo, aqui e acolá, para que neles se colha a essência do processo e o que existe de simples procedimento. Fazzalari encerra, com motivos bem definidos, as conceituações de processo anteriormente vigentes – como a famosa conceituação de processo como relação jurídica processual – que não captaram a essência do processo, concepções não afinadas com a modernidade democrática das constituições ocidentais, as

quais exigem, para conferir legitimação ao exercício do poder, a participação dos destinatários, dos que serão atingidos pela decisão final, que lhes será imposta.

No terceiro capítulo, procurar-se-á abordar o caráter inovador e democrático da Lei 9.784/99 e, partindo da análise de sua principiologia, serão abordados alguns aspectos constantes em tal norma, os quais podem ser entendidos como fundamentais à efetividade da participação democrática prevista tanto em sede constitucional como no próprio corpo daquela norma. Partindo da estrutura normativa proposta por Robert Alexy, far-se-á uma profunda leitura dos princípios administrativos à luz de tal teoria, verificando se as normas veiculadas pelo Art. 2º, da Lei 9.784/99, são princípios ou regras.

Outro ponto analisado em tal tópico é verificar se as normas da Lei 9.784/99 podem ser incluídas no chamado bloco de constitucionalidade, tendo em apreço a sua fundamentalidade material. Ao final, far-se-á uma leitura aprofundada das normas do citado Art. 2º, da Lei 9.784/99, podendo-se concluir que nem todos os princípios previstos em tal norma têm a natureza de princípio conforme o preconizado por Robert Alexy, tendo alguns, como o da proporcionalidade, a natureza jurídica excepcional de regra.

No quarto capítulo, será abordada a importância da consulta pública e da audiência pública, agora previstas em uma norma geral de Direito Administrativo, como instrumentos democráticos do processo administrativo, reforçando, ainda mais, a ideia aqui desenvolvida de ser tal modelo de processo um instrumento em favor da democracia, cobrindo o déficit democrático existente, além de legitimar as decisões da Administração através da atuação mais direta da sociedade na formação da vontade daquela.

Estes dois instrumentos de participação previstos na Lei 9.784/99 são analisados a partir da prática democrática deles já existente, especialmente na produção de normas regulatórias de competência das Agências Reguladoras, bem como quanto à audiência pública, à sua realização no âmbito do Supremo Tribunal Federal, à inovação prevista em várias normas que tratam de controle concentrado de constitucionalidade. Por último, analisar-se-á a relação existente entre consulta pública, audiência pública e contraditório, principalmente pelo fato de que aqueles instrumentos de participação são fundamentais a um pleno exercício do contraditório.

Procurar-se-á demonstrar a utilidade do processo administrativo como meio para viabilizar a participação da pessoa na tomada de decisões que influenciam sua esfera de interesses. Assim, todos os elementos que servem como referencial a esse regime jurídico processual devem ser interpretados em consonância com esses parâmetros democráticos.

Desse modo, a abordagem realizada sobre a Lei 9.784/99 diz respeito não só à sua compreensão a partir da conotação democrática e participativa, mas também à garantia da seriedade e segurança jurídica que possibilitem às pessoas confiança na condução do processo administrativo, além de inspiração à autoridade pública na realização do Estado Democrático de Direito.

Ao final, descrever-se-á uma síntese em conclusão do que foi investigado nesta pesquisa.

1 DA DEMOCRACIA CLÁSSICA À DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Ao se iniciar o presente estudo sobre participação democrática através do processo administrativo, defronta-se com a seguinte afirmação de Saramago: "No mundo tudo se discute, tudo é objeto de debate, mas a democracia surge como pura, inatingível, intocável". Para o escritor, Prêmio Nobel da Literatura de 1998, "[...] é o poder econômico que realmente governa, usando a democracia a seu favor".[1]

Tais afirmações de Saramago, crítico assumido da “democracia”, ou “das democracias”, são reveladas em sua obra *Ensaio sobre a Lucidez*, de 2004, na qual ele faz críticas diretas ao sistema capitalista e a governantes modernos que usam a democracia para cometer atos não só arbitrários, mas, sobretudo, ilegítimos e contrários ao que até hoje se entende por esse termo.

Questiona-se se tais asserções de Saramago eram procedentes. A resposta é positiva, sendo a principal causa de tal intocabilidade da democracia a sua imprecisão semântica, bem como seu frequente uso em discursos falaciosos realizados por pessoas, nas mais variadas áreas, que só querem beneficiar a si ou a grupos a que pertencem. Para pontuar tal assertiva, pergunta-se: qual o político ocidental que não usa a democracia como plataforma de governo? Claro que a resposta é de caráter quase que unânime pela da inexistência de tais pessoas, pois, com exceção dos extremistas de direita, hodiernamente é impossível fugir do discurso democrático, mesmo que na prática a realidade seja outra.

Porém, quanto à afirmação de ser a democracia inatingível, pensa-se haver exagero de Saramago. Ela é uma realidade. Talvez mais intensa em alguns Estados, mas tênue em outros, ou até mesmo inexistente em certos países por questões culturais.

Discorda-se da sua intocabilidade, pois estão vindo à tona novas realidades sociais. Veja-se o caso da nova extrema direita europeia, tida como o novo fundamentalismo do século XXI[2], acarretando uma fragilidade no pensamento democrático clássico decorrente, em boa parte, dos ideais pós-modernos que pregam uma nova ordem e uma inquietação social que pode levar ao estabelecimento de um novo modelo civilizacional.[3]

---

[1] Opinião do escritor José Saramago em entrevista à agência Lusa, de Lisboa, e publicada no jornal Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ilustrada/ult90u42705.shtml>. Acesso em: 23 fev. 2011.

[2] Opinião de Ugo Maria Tassinari, perito italiano em extremismo de direita, publicada na agência Presseurop. Disponível em: <http://www.presseurop.eu/pt/content/article/797041-nova-extrema-direita-o-miudo-da-porta-ao-lado>. Acesso em: 2 mai. 2012.

[3] VÍZENTINI, Paulo Fagundes. **O ressurgimento da extrema direita e do neonazismo**: a dimensão histórica e internacional. Disponível em: <http://www.derechos.org/nizkor/brazil/libros/neonazis/cap4.html>. Acesso em: 2 mai. 2012.

Mas o que será mesmo a democracia? É uma simples forma de governo? Resume-se à célebre frase de Abraham Lincoln: “governo do povo, pelo povo, para o povo”? Quais seus vínculos com os institutos como o voto, a eleição, a representação política, a legitimidade dos representantes, com os direitos fundamentais?

Apesar de a palavra democracia ser usada pelas mais diversas áreas como a política, o direito, a filosofia, bem como ser frequentemente empregada por políticos, juristas, filósofos, religiosos, liberais, socialistas, não há como negar que, por conta de tais aplicações, não apresenta aquela palavra um conceito precisamente definido.

A título de exemplo, não se entende a democracia ateniense da mesma forma que as democracias surgidas após as revoluções, muito menos há identidade conceitual destas com o modelo democrático surgido a partir das declarações de direitos humanos ocorridas no pós-guerra, nem com as prescrições sobre democracia surgidas a partir da segunda metade do século XX.

Quando se fala do legado grego para o mundo contemporâneo, percebe-se que muitos escritos fazem sobressair o quanto as experiências políticas ocorridas em Atenas serviram de base para a construção da democracia como forma de governo.

A luta pelo fim dos privilégios aristocráticos e a consolidação de uma sociedade com direitos mais amplos teriam sido os pilares dessa nova forma de governo. Contudo, não se pode afirmar que a ideia de democracia existente entre os gregos clássicos seja a mesma que se propala pelo mundo contemporâneo.

Desta forma, para os fins pretendidos por este trabalho, faz-se necessária uma digressão histórica sobre os diversos sentidos da palavra democracia, seja como forma de governo ou direito substancial, e suas formas de participação, até se chegar à caracterização da democracia participativa do Estado Constitucional, como bem certifica Paulo Bonavides (2008c) – democracia esta que busca levar a cabo os direitos da justiça, consistindo estes no conjunto dos direitos fundamentais enunciados, na versão contemporânea deste modelo de Estado.[4]

É preciso deixar claro que não há pretensão alguma de esgotar as discussões acadêmicas do que seja democracia, uma vez que alguns pontos – em virtude da existência de uma diversidade conceitual muito grande entre as acepções históricas e interpretações de tal forma de governo – não serão analisados de um modo mais aprofundado. Porém, ressalve-se

[4] BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008c. p. 52.

que, para poder se falar em processo como instrumento participativo, necessária se faz a análise de algumas concepções de democracia e seus usos por correntes políticas e filosóficas.

1. 1 Da democracia clássica

A palavra democracia é originária do grego, significando poder do *démos*, ou seja, poder de uma comunidade de cidadãos.[5] Em outra definição, se diz que democracia vem do grego *demokratia*, que significa literalmente poder do povo.[6] Não é por acaso que se faz referência à linguagem grega para analisar a etimologia da palavra democracia.

A Grécia Antiga foi o berço da democracia, tendo vindo de lá os primeiros informes sobre tal forma de exercício do poder. Estima-se que o regime democrático se iniciou em Atenas entre os séculos VI e IV a.C., porém durou pouco mais de um século, em decorrência da instabilidade política que possibilitou a experiência democrática com regimes tiranos e a tentativa de restauração da aristocracia.

Porém, é bom ressaltar que a democracia é decorrente da situação político-social das cidades gregas durante todo o período arcaico, não acompanhando a democratização das instituições o desenvolvimento das cidades.

Conforme Nay (2007), o modelo de realeza despótica fora extinto, mas a "[...] vida política continua dominada por aqueles que possuem a terra e a autoridade há séculos, as famílias patriarcais".[7] Mesmo com o desenvolvimento e criação de novas cidades, decorrentes também de conquistas militares, continuavam as urbes sob influência da aristocracia dos eupátridas, não havendo como não ocorrer desigualdades econômicas e sociais decorrentes da expansão colonial.

Levando uma vida de fausto, a aristocracia se desliga dos meios rurais, além de concentrar em si a propriedade das terras. Tais fatos estão na origem de rebeliões sociais cada vez mais violentas, obrigando os detentores reais do poder a proceder a reformas públicas, fatos estes que, nas palavras de Nay (2007), "[...] levam às primeiras experiências democráticas",[8] quando "[...] a razão entra nos métodos de governo e serve a uma nova concepção do poder na qual o cidadão ocupa um papel central".[9]

---

[5] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia da política nas lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 372.
[6] OBER, Josiah. Democracia direta. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 191.
[7] NAY, Olivier. **História das idéias políticas**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 25.
[8] *Ibid*., *loc. cit.*
[9] *Ibid*., *loc. cit.*

À fase arcaica segue-se a era "clássica" (séculos VI-IV a.C.). Tal período se caracteriza por profundas modificações nos costumes e por experiências políticas diferentes das anteriormente praticadas, tendo os filósofos participação fundamental nas mudanças sociais e políticas ao difundirem as novas ideias, valorizando o debate e a razão na exposição dos novos conhecimentos.

A busca da lei como forma de conduzir os assuntos públicos, torna as relações sociais mais estáveis, pois os procedimentos e regras estabelecidos naquelas têm a anuência geral. Aos poucos, o princípio da monarquia cede lugar ao valor justiça (*dikê*), estabelecido por meio de norma superior elaborada a partir da razão humana, não constituindo esta uma regra inscrita na natureza ou numa norma divina (*gennê*).[10]

Factualmente, se afirma que a rendição de Iságoras, aristocrata ateniense que tentou substituir o conselho de Atenas por homens que lhe fossem fiéis, em 507 a.C., foi um dos marcos históricos que mais caracterizou a assunção do poder pelo povo. Refugiados na Acrópole, Iságoras e os laconianos se entregaram após um assédio de três dias, quando "[...] assemelha-se tal cerco à tomada da Bastilha pelos parisienses em 1789".[11]

A ação coletiva das pessoas comuns durante tal revolução foi determinante para o futuro político e social de Atenas. Ao se rechaçar popularmente tiranos e aristocratas até então dirigentes, o povo ateniense sentiu-se capaz de se autogerir, especialmente pelo fato de ele mesmo ter administrado suas próprias operações militares.

Por meio da democracia conquistada pelo levante de 507 a. C., um novo sistema de poder foi instaurado em Atenas. Nesse novo cenário, o povo não mais elegia seus representantes para administrá-los politicamente, mas se manifestava diretamente através da assembleia dos cidadãos, reunindo-se até quarenta vezes ao ano.[12]

Após anunciar a ordem do dia, o presidente, sorteado para aquela deliberação, perguntava: "Quem dentre os atenienses tem uma opinião a dar a respeito?". Após tal pregão, eram ouvidas e discutidas as mais variadas opiniões para, em seguida, em voto simples e majoritário, serem decididas as mais variadas matérias como impostos, diplomacia e ajuda social aos destituídos. Ou seja, era o exercício direto do poder pelo povo, a chamada democracia direta.

---

[10] Segundo Nay (2007), com a *dikê*, os gregos inventam uma nova concepção da vida política, que submete a humanidade ao reinado da lei em geral, igual para todos, e que faz recuar as referências às tradições mitológicas.

[11] OBER, Josiah. Democracia direta. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 193.

[12] *Ibid*., p. 194.

Ressalte-se que àquela época não havia ainda uma ideia de indivíduo oponível ao Estado. Apesar de o exercício da política ser atribuído também ao cidadão, essa prerrogativa não apresentava tal amplitude, pois as decisões eram tomadas por todos, em conjunto. De acordo com Hugo Segundo (2010), no século IV, não havia a noção de indivíduo e sociedade em face do estado, ocorrendo, na verdade, um autogoverno:

> O cidadão ateniense tinha direitos e obrigações; mas esses direitos não eram atributos de indivíduos privados e essas obrigações não eram forçadas por um estado dedicado à manutenção de uma estrutura que visava proteger os fins privados de certos indivíduos.[13]

Atribui-se a Sólon a paternidade da democracia, mas Hartog (2001) faz crítica a tal atribuição, pois "[...] a democracia não podia ter saído da cabeça de Sólon precisamente porque ele nunca fora democrata (como, aliás, nenhum de seus contemporâneos)".[14]

O certo é que ele era legislador ateniense, no início do século VI a. C., e foi quem primeiro estabeleceu uma sociedade governada pela lei, e não por imposição da vontade dos governantes, implementando suas reformas políticas ao encontrar uma cidade dividida, que "[...] acaba de sair de um período quase anárquico (revolta de camponeses, vacância do arcontado)", sendo um dos primeiros "[...] a sublinhar a necessidade de estabelecer uma lei fundamental da cidade, uma lei respeitada por todos e superior a todas as partes".[15]

Sólon pretendia, através de suas reformas, encontrar um ponto de equilíbrio entre os anseios populares e os desejos das classes dominantes. Para tal desiderato, ele estabelece uma lei fundamental para a cidade, que está acima de todos os indivíduos e que todos devem respeitar. Desponta assim o grande passo para a implementação da democracia: o nascimento do cidadão. A figura do indivíduo isolado se enfraquece. Este não é mais um súdito submetido a um senhor, mas um cidadão obediente às leis da cidade, tendo igualdade de direitos e deveres perante a comunidade.

As reformas introduzidas por Sólon constituem a primeira vontade de romper os fundamentos políticos tradicionais, que retratavam a dominação política da aristocracia. Tais reformas foram concebidas por filósofos, que, a partir de uma nova ideia de mundo, passaram a pensar o homem a partir dos princípios da proporção, simetria e equilíbrio.[16]

---

[13] SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p.142.
[14] HARTOG, François. Os antigos. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 92.
[15] NAY, Olivier. **História das idéias políticas**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 27.
[16] *Ibid*., p. 30.

Apesar de vanguardista, tal ideia não assegurava ainda uma igualdade cidadã, mas atribuía aos indivíduos uma característica de ator, de sujeito de ação do tempo presente, da *polis*. Inaugurava-se uma nova visão de político, fundamentada no tempo presente e numa razão eminentemente política, ou seja, preocupada em pensar o homem enquanto membro da comunidade.[17]

Bobbio (2000), ao definir a democracia como "poder em público"[18] e ao tratar de um ideário para ela, fala que se pode redefini-la idealmente como "[...] aquela forma de governo na qual também as últimas fortificações do poder invisível foram vencidas e o poder, tal como a natureza, não tem mais segredos para o homem".[19] E este foi um dos grandes méritos de Sólon, ou seja, de desconstituir, pelos menos insipidamente, alguns mitos que justificavam o poder da classe aristocrática na Grécia clássica.

Mas quais eram os cidadãos que poderiam participar daquelas reuniões e qual fora a fórmula do sucesso do governo ateniense? As respostas são trazidas por Ober (2001), o qual revela que todos os cidadãos com mais de 30 anos poderiam integrar a loteria do conselho e que as assembleias eram abertas a todos os cidadãos com mais de 18 anos, onde "[...] num dia de reunião típico, entre seis e oito mil cidadãos (cerca de um quarto do conjunto de cidadãos) reuniam-se no grande anfiteatro ao ar livre, o Pnyx".[20]

Porém, conforme Nay (2007), foi o legislador Clístenes que efetuou uma extensa reforma das estruturas políticas em 507 a. C. Nesse período, Atenas se transformou na cidade mais democrática do mundo antigo:

> Apoiando-se explicitamente no ideal de isonomia (igualdade aritmética), ele reconhece a todos os cidadãos um direito igual de participar nas instituições da vida pública (assembléias, tribunais, magistraturas). Em relação a isso, ele institui uma assembléia do povo (a *ecclesia*), que se torna um dos principais órgãos do poder na cidade. A ágora, tradicionalmente um lugar de negócios, torna-se também o lugar de reunião dos cidadãos e o centro da vida política de Atenas. Aí é que são organizadas as grandes discussões públicas sobre os assuntos comuns.[21]

---

[17] MIRANDA, Maressa da Silva. **Democracia deliberativa e a dimensão normativo-institucional dos movimentos político-sociais**: uma análise da teoria discursiva do direito e sua compreensão na Constituição Brasileira de 1998. 2010. 102 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MirandaMS_1.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2012.

[18] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia da política nas lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 386.

[19] *Ibid*., p. 389.

[20] OBER, Josiah. Democracia direta. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 195.

[21] NAY, Olivier. **História das idéias políticas**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 32.

Após vencer a família Pisístrato, tiranos[22] que haviam dominado Atenas no século anterior, Clístenes implantou uma democracia em Atenas com fundamento no princípio da igualdade, mesmo que fosse somente uma igualdade política, pois a supremacia da lei sobre a totalidade dos indivíduos os equivaleria pelo menos politicamente.

Apoiado explicitamente no ideal de igualdade aritmética, Clístenes reconhece a todos os cidadãos um direito igual de participar da vida pública, sendo tal direito refletido nas mais variadas instituições como os tribunais, magistraturas, assembleias, etc. A ágora, antes um lugar de negócios, substitui a Acrópole (lugar onde ficavam os edifícios religiosos) e o Areópago (antigo tribunal controlado pela aristocracia), demonstrando assim que a democracia implantada por Clístenes se aproximava daquela pensada por Bobbio, pois ao mesmo tempo foram substituídos os mitos e o poder tradicional que se impunha por meio destes pela possibilidade de um exercício de poder igualitário mais capilarizado.

Percebe-se que, à época, o ideal democrático provocou não só uma um rompimento intelectual com as formas de legitimidade antiga como a tradição, a magia e a religião, mas também demonstrou que o exercício político de forma concreta, direta, dá um novo direcionamento à vida política, fundamentado-a em valores como a liberdade e a igualdade, sendo base e referência essencial na construção da legitimidade dos regimes modernos.[23]

Porém, a igualdade ateniense construída em tal período clássico era uma igualdade meramente política, já que havia exclusão de grande parte dos indivíduos que habitavam a antiga Atenas. Segundo Leister (2006), a sociedade ateniense era composta por classes distintas constituídas da seguinte forma:

> A população estava dividida em três classes distintas: escravos, estrangeiros residentes (metecos) e cidadãos. Na base da pirâmide representativa das classes sociais, e conseqüentemente representando a maior parcela populacional, estavam os escravos, como em todo o mundo Antigo. Informações da época contam que a população da Ática era composta de 21.000 atenienses, 10.000 metecos e 470.000 escravos (Aristóteles, *Atheneia*), mas a literatura moderna estima que metade da população era composta por escravos. A instituição da escravatura era tão característica da economia na cidade-estado quanto a classe operária no mundo moderno ou os servos no mundo feudal. O pensamento político grego por vezes lamentava sua existência, por vezes a defendia. Os escravos, base da estrutura social, eram estrangeiros capturados em guerra ou pirataria, os filhos de escravos, crianças abandonadas e devedores insolventes.[24]

---

[22] Francois Hartog (2001) faz a ressalva de que, à época, antes do seu conteúdo pejorativo, a palavra *tirano* significava poder de um só.

[23] NAY, Olivier. **História das idéias políticas**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 33.

[24] LEISTER, M. A *polis* ateniense. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, n. 1, ano 6, p. 15-27, 2006. Disponível em: <http://www.fieo.br/edifieo/index.php/rmd/article/viewFile/22/32.> Acesso em: 30 set. 2011.

A Grécia clássica (séculos VI ao IV a. C.) tinha como modo de produção econômica o escravismo. E, como se vê pelos dados acima, este excluía da participação política a grande maioria das pessoas que lá viviam, pois os escravos eram, sem dúvida, o maior número de habitantes, e tal *status* era transmitido de geração a geração. Mas não eram os escravos os únicos excluídos, as mulheres não eram consideradas cidadãs, pois, mesmo nascidas naquele Estado, não podiam votar e nem deliberar em assembleia.

Conforme preceitua Hartog (2001), os limites do exercício da democracia eram a proibição de participação dos escravos, mulheres e estrangeiros: "[...] um mundo no qual as mulheres exercessem o poder era a rigor concebível, pelo menos no teatro de Aristófanes, mas um mundo sem escravos já era rigorosamente impensável".[25]

Aos estrangeiros, também denominados *metecos*, era-lhes vedada sua participação, pois não havia sequer uma hipótese legal ou costumeira de naturalização, não a adquirindo mesmo que lá vivessem há várias gerações ou mesmo que houvesse filhos destes com cidadãos.[26]

Com efeito, a igualdade existente na Atenas clássica tem duplo sentido: a equidade, ou igualdade entre semelhantes (*homoioi*), e a isonomia, ou igualdade absoluta (*isoi*). Ou seja, a democracia ateniense, no seu nascedouro, baseava-se na equidade. Isso significava que a igualdade se aplicava somente àqueles que poderiam ser considerados como iguais.

A democracia, naquele período, era discriminadora em relação a mulheres, mesmo as filhas e esposas de cidadãos, e totalmente excludente para metecos e escravos, principalmente para estes, pois a maioria dos filósofos clássicos defendia uma concepção restritiva de igualdade, valendo esta somente para aqueles que poderiam ser, de fato, considerados como iguais, não podendo ser aplicada a seres de valor desigual.[27]

Péricles tentou suavizar as desigualdades materiais existentes entre os cidadãos através da retribuição dos cargos, ao indenizar o tempo dedicado à vida pública através de compensações financeiras.[28]

Seu intuito era de promover a participação cívica dos mais humildes, que despediam grande parte do seu tempo trabalhando para a sua subsistência. Porém, mesmo

---

[25] HARTOG, François. Os antigos. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Org.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 95.
[26] LEISTER, M. A *polis* ateniense. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, n. 1, ano 6, p. 15-27, 2006. p. 17. Disponível em: <http://www.fieo.br/edifieo/index.php/rmd/article/viewFile/22/32.> Acesso em: 30 set. 2011.
[27] NAY, Olivier. **História das idéias políticas**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 30.
[28] *Ibid*., p. 32.

Péricles ampliando a participação política e ao mesmo tempo propiciando um aumento da igualdade material, não se pode falar que, na Grécia clássica, houvesse uma participação política ampla das pessoas que habitavam a *polis* grega.

Como se pode concluir, outra característica da democracia ateniense era a de ser puramente abstrata, pois igualava os homens somente no campo político, ignorando a desigualdade material existente entre eles, já que a distribuição de riquezas permanecia intacta, bem como se referendavam as desigualdades sociais diante da regra intransponível de ascensão pelos excluídos da possibilidade de aquisição do *status* de cidadão.

Desta forma, é adequado falar que a cidadania na democracia ateniense era um verdadeiro privilégio, pois a possibilidade de deliberação em busca do bem comum era restrita a poucas pessoas, não se podendo supor existir uma dimensão política do ser humano como hoje se conhece em textos constitucionais.

Outro ponto relevante, é que não pode se criticar tal modelo democrático praticado em Atenas, não sendo possível afirmar que a democracia ateniense era circundada por uma estranha contradição.

Ao contrário, percebe-se que as instituições políticas dessa cultura refletiram de forma clara diversos valores preexistentes ao seu nascimento. Dever-se-ía tentar extrair de tal experiência o que houvesse de melhor, qual seja, o exercício direto do poder político por aquelas pessoas capazes de fazê-lo.

O debate existente na resolução de questões difíceis – do qual se deveria obter um consenso um pouco mais duradouro, resolvido muitas vezes pela convicção da maioria, com a participação de todos os interessados – foi um grande legado de tal modelo democrático. Este chegou a ser, conforme Hugo Segundo (2010), modelo processual de discussão e de participação, os germes do Estado de direito e do devido processo legal.[29]

Também foi fruto da democracia clássica grega a ideia de que a legitimidade das decisões públicas advenha de uma autorização explícita dos membros de uma comunidade política a elas submetidos, porém com interesse direto na causa, sob pena de todo o processo participativo ser tido por ilegítimo.

Os grandes conflitos que ocorreram no século IV a. C. levaram à decadência política não só de Atenas, mas de todas as cidades gregas, tendo como consequência o fim do poder político e militar de tais cidades. Some-se a isso a intensa reflexão filosófica de onde

[29] SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 145.

saíram as obras de Platão e Aristóteles, este um grande crítico da democracia praticada em Atenas.

A dominação macedônica nos séculos IV e III a. C., com o sucessivo poderio romano, são marcos históricos do fim da democracia antiga, não havendo como não concluir que a participação política, hoje refletida nas mais variadas funções estatais (legislativa, executiva e judiciária), teve ali o seu berço, influenciando aquela pratica democrática todas as ideias políticas que lhe sucederam historicamente, constituindo um ponto de referência essencial na construção dos regimes de governo atuais, muito embora sua incompletude seja também um sinal característico.

1.2 A democracia em Platão e em Aristóteles

É atribuída a Platão (427-346 a.C.) a primeira tentativa de reflexão sistemática acerca do poder político. Por meio de seus diálogos, Platão se mostrou um observador atento da democracia ateniense, desenvolvendo uma franca hostilidade em relação ao regime democrático, ao qual não era atribuída qualquer função pública, bem como alguma responsabilidade na *polis*.[30]

Partindo da obra *A República* (*Politeia*), Platão tem por intenção basear a ordem política sobre a moral, correspondendo esta a um conjunto de valores propícios à realização do bem comum. Defende uma concepção elitista de cidade baseada na afirmação de que só os melhores devem exercer o governo político, usando da analogia das profissões para justificar seus argumentos:

> Imagina, pois, que acontece uma coisa deste gênero, ou em vários navios ou num só: o capitão, superior em tamanho e em força a todos os que se encontram na embarcação, mas um tanto surdo e com a vista a condizer, e conhecimentos náuticos da mesma extensão; os marinheiros em luta uns contra os outros, por causa do leme, entendendo cada um deles que deve ser o piloto, sem ter jamais aprendido a arte de navegar nem poder indicar o nome do mestre nem a data do seu aprendizado, e ainda por cima asseverando que não é arte que se aprenda, e estando prontos a reduzir a bocados quem declarar sequer que se pode aprender; estão sempre a assediar o capitão, a pedir-lhe o leme e a fazer tudo para que este lhes seja entregue; algumas vezes, se não são eles que o convencem, mas sim outros, matam-nos, a esses, ou atiram-nos pela borda fora; reduzem à impotência o honesto capitão com drogas, a embriaguez ou qualquer outro meio; tomam conta do navio, apoderam-se da sua carga, bebem e regalam-se a comer, navegando como é natural que o faça gente dessa espécie; ainda por cima, elogiam e chamam marinheiros, pilotos e peritos na arte de navegar a quem tiver a habilidade de os ajudar a obter o comando, persuadindo ou forçando o capitão; a quem assim não fizer, apodam-no de inútil, e nem sequer percebem que o verdadeiro piloto precisa de se preocupar com o ano, as

[30] NAY, Olivier. **História das idéias políticas**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 40.

> estações, o céu, os astros, os ventos e tudo o que diz respeito à sua arte, se quer de fato ser comandante do navio, a fim de o governar, quer alguns o queiram quer não — pois julgam que não é possível aprender essa arte e estudo, e ao mesmo tempo a de comandar uma nau. Quando se originam tais acontecimentos nos navios, não te parece que o verdadeiro piloto será apodado de palrador, lunático e inútil pelos navegantes de embarcações assim aparelhadas?[31]

Mesmo criticado por entenderem ter Platão justificado intelectualmente o autoritarismo,[32] seu pensamento voltou às discussões atuais principalmente quanto às filosofias políticas que buscam na moral as garantias de justiça e estabilidade social. O elitismo de Platão, por si só, já afasta a noção de participação ampla experimentada no modelo da democracia ateniense, havendo no "governo do maior número" vários excessos que fizeram desaparecer o sentido de comunidade.

A observação da vida ateniense o fez identificar quatro formas de governo que ocorreram na Grécia antiga, sendo apresentadas em uma forma sequencial de degradação, iniciando-se com a *timocracia* e concluindo com a *tirania*. Entre os dois extremos, encontrava-se a oligarquia, governo de um pequeno número, e a democracia, governo do maior número.

Sua crítica foi bem direcionada à democracia, pois, apesar de ter uma longa participação, está longe de ser um regime de todos. Conforme Nay (2007), Platão dizia que a democracia era o regime dos miseráveis contra as classes afortunadas, sendo por isso incapaz de manter a paz e a justiça na cidade.[33]

Como se vê, Platão foi um ferrenho crítico da amplitude da participação democrática, entendendo ser esta primazia dos especialistas. Considerava e o sorteio e o modo de seleção dos dirigentes o principal erro da constituição democrática, por esta promover a incompetência e a aparência enganosa da igualdade, ao submeter a política à apreciação cega de uma massa de cidadãos despreparados.

A analogia das profissões acima apresentada demonstra o caráter excluidor de Platão em relação à ampliação política construída na democracia ateniense. Para ele, tomar decisões políticas – deliberações estas de interesse do estado – requereria reflexão e competência na matéria, sendo criada para tal mister a figura dos guardiães.

---

[31] PLATÃO. **A república**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 275-276.

[32] Nay (2007) afirma que a crítica mais severa a Platão é dirigida por Karl Popper em sua obra *A sociedade aberta e seus inimigos*, de 1945.

[33] NAY, Olivier. **História das idéias políticas**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 45.

Pressupondo que tal asserção esteja certa, como contrapô-la então para que se defenda a democracia e, por conseguinte, a participação democrática? A resposta é dada por Jonathan Wolff (2004), que afirma o seguinte:

> Alguns críticos disseram que devemos ter muito cuidado com a afirmação de que poderia haver governantes especializados que possuiriam um nível especial de conhecimentos. Afinal de contas, observa-se frequentemente, ninguém pode estar absolutamente certo de coisa alguma. Praticamente todas as afirmações de conhecimento — seja ele político, científico ou filosófico — são falíveis. E, assim, se entregarmos as decisões sobre qualquer assunto nas mãos dos chamados especialistas, estamos a iludir-nos relativamente às suas capacidades.[34]

A analogia das profissões é vaga ao combater a democracia, mesmo sendo a que ainda engatinhava em Atenas, pois os próprios guardiões também poderiam ser factíveis à corrupção. Ademais, o conhecimento na arte de governar poderia ser adquirido, não sendo tal atributo único e exclusivo de pessoas de determinada classe.

E aqui se discorda do pensamento de Platão, pois, ao retirar de um grande número de pessoas a possibilidade de decidir os destinos da coisa pública, faz-se desaparecer dois valores inerentes à democracia até ali construída: a liberdade e a igualdade. Segundo Wolf (2004), "[...] a liberdade, tal como é entendida neste caso, prende-se com a possibilidade de as pessoas terem uma palavra a dizer na tomada de decisões políticas, em especial, relativamente a decisões que as afectam. A igualdade reside nesta liberdade ser concedida a todos".[35]

O seu preconceito contra a democracia, corroborado a ideia de que o anseio de liberdade, cada vez maior, levaria os homens à desobediência de regras e leis, desobrigando-os também do exercício político. Na verdade, tal fato retrata apenas a sua crítica às manobras políticas que testemunhara pessoalmente, não permitindo igualar a democracia à anarquia ou equipará-la à tirania, sendo esta a forma mais espúria de governo.

A condenação de Sócrates à morte foi o principal fato que provocou Platão a questionar os fundamentos da democracia grega, bem como seus valores correspondentes, incitando-lhe buscar outras formas de pensar as questões da *polis*, como a justiça.

Sua teoria sobre a democracia é importante para os fins do presente trabalho, justamente por ser a primeira grande proposição contrária à ideia da participação democrática. Porém, não se pode levá-la em consideração se se comparar a situação da Grécia clássica com os dias atuais.

---

[34] WOLFF, Jonathan. Platão contra a democracia [retirado de Introdução à Filosofia Política]. Tradução de Maria de Fátima St. Aubyn. **Revista Crítica de Filosofia**, ago. 2004. Disponível em: <http://criticanarede.com/fa_15excerto.html>. Acesso em 23 ago. 2011.

[35] *Ibid*., *loc. cit.*

A participação popular, quer exercida diretamente, quer através de instrumentos para fins de formação da vontade pública, deve ser ampliada, não se justificando, atualmente, a teoria de Platão, que tenta desqualificá-la, pois os males da política e, por consequência da sociedade, não podem ser atribuídos ao aumento ou delegação de poder às pessoas desprovidas de conhecimento, pessoas estas que não poderiam, segundo ele, perseguir os valores do bem, da justiça, nem muito menos a manutenção da estabilidade social.

Já em Aristóteles (384-322 a. C.), filósofo nascido em Estagiros, cidade da Trácia fundada por colonos gregos no lugar onde hoje se situa Stavro, na costa setentrional do mar Egeu,[36] encontra-se o autor que melhor tratou sobre o tema dos regimes políticos e da democracia ateniense. Em seu livro *Política*, ele fala a respeito dos regimes de governo e das instituições políticas mais compatíveis com as diversas sociedades políticas existentes à sua época. Foge da técnica de Platão, que recorria às alegorias e à poesia para colocar suas ideias principiológicas de forma adequada ao pensamento filosófico racional, criticando duramente o idealismo platônico por ser este muito distante das realidades humanas.

É inerente à sua teoria o conceito de Estado, definindo-o como uma sociedade que contém em si todas as outras formações sociais, e que se propõe a maior vantagem possível, pois ele existe para que as pessoas vivam bem juntas, consistindo sua constituição política (*politeia*) na ordem dos cidadãos que o compõem.[37]

Ressalte-se que sua concepção de cidade é organicista, ou seja, é "[...] apresentada como uma ordem social espontânea, que funciona à maneira de um organismo vivo".[38] É fundamental tal proposição para entender seu pensamento, pois todos os agrupamentos que formam um Estado têm interesse em conservá-lo, não tendo o homem em si existência própria e só sendo realmente humano no seio da sociedade, já que o convívio comunitário faz parte de sua natureza.

É a *polis* não só um lugar da vida material, mas também da vida moral, pois é em comunidade que o ser humano procura o seu bem viver. Dessa forma, a vida política é inseparável da vida ética. A "vida boa" requer sabedoria na sua prática e sabedoria no conhecimento, juntando-se a excelência política à excelência ética, correspondendo assim aos fins da existência humana.

---

[36] ARISTÓTELES. **Política**. Traduzido por Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

[37] Segundo Aristóteles (2010, p. 12) em *Política*: "Como sabemos, todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, seu princípio, assim como de toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem. Todas as sociedades, portanto, têm como meta alguma vantagem, e aquela que é a principal e contém em si todas as outras se propõe a maior vantagem possível. Chamamo-la Estado ou sociedade política".

[38] NAY, Olivier. **História das idéias políticas**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 49.

Após suas considerações a respeito do significado de Estado, Aristóteles (2010) passa a classificar as diversas formas de governo, ou seja, a analisar os elementos que compõem o poder supremo do Estado, partindo dos seguintes questionamentos: "[...] há apenas uma forma de governo ou várias? Se houver várias, quantas e quais são? Quais são as diferenças entre elas?".

É importante destacar que o filósofo estagirita concebe todos os regimes, *a priori*, como sendo justos, desde que uns ou outros busquem senão a felicidade geral. O melhor regime depende da natureza ou índole das pessoas que compõem o Estado. Mas, independentemente de qual seja o melhor regime de governo, se nas mãos de um só (monarquia), de alguns (aristocracia) ou de muitos (república), entende o estagirita que o governo justo é o que busca a felicidade de todos que compõem aquele Estado. Tal fato dependeria assim da virtude dos dirigentes.

Aristóteles afirmou que, quando os governantes buscam satisfazer os interesses pessoais em detrimento do interesse público, ocorrem as constituições degradadas, acarretando as formas degeneradas de governo: tirania (de um), oligarquia (de alguns) e democracia (de muitos), tendo todos os defeitos de não ter nenhuma consideração pela utilidade comum.

A democracia é considerada uma forma degenerada de governo para Aristóteles. Justificativa-se por ser ela um regime em que os homens livres e pobres, formando a maioria, permanecem ociosos, não os retendo em casa a preocupação com seus próprios negócios, formando uma massa que se sobressai nas assembleias.

Já os ricos, pelo contrário, não assistem às assembléias, nem se preocupam com o papel do juiz, dando oportunidade para que os demagogos predominem e, com eles, suas vontades, afirmando que: "De qualquer modo, o povo, tendo sacudido o jugo da lei, quer governar só e se torna déspota. Seu governo não difere em nada da tirania".[39]

Aristóteles entende a política como um desdobramento natural da ética, compondo ambas o que chamava de filosofia prática. Para ele, se a ética está preocupada com a felicidade individual do homem, a política se preocupa com a felicidade coletiva da *polis*.

Entende que, para ser um cidadão virtuoso, ético, é preciso saber comandar e ser obediente. Um governante virtuoso é aquele que bem manda e que bem obedece. Ora, é claro que numa democracia são exigidos muito mais homens virtuosos, que saibam comandar e

[39] ARISTÓTELES. **Política**. Traduzido por Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 87.

obedecer, do que em uma monarquia ou uma aristocracia. Por isso, para ele, maiores são as chances do desvirtuamento da democracia por conta de tal descompasso numérico.

Aristóteles tinha insatisfação também com a democracia, especialmente por conta do princípio da igualdade. Para ele a justiça se faz no momento em que seja observada a equidade, ou seja, a igualdade entre iguais e a desigualdade entre os desiguais.[40]

A democracia, no entanto, igualaria os indivíduos no sentido de isonomia, uma igualdade absoluta, o que, para ele, conforme Miranda, "[...] é algo contra a natureza, já que alguns homens pendem naturalmente para a liberdade, para serem senhores de si, e outros tendem naturalmente para serem escravos".[41]

Para ele, somente o cidadão livre das necessidades do labor e com tempo bastante para dedicação à política é que seria tido como cidadão virtuoso, pois "[...] esta virtude não se encontra em toda parte; ela supõe um homem não apenas livre, mas cuja existência não o faça precisar dedicar-se aos trabalhos servis".[42]

Com certeza, tal ressalva de Aristóteles com a democracia ateniense exprime a decadência presenciada por ele deste regime na própria Atenas. O filósofo estagirita viveu e escreveu em plena metade do século IV a. C., quando a cidade-estado, arrasada pela segunda guerra do Peloponeso, entra em decadência política. Ele observou de perto todos os males políticos sofridos pelo Estado perdedor decorrentes de uma guerra.

Como já falado, Aristóteles tinha preocupação com a lei e sua obediência. Mas, apesar de sua crítica à democracia, a liberdade do regime democrático de se submeter apenas às leis é utilizada por ele como a grande contribuição que tal regime de governo pode dar à sua República. Isso ocorreria desde que conjugada tal liberdade com a riqueza dos cidadãos e ocupantes dos cargos públicos presumida na oligarquia.

Mas, da mesma forma que Platão, Aristóteles vê com preconceito a questão da ampliação da participação trazida com democracia, pois discriminava, além daqueles já excluídos por Platão, os pobres trabalhadores, já que seria a democracia apenas, em regra, de utilidade para os pobres, caso estes passassem a administrar através de decretos, isso legitimaria, inclusive, a escravidão.[43]

---

[40] "A igualdade parece ser a base do direito, e o é efetivamente, mas unicamente para os iguais e não para todos. A desigualdade também o é, mas apenas para os desiguais". (ARISTÓTELES. **Política**. Traduzido por Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 111).

[41] *Ibid*., p. 17.

[42] *Ibid*., p. 34.

[43] "Assim, em toda parte onde se observa a mesma distância que há entre a alma e o corpo, entre o homem e o animal, existem as mesmas relações; isto é, todos os que não têm nada melhor para nos oferecer do que o uso de seus corpos e de seus membros são condenados pela natureza à escravidão. Para eles, é melhor servirem do que serem entregues a si mesmos". (ARISTÓTELES, 2010, p. 15).

Ponto importante para os fins deste trabalho é que ele formula conceitos até hoje usados, como o de cidadão. Já mencionava Aristóteles que "[...] aquele que tem o poder de tomar parte na administração deliberativa ou judicial de alguma Cidade, dizemos que é cidadão daquela Cidade".[44]

Democracia sem participação do cidadão no processo de tomada de decisões públicas não é democracia, ou seja, o exercício democrático da cidadania é inerente à participação ativa do cidadão no espaço público, sob pena de que sua inexistência (participação) a transforme em mera retórica.

Contudo, mesmo considerando as críticas que a democracia ateniense tenha sofrido na época, em especial por Platão e Aristóteles, e do debate atual e constante sobre se aquele regime de governo ateniense era mesmo uma democracia, a Grécia antiga deixou um legado muito importante para a história política ocidental.

Alguns institutos àquela época criados – como a noção de cidadania, de participação democrática, a igualdade de direitos e deveres entre os cidadãos, mesmo que não uniforme entre os indivíduos – e a liberdade para agir conforme as leis desenvolveram os sustentáculos da história política ocidental praticada desde então até os dias atuais. Assim foi iniciada a construção da tradição democrática com a instituição de três direitos fundamentais que mostravam o significado de cidadão: a igualdade, a liberdade e a participação no poder através da democracia direta.[45]

Porém, deve ser considerado, caso sejam feitos paralelos entre aquele modelo de democracia e os modelos contemporâneos, que o ideal e atual modelo democrático é influenciado pelas discussões políticas dos intelectuais que defenderam as ideias iluministas no século XVIII.

O que se deve ter como positivo é que o modelo de participação democrática da sociedade, por mais discriminatório que fosse, foi um marco, e seu conteúdo deve ser entendido como um mínimo a ser atribuído ao indivíduo em determinado momento histórico, não se concebendo que a elaboração de novas possibilidades pela sociedade provoque modificações intempestivas, acarretando a diminuição daquele conteúdo mínimo citado.

E tal conteúdo nada mais é do que o poder que o cidadão tem de influenciar as decisões emanadas pelo Estado, pois é inerente à essência da democracia que tal participação ocorra de forma ativa, deslocando cada vez mais o poder antes centralizado em poucos para

---

[44] ARISTÓTELES. **Política**. Traduzido por Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 115.

[45] CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2010. p. 504.

os seus reais detentores, aumentando assim o maior número possível de atores sociais na formação da vontade pública.

Por fim, deve-se concluir que o legado ateniense foi valoroso não só por instituir aqueles três importantes direitos fundamentais (a igualdade, a liberdade e a participação no poder), mas, conforme Chaui, abriu caminho para se criar, ampliar e exigir socialmente tais direitos, em tempos futuros, através da práxis humana.[46]

1.3 Democracia e liberalismo

Bastante importante para as aspirações desta dissertação é o contextualização do que seja democracia liberal e a análise dos dois institutos, democracia e liberalismo, que serviram como ponto de partida para se conceber nosso entendimento final sobre participação democrática, especialmente pelo fato de que este foi sendo adequado e reorganizado a cada momento histórico, servindo muitas vezes aos interesses de quem o requalificava.

Por liberalismo, sendo aqui sinônimo de capitalismo, deve-se entender "[...] um sistema econômico caracterizado pela propriedade privada dos meios de produção, a livre iniciativa e a concorrência",[47] pressupondo também "[...] a liberdade econômica, ou seja, a ausência de intervenção governamental direta na vida econômica".[48] Ou seja, é um sistema político-econômico fundamentado na defesa da liberdade individual, primordialmente nos campos econômico, político e intelectual, pregando uma diminuição da ingerência do Estado tanto no campo da economia como no campo político.

Poder-se-ía fazer, também, um paralelo entre democracia e o modelo socialista, porém se evitou fazê-lo por vários motivos, dentre eles a necessidade de se estabelecer um corte epistemológico, principalmente porque o objeto principal deste trabalho é a análise da participação democrática em processos administrativos no Brasil, país onde se pratica uma economia eminentemente liberal, apesar de o texto constitucional conter vários dispositivos de índole socialista.

Ressalte-se que não se deixou de estudar o paralelo entre democracia e socialismo. A obra de Kelsen "*A democracia*" (2000), consultada para o presente estudo, faz uma análise suficiente para se chegar à conclusão de que a afirmação de Marx – a qual asseverava ser a democracia a melhor forma de governo apenas possível sob o socialismo – é incompatível

---

[46] CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2010. p. 504.
[47] KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 253.
[48] *Ibid*., *loc. cit.*

com a ideia de que a democracia seria um regime político de governo da maioria para a minoria.

Segundo Kelsen (2000), Marx faz tal assertiva a partir da aplicação da interpretação econômica à sociedade, segundo a qual os "[...] fenômenos políticos como o Estado e o Direito são apenas a superestrutura estabelecida acima da realidade econômica constituída pelas relações de produção – o princípio da primazia econômica sobre o político".[49]

Este pensamento de Kelsen também foi compartilhado por Paulo Bonavides (2008a), que afirmou que no "[...] socialismo científico, as ideias filosóficas passaram a reputar-se parte da superestrutura ideológica da sociedade de classes".[50] Para Bonavides o socialismo rebaixara a democracia, desvalorizando-a como forma de governo na sociedade burguesa, tornando-a uma mera ideologia.[51]

Sobre a dúvida de que modo de produção seria o mais favorecido pela democracia – se o capitalismo ou o socialismo –, Kelsen (2000) revela que tal incerteza só poderia ser respondida com base na experiência histórica. Para ele, "[...] nossa experiência concreta não é suficiente para dar uma resposta cientificamente fundamentada".[52]

Quanto ao modelo liberal, capitalista, ainda pairam muitos questionamentos que, àquela época, já admoestavam o mestre de Viena, especialmente sobre se a democracia seria o regime político mais favorável a eles.

Mas, sobre o modelo socialista praticado no século passado e no atual, ainda em vigência, como em Cuba, por exemplo, estes não podem ser tidos como democráticos, pois a exclusão de ideias e a opressão na participação política de boa parte dos indivíduos são latentes e saltam aos olhos mesmo daqueles mais otimistas em relação ao socialismo.

Registre-se que aqui não está se fazendo uma opção pelo liberalismo em detrimento do socialismo, porém, como já citado, a pesquisa vislumbra um contexto atual, e ele está inserido num modelo liberal previsto na Carta Magna brasileira em diversos dispositivos, com destaque na parte final do inciso IV, do art. 1º (livre iniciativa, como fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito) e art. 170, incisos II, IV e VIII (propriedade privada, livre concorrência e busca do pleno emprego, respectivamente).

---

[49] KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 255.
[50] BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e constituição**: a democracia, o federalismo e a crise contemporânea. São Paulo: Malheiros Editores, 2008a. p. 180-183.
[51] *Ibid*., p. 181.
[52] KELSEN, 2000, p. 254.

Necessária também à contextualização e a uma conceituação proposta ao final é a realização de detalhamento histórico, o qual fundamente as assertivas futuras apresentadas, em especial alguns momentos fundamentais à formação do Estado liberal e democrático.

A ascensão da burguesia trouxe os princípios da democracia ao Estado Moderno, após a queda da Bastilha, em 14 de julho de 1789, iniciando-se a democracia liberal ou burguesa no final do século XVIII, a partir da França e depois por toda a Europa.

Aqui se deve lembrar, conforme Chauí (2010), que os combates ao autoritarismo e à opressão eram lutas a favor da liberdade e da democracia, sendo uma luta do bem contra o mal, e o bem era a democracia.[53]

Frise-se que a revolução francesa nasce das contradições entre a estrutura do antigo regime monárquico e o movimento popular, o qual, para promover a revolução, necessitou das massas que laboravam nos campos, tendo por únicas qualidades a fome e a pobreza. Sendo vitoriosa a revolução, essa população foi abandonada. O que ocorreu, na verdade, foi uma transferência do poder político efetivo dos proprietários de terra e camponeses para os donos das propriedades industriais e comerciais.

Os pilares da revolução francesa seriam a garantia dos direitos de igualdade, de liberdade e de propriedade frente ao Estado, sendo os dois primeiros direitos inter-relacionados e subordinados ao último.

Ou seja, o burguês liberal clássico pregava que a propriedade era um direito seu natural, inalienável e inviolável, servindo a liberdade e a igualdade somente aos fins pretendidos pelo proprietário e restando aos cidadãos não proprietários apenas uma proteção de bens, como a própria vida, ou seja, uma cidadania mitigada.

Em momento anterior, não muito distante da Revolução Francesa, a burguesia liberal também se revelou politicamente na Inglaterra. Tal processo ocorreu inicialmente a partir da Revolução Puritana de 1640. Esta representou a primeira manifestação de crise da época moderna e pode ser considerada como a primeira revolução burguesa da história europeia, culminando com a Revolução Gloriosa, de 1688. Tais movimentos revolucionários promoveram as condições imprescindíveis à Revolução Industrial do século XVIII.

A cidadania plena na França pós-revolução era um atributo dos proprietários (lojistas, oficiais e donos de terras). Estes foram os reais vencedores daquele levante, criando uma política e ideologia liberal para a manutenção de tal *status*.

---

[53] CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2010. p. 502.

Na verdade, tal doutrina foi criada com assentimento, consciente ou não, da maioria, pois àquele momento o que beneficiava esta classe social desprovida de patrimônio material era uma proteção primordial de suas vidas, direito este bem volátil em épocas de monarquias absolutas.

Aproveitando-se de tal fragilidade, os filósofos liberais situaram a democracia liberal no seio das relações de capital de trabalho, de produção e, especialmente, de participação política, pois quem não era proprietário, apesar de uma igualdade legalmente garantida, tinha restrições à participação nos processos democráticos.

Efetivamente, quem não tinha posses, quem não era proprietário, não era cidadão, mesmo que os preceitos legais de isonomia o indicassem como tal. Como consequência, estabelecia-se uma restrição clara de seus direitos participativos. Com a democracia liberal, a extensão da participação política se amplia proporcionalmente ao aumento do capital, expandindo-se o poder de decisão para aqueles detentores deste que seria a classe econômica burguesa.

Desta forma, e preliminarmente asseverando, acredita-se ser errôneo atribuir à burguesia a conquista da democracia, pois esta foi produto de lutas históricas das massas populares, primeiro contra a aristocracia grega, depois contra a monarquia absoluta e, em processo contínuo, contra o capital, já que, do mesmo modo como visto na Grécia clássica, o gargalo da democracia plena sempre passa por um limitador e em tempos modernos este seria o capital.

A antiga realidade econômica fora substituída por uma nova, caracterizada pela divisão entre os donos dos meios de produção e os donos da força de trabalho, não sendo diferente da Grécia clássica, que mantinha a escravidão como modelo econômico de produção. A exclusão política grega se fazia agora sob outro manto, e a democracia, mais uma vez, era privilégio de poucos.

É bom destacar que o pensamento liberal democrático também foi influenciado por intelectuais anteriores à revolução francesa, dos quais se destaca John Locke como representante de tal tradição liberal.

Segundo David Held (2006), em seu *Models of Democracy*, Locke é o representante do modelo denominado *protective democracy*, cuja justificação se dá mediante assertiva por meio da qual o cidadão exige do Estado proteção, bem como de todos os outros indivíduos, exigindo daqueles que governam políticas favoráveis a todos.[54]

---

[54] HELD, D. **Models of democracy**. Cambridge: Polity Press, 2006. p. 70.

Held (2006) afirma ainda que Locke pensou o governo como instrumento que poderia e deveria ser usado para a defesa da vida, liberdade e propriedade de seus cidadãos e ainda que "[...] that is, gonvernment *raison d'être* is the protection of individual rigths as laid down by God's will and as enshined in law",[55] ou seja, a razão de ser do governo deve ser a proteção dos direitos dos indivíduos concedida por Deus, em especial a propriedade.

Ressalte-se que o entendimento de Locke sobre a propriedade é que esta se referia não só à propriedade como bem material, mas também se incluía em tal entendimento que a vida e a liberdade também as compunham.[56] Desta forma, o Estado nascia para Locke, conforme Bobbio, com uma finalidade fundamental, qual seja, a de fazer com que os indivíduos conservassem seus próprios direitos naturais.[57]

Para Locke o homem nasceu sob o "estado natural" ou "de natureza": não existia poder comum ou lei estabelecida, exceto a lei natural, que é a razão humana.[58] Toda teoria de Locke é desenvolvida para justificar a propriedade a partir de tal estado. Ao passar de tal estado para o estado de sociedade, não haveria modificação da proteção do patrimônio, mesmo que se cedesse parte daquele poder originário.

Tais são as contribuições principais do pensamento de Locke para o liberalismo: a ideia de indivíduo livre, sem convivência em sociedade e sem conhecimentos políticos, apto para unir-se a outros em um pacto, que definiria um poder superior e comum, respeitado por todos a partir da razão humana. A vontade da maioria determinaria esse poder, o qual seria o Poder Legislativo, com objetivo de preservar para cada membro suas liberdade e propriedade.

Essa ideia também já fora exposta pelo grande escritor liberal James Harrington, tido por Bobbio como o mais importante escritor do século XVII após Hobbes e Locke. James Harrington afirmava que o poder segue a natureza da propriedade, observando que uma distinção intrínseca das formas de governo é somente a que se baseia nas diversas formas da divisão de terras.[59]

Ou seja, para Harrington, de acordo com Bobbio, havendo modificação do regime econômico, deve haver modificação do regime político, sob pena de a corrupção ser instalada. Essa perspectiva é similar a de Aristóteles sobre degeneração das formas de governo,

---

[55] HELD, D. **Models of democracy**. Cambridge: Polity Press, 2006. p. 62.
[56] LOCKE, J. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 495.
[57] BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fair. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 61.
[58] LOCKE, 1998, p. 384.
[59] *Ibid*., p. 61.

ocorrendo esta quando o regime político arcaico sobrevive a uma situação econômica modificada.[60]

Mas quem era essa maioria em Locke e Harrington? Dúvidas não há, pois claro é que somente os detentores de propriedades é que teriam tal poder, sendo transmitido a todos que os sucedessem.

Repetem-se, em tal momento histórico, algumas características encontradas na excludente democracia ateniense, limitadoras da atribuição de cidadania, porém com outra particularidade. Quem não é proprietário não é cidadão de forma efetiva, já que, embora os preceitos legais de igualdade o indicassem como tal, esse indivíduo não teria os mesmos direitos participativos daqueles detentores da propriedade e em um momento posterior do capital.

A partir de tal premissa, pode-se então falar de uma democracia liberal? Se se entender democracia como governo realizado pelo povo diretamente, sem exclusão de classes sociais, a resposta é negativa, principalmente pelo fato de que o liberalismo ter levado à restrição ainda maior da participação massiva da sociedade ao criar o sistema representativo de poder.

Ora, o modelo político liberal tinha como premissa a concepção de liberdade negativa dos cidadãos, caracterizada por direitos individuais que cada cidadão dispunha para protegê-lo das incursões ilegais do Estado e de outros cidadãos. A isso se limitavam os direitos políticos em tal período, pois tais direitos se limitavam àqueles que visavam exclusivamente à proteção de interesses particulares.

Assim, a representatividade democrática liberal nasce a partir de tal premissa, ou seja, da defesa de interesses pessoais. Isso originou as formações parlamentares, a escolha dos representantes através do voto, bem como a composição interessada de governos. Os supracitados interesses se voltam para a defesa de interesses privados, formando uma vontade política com forte influência sobre o agir governamental.

A doutrina trazida por Shumpeter (1961) é a que mais identifica tal modelo de democracia, pois este, ao inverter a prioridade de decisão do povo no ato de participar, conclui que o principal objetivo deste é "[...] formar um governo, ou corpo intermediário, que, por seu turno, formará o executivo nacional".[61]

---

[60] LOCKE, J. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 51.

[61] SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. p. 321.

A democracia com Shumpeter (1961) sai do campo da participação direta para se tornar "[...] um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor",[62] sendo um defensor da Teoria Elitista da Democracia: sistema de competição entre elites que disputam o voto popular com o objetivo de exercer o poder.[63]

Shumpeter (1961) parte da crítica à democracia clássica grega e à concepção de democracia pregada por Rousseau, a qual se articulava em torno do protagonismo central do povo, concebido como soberano e capaz de produzir uma vontade coletiva e, assim, ancorada na noção de soberania popular do governo do povo, para o povo e pelo povo.[64]

A democracia, para Schumpeter (1961), seria caracterizada pela coexistência de várias elites que concorrem entre si pelo consentimento e condução das massas, não sendo o método democrático nada mais do que um arranjo institucional para se chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decisão por meio de uma competição pelo voto do povo.

A redução da representatividade e participação democrática para Schumpeter são claras, pois somente as elites é quem seriam as portadoras de racionalidade política e assim os únicos entes capazes de tomar decisões políticas, limitando a participação dos indivíduos exclusivamente ao exercício do voto.

A democracia para ele seria apenas um método de estabilização onde os que pudessem votar escolheriam os mais competentes para governá-los, pois:

> Em primeiro lugar, de acordo com o ponto-de-vista que adotamos a democracia não significa nem pode significar que o povo realmente governa em qualquer dos sentidos tradicionais das palavras *povo* e *governo.* A democracia significa apenas que o povo tem oportunidade de aceitar ou recusar aqueles que o governarão. Mas, uma vez que deve decidir isso de maneira inteiramente não-democrática, devemos limitar nossa definição, acrescentando-lhe um outro critério para identificação do método democrático, isto é, a concorrência livre entre possíveis líderes pelo voto do eleitorado. Um dos aspectos dessa definição pode ser expressado se dizemos que a democracia é o governo dos políticos. [65]

Chaui diz que o "modelo democrático" de Schumpeter e seus sucessores é conhecido "[...] a partir do momento que o critério da democracia passa a ser dado pela

---

[62] CHAUI, Marilena. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. São Paulo: Cortez, 2011. p. 145.
[63] COSTA, Homero de Oliveira. Democracia e participação na teoria pluralista. **Cronos**, Natal, v. 8, n. 1, p.215-228, jan./jun. 2007. p. 217.
[64] *Ibid*., *loc. cit.*
[65] SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. p. 339.

relação entre o Estado, como sócio e interventor econômico, e a economia oligopólica",[66] sendo mais importante o voto a ser obtido pela competição entre as elites do que a participação popular propriamente dita.

A democracia de Schumpeter, na verdade, deve ser entendida como uma democracia representativa, que tem como característica uma adequação aos fins do liberalismo, pois implica em participação restrita do povo nas decisões políticas, porém cria um imaginário no povo ao ser tido, também, como um instrumento limitador do avanço da classe dominante por intermédio da escolha de representantes populares, mesmo que isso aconteça somente a partir de uma vontade massiva dos legitimados a votar.

Em verdade, Shumpeter (1961) cria seu modelo de democracia a partir da crítica ao ideal de soberania popular, pois a doutrina clássica entendia a democracia como um método de se chegar a decisões políticas que atendessem a um bem comum, sendo este fixado pela vontade popular. A sua crítica residia justamente na análise sobre a capacidade de o povo poder gerar uma vontade autônoma, racional e que traduzisse um bem realmente comum a todos.[67]

Ampliando a teoria elitista de Schumpeter, temos no século XX Robet Dahl, o qual busca, naquela teoria, suas referências fundamentais, formulando a primeira síntese de sua teoria, propondo o que chamou de uma teoria pluralista da democracia, entendendo-a como a mais adequada às sociedades hodiernas.

Para Dahl (1996) o cerne de sua teoria gira em torno da asserção de que os recursos que contribuem para o poder estão distribuídos entre diferentes grupos. Tal poder seria compartilhado entre grupos governamentais e interesses externos que exercem pressão sobre eles. Seu viés é político, abordando de forma detalhada uma descrição "[...] dos processos de decisão e de análise das influências individuais de grupos e/ou organizações sobre os processos políticos".[68]

Na sua obra *Prefácio à teoria democrática*,[69] Dahl (1996) trouxe os conceitos iniciais do que chamou de poliarquia. Esse termo significava governo de muitos, correspondendo a um tipo moderno de governo democrático dotado de caráter inclusivo e aberto à contestação pública, aplicável a Estados com sociedades pluralistas, tendo como

---

[66] CHAUI, Marilena. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. São Paulo: Cortez, 2011. p. 145.

[67] BARRETO, LEONARDO. **Quanto de quê**?: o debate teórico e os estudos de democratização. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10482/6607/>. Acesso em: 18 nov. 2011.

[68] COSTA, Homero de Oliveira. Democracia e participação na teoria pluralista. **Cronos**, Natal, v. 8, n. 1, p.215-228, jan./jun. 2007. p. 220.

[69] DAHL, Robert. **Prefácio à teoria democrática**. Rio de Janeiro: Zahar, l996.

pressuposto a capilaridade na dispersão do poder, bem como a presença de cidadãos e instituições com interesses distintos.[70]

A Poliarquia de Dahl seria um tipo, uma variante da democracia, em que, a partir de um aumento ao nível máximo da representatividade das decisões políticas, haveria a plena realização dos princípios democráticos.

Isso se daria a partir de um aumento da participação dos indivíduos ou instituições nas questões políticas, formando-se uma cidadania inclusiva, principalmente pelo fato de que, em tal regime político, haveria certa autonomia daqueles em relação aos detentores do poder e, também, a inexistência de coerção por parte deste último.

Porém, exarando o mesmo pensamento de Schumpeter, Dahl (1996) afirmava que, em tal tipo de sociedade, só poderia haver democracia representativa, afastando-se, de forma categórica, a possibilidade de democracia direta.

Ressalvando-se a ideia do pluralismo, a visão democrática de Dahl também é excludente da participação do homem comum. Isso fala Pateman (1992) ao tratar dos perigos de tal participação relatados por Dahl:

> A atividade política constitui um pré-requisito da poliarquia, mas o relacionamento é algo extremamente complexo diante dela. Os grupos de condições sócio-econômicas baixa apresentam o menor índice de atividade política e também relevam com maior freqüência as personalidades "autoritárias". Assim sendo, na medida em que o aumento da atividade política traz esse grupo à arena política, o consenso a respeito das normas pode declinar, declinando, por conseguinte, a poliarquia. Um aumento da taxa de participação, portanto, poderia representar um perigo para a estabilidade do sistema democrático.[71]

Dahl só achava vantajosa a democracia direta para Estados com populações pequenas, sendo um dilema para ele a questão da participação do cidadão *versus* a eficácia do sistema. Seu pensamento se voltava para a possibilidade de resolução dos problemas de maior importância para os cidadãos, tendo ampla vantagem para ele, num Estado de grande escala populacional, o sistema representativo a través da democracia de assembleia:

> Quanto menor a unidade democrática, maior seu potencial para a participação do cidadão e menor a necessidade de que os cidadãos deleguem as decisões do governo a representantes. Quanto maior a unidade, maior sua capacidade para tratar de problemas importantes para seus cidadãos e maior a necessidade dos cidadãos delegarem as decisões a representantes.[72]

---

[70] DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. São Paulo: Edusp, 1997. p. 31.
[71] PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 20.
[72] DAHL, Robert. **Sobre democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001. p. 125.

Pode-se afirmar, então, diante do pensamento dos autores liberais acima explanados, que há uma contraditória positividade na democracia representativa, qual seja, a de limitar o poder do povo. Entretanto, ela mesma concede a possibilidade de superação de tal limitação através do sufrágio universal.

Concluindo, pode-se então falar de uma democracia liberal? Para nós não. O liberalismo usurpou os ideais democráticos e os instrumentos destes, como o sufrágio, para criar um sistema de fundamentos que legitimasse a preservação da propriedade privada e depois servisse como instrumento de manutenção no poder, garantindo posições privilegiadas nas decisões políticas que, não poucas vezes, eram indicativas de exploração econômica, indo bem além daquela proposição inicial de proteção da propriedade.

A participação democrática no liberalismo não vai além da simples manifestação do voto, não havendo, dentro de sua lógica capitalista, permissão para a igualdade social material, pois esta democracia legitima a ordem capitalista, tida por exploradora das massas.

Pelo que se pode compreender, enquanto o liberalismo se concentra em limitar o poder do Estado e, ao mesmo tempo, entregar este poder para as mãos de poucos, a democracia preocupa-se em distribuí-lo, não sendo uma relação necessariamente existente, pois, conforme Bobbio (2005), "[...] um Estado liberal não é necessariamente democrático: ao contrário, realiza-se historicamente em sociedades nas quais a participação no governo é bastante restrita, limitada às classes possuidoras".[73]

Pelo até aqui exposto, concluímos que o liberalismo buscou na democracia a justificação para a manutenção e a perpetuação do poder das classes dominantes através do simples exercício do voto, e só isso. A democracia não se resume apenas ao sufrágio popular, pois ela é mais do que a livre eleição dos governantes, como determinam os modelos de Schumpeter e de Dahl.

Conforme Habermas (2004), o pensamento liberal faz restrições à participação popular. Tal fato reflete no entendimento da legitimação e soberania popular, pois, conforme a concepção liberal, "[...] a formação democrática da vontade tem exclusivamente a função de legitimar o exercício do poder político".[74]

Deve a democracia estar acima de tais instrumentos que lhe são próprios e permanecer vinculada ao processo de tomada de decisões políticas que afetam toda a coletividade. Tudo isso, é claro, no interior de um sistema de regras que possibilitem uma real

---

[73] BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Brasiliense, 2005. p. 7.

[74] HABERMAS , Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 281.

e efetiva participação do maior número de indivíduos titulares de direitos, principalmente aqueles atingidos pela escolha.

Aqui se entende a crítica de Saramago à democracia, citada na introdução deste capítulo. A prática liberal revelou-se bastante amarga com aquela democracia pensada pelos clássicos, mesmo que esta fosse excludente de algumas classes sociais, dificultando a captação do seu real sentido ao encerrar uma interpretação historicamente diferente daquela primitivamente pensada.

Conforme Nienkötter (2009), o conceito de democracia é contraditório no capitalismo, pois traz em si limitações à grande maioria, mas faculta à massa populacional a possibilidade de criação de instrumentos que promovam a participação popular:

> Assim, reafirma-se que o conceito de democracia no capitalismo ou de capitalismo democrático encerra uma contradição: as limitações impostas pelo capitalismo se opõem às transformações desejadas pela maioria, mas permitem a criação das condições para que os trabalhadores lutem pela construção de uma sociedade realmente igualitária. A desigualdade social e a falta de liberdade se ocultam sob a capa da igualdade e da liberdade formais.[75]

Contudo, é de se ressalvar, na mesma linha de pensamento de Nienkötter (2009), que há instrumentos em uma democracia tida por liberal que faz mitigar a exclusão inerente a tal forma de controle do poder político.

Um desses instrumentos é o processo, principalmente se for garantido aos interlocutores a possibilidade de manifestação sobre qualquer ato ou fato que venha influenciar uma decisão final.

Entende-se haver incompatibilidades entre o regime político democrático em um Estado estruturado num modelo econômico-liberal, mas o próprio sistema capitalista criou formas de viabilizar um aumento da participação popular, pois a factibilidade de ascensão social, mesmo que tímida, seria uma das janelas de admissão daquela mutação na sociedade.

Tal dicotomia é suavizada em um Estado que, mesmo capitalista ou tímido democraticamente falando, pode facultar aos menos poderosos uma ampliação da participação nas decisões políticas estatais. Isso ocorrerá, caso seja adotado um modelo processual, quer judicial, quer administrativo, no qual seja garantido o contraditório e a ampla defesa aos participantes.

---

[75] NIENKÖTTER, Giselle Christina Corrêa. **A democracia nas escolas públicas estaduais do Paraná: gestão democrática ou democratização da escola?** 2009. 176 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. p. 17. Disponível em: <http://www.ppge.ufpr.br/teses/M09_ nienkotter.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2012.

1.4 A democracia participativa

Pelo até agora exposto, o conceito de democracia como modelo político e os debates a seu respeito foram se transformando ao longo do tempo, caracterizando-se por um processo cujas discussões teóricas são de naturezas diversas.

E assim não foi diferente com a acepção do que se pretende expor sobre o que seja denominado de democracia representativa, pois as concepções de democracia, ora como mera forma, ora como direito substancial,[76] são de fundamental importância para o entendimento de participação democrática, não sendo "[...] um método político, isto é, um certo tipo de arranjo institucional para se chegar a decisões políticas e administrativas".[77]

Quanto à democracia participativa, pode-se atribuir a Rousseau a formatação, por excelência, de sua teoria.[78] Em sua obra *O contrato Social*, Rousseau (2010) traça as características da natureza de um sistema político, o qual entende ser o ideal, em que a participação democrática é o instrumento de maior relevância para o estabelecimento e a manutenção de uma democracia que queira realmente ser participativa.

Conforme Pateman (1992), correspondia o pensamento de Rousseau a uma teoria política que:

> [...] apóia-se na participação individual de cada cidadão no processo político de tomada de decisões, e, em sua teoria, a participação é bem mais do que um complemento protetor de uma série de arranjos institucionais: ela segurando urna inter-relação contínua entre o funcionamento das instituições e as qualidades e atitudes psicológicas dos indivíduos que, interagem dentro delas.[79]

É esse realce, nesse aspecto da participação, e sua colocação no centro de seus pensamentos que constituem, em Rousseau, a contribuição qualificada dos teóricos da democracia participativa para a teoria democrática geral.

Porém, é fundamental para o entendimento das ideias de Rousseau, principalmente quanto à participação, conhecer aspectos do seu sistema político, com o intuito de evitar e até mesmo refutar conjecturas em contrário.

---

[76] SANTOS, Boaventura de S.; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. *In*: SANTOS, B. S. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 43.

[77] SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. p. 242.

[78] PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 35.

[79] *Ibid*., *loc. cit*.

Uma das premissas de seu sistema político seria uma igualdade econômica entre os membros da comunidade, fincada aquela em uma propriedade mínima.[80] Essa igualdade, mesmo que não absoluta, garantida por aquela propriedade, asseguraria aos indivíduos uma "[...] independência em relação ao outro, pois a segurança e a independência que ela confere ao indivíduo constituem a base necessária sobre a qual repousam sua igualdade e sua independência política".[81]

Tal independência, porém, não levava a um processo de isolamento dos indivíduos, pois propugnava Rousseau (2010) que a relação entre aqueles fosse de interdependência para preservar a igualdade e independência adquiridas. Assim, cada cidadão seria impotente para realização de algum objetivo sem a ajuda de outros ou da maioria, ou seja, haveria uma dependência por parte de cada indivíduo em relação à totalidade – esta seria vista como o soberano, sendo a participação independente o "[...] mecanismo pela qual essa interação é reforçada".[82]

Compara-se tal igualdade em Rousseau à homogeneidade social de Heller, citado por Bercovici (2003), condição necessária à formação democrática da unidade política, dependo a sobrevivência da democracia de certo ajuste social, indo além de uma igualdade civil ou de uma igualdade política de caráter jurídico formal.[83]

É interessante destacar que a ideia de participação em Rousseau cria uma lógica que deve orientar a governabilidade dos homens, a qual foi criada por estes próprios, não permitindo que governos individuais se manifestem justamente pela pré-estabelecida independência, não sendo, portanto, viável que uma pessoa vote em assembleia por interesses contrários aos seus ou a de outros.

Rousseau (2010), enaltecendo a vontade geral, ao tratar da reciprocidade necessária no convívio e assunção de compromissos no corpo social, perguntava: "Por que é sempre reta a vontade geral e por que desejam a felicidade de cada um, se não pelo fato de

---

[80] Ideia que se conclui a partir das afirmações de Carole Pateman (1992, p. 36), diante da leitura do seguinte parágrafo da obra de Rousseau (2010, p. 29): "Pode também acontecer que os homens comecem a unir-se antes de nada possuírem, e que, apropriando-se em seguida de um terreno suficiente para todos, o desfrutem em comum ou o dividam entre si, seja em iguais porções, seja segundo as proporções estabelecidas pela soberania. De qualquer modo que se faça tal aquisição, o direito de cada particular sobre sua parte do solo está sempre subordinado ao direito da comunidade sobre o todo, sem o que não haveria solidez no laço social nem força real no exercício da soberania".

[81] PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 36.

[82] *Ibid*., *loc. cit.*

[83] BERCOVICI, Gilberto. **Entre o estado total e o estado social**: atualidade do debate sobre direito, estado e economia na República de Weimar. 2003. Tese (Livre Docência em Direito Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22092009-150501/>. Acesso em: 26 fev. 2012.

não haver quem não se aproprie do termo *cada um* e não pense em si mesmo ao votar por todos?"[84]

A resposta ele mesmo dava e levava em grande apreço a participação, pois era inadmissível a ideia de se trabalhar para outrem se não trabalhasse também para si. Ficava afastada em Rousseau a possibilidade de privilegiar o interesse de grupos, pois o interesse manifestado através do exercício da participação prejudicaria a vontade resultante da manifestação de tais grupos.

Porém, faz a ressalva de que, se houvesse um demasiado número de associações, não desiguais entre si, poderia ser esclarecida a vontade geral, o que não levaria o povo a um equívoco. Um processo de participação pensado para a sociedade como um todo poderia também ser usado no seio das associações para definir a estrutura interna do poder.

Com isso, ou seja, com um número elevado de associações, deve a ideia de participação individual ser reproduzida com os grupos, não podendo nenhum destes vencer ou se beneficiar em detrimento de outro, pois:

> [...] quando uma dessas associações se apresenta tão grande a ponto de sobrepujar todas as outras, não mais tereis por resultado uma soma de pequenas diferenças, porém uma diferença única; deixa de haver então a vontade geral, e a opinião vencedora é só uma opinião particular.[85]

Em Pateman (1992), encontram-se dois pontos importantes para este estudo relativos ao sistema participativo de Rousseau: o primeiro é que a participação acontece na tomada de decisões; o segundo, que a constitui uma forma de proteção dos interesses privados e de assegurar um bom governo.[86]

Quanto ao segundo ponto, nota-se que Rousseau (2010) desenvolve sua teoria visando certa proteção da propriedade privada, porém deve o atuar político do cidadão ser responsável, considerando que existem interesses bem mais abrangentes do que os seus considerados individualmente.

Já quanto ao primeiro ponto, este é fundamental para a esta exposição, porque justamente se quer atribuir um importante papel ao processo que é o de fomentador de motivos, para que a decisão a ser tomada considere tais motivos, mesmo os afastando, embora os analisando no momento da emissão do ato que põe fim àquele procedimento qualificado.

---

[84] ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**. 2. ed. São Paulo: CL Edijur, 2010. p. 36.
[85] *Ibid*., p. 34.
[86] PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 38.

Interessante é a asserção de Pateman (1992) de que Rousseau vislumbrava um caráter educativo da participação, pois o indivíduo é levado a deliberar de acordo com o seu senso de justiça, porém não desconsiderando a possibilidade de demandas não equitativas, aduzindo à participação na tomada de decisões um ensinamento que possibilitaria ao indivíduo aprender a ser um cidadão tanto público quanto privado.[87]

A teoria participativa de Rousseau (2010) leva também a um grande vínculo entre participação e liberdade, já que, a partir da aquisição do estado civil e do exercício do ato de participar das decisões públicas, é levado o indivíduo a uma plena liberdade, inclusive moral: "[...] a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si mesmo, posto que o impulso só do apetite constitui a escravidão, e a obediência à lei a si mesmo prescrita é a liberdade".[88]

Embora Rousseau (2010) entenda que essa liberdade seja forçada, tal noção é fundamental também como elemento de estabilidade social, pois tanto "[...] a sensação de liberdade do indivíduo quanto sua liberdade efetiva aumentam por sua participação na tomada de decisões, porque dá a ele um grau bem real de controle do curso da sua vida",[89] permitindo, também, um controle sobre o meio em que vive.

Pode-se concluir assim que a teoria da participação em Rousseau (2010), a partir da constatação de ela ser também educativa, leva a uma inter-relação entre as atitudes psicológicas dos indivíduos e a estrutura de autoridade das instituições, especialmente pelo fato de que a prática contínua do ato participativo, de forma justa e solidária, leva à estabilidade de toda sociedade.

O caráter educativo da teoria participativa de Rousseau (2010) indica que a participação leva o indivíduo a se desenvolver, transformando-o em cidadão na sua acepção mais ampla, como pessoa que se desenvolve e participa da vida de sua sociedade de forma equilibrada no convívio com outras pessoas.

Embora Rousseau (2010) entendesse que o modelo de democracia direta só seria possível em determinados contextos históricos, em Estados bastante pequenos, não fica afastada nele a ideia de que só existiria realmente democracia se houvesse liberdade na participação direta na formação da vontade pública, inclusive das leis.

Mas tal ideia de participação não seria exclusiva da democracia, pois a soberania consistiria no exercício da vontade geral, do interesse comum. Este é o entendimento de Iris Jordão Lessa (2010) sobre o modelo participativo de Rousseau, ao fazer a seguinte afirmação:

---

[87] PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 39.
[88] ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**. 2. ed. São Paulo: CL Edijur, 2010, p. 26.
[89] PATEMAN, 1992, p. 40.

> Contudo, no pensamento do autor, o exercício da soberania pelo povo, uma das bases do contrato social, deve prevalecer em qualquer forma de governo, ou organização do corpo político que venha se adotar, independentemente da forma de governo estabelecida. Para o mesmo, a soberania é o exercício da vontade geral, ou seja, o interesse comum.[90]

Tal modelo político não se firmou, conforme Santos e Avritzer (2002), por conta da "[...] emergência de formas complexas de administração estatal que levaram à consolidação de burocracias especializadas na maior parte das arenas geridas pelo Estado moderno".[91]

Porém, não podem ser desconsiderados os aspectos da teoria participativa de Rousseau (2010), principalmente seu caráter educativo a partir da participação na tomada de decisões e a ênfase na liberdade do indivíduo, o qual, com sua pratica participativa, leva estabilidade às instituições criadas, integrando o indivíduo ao sistema político a partir de sua participação nas tomadas de decisões.

1.5 A democracia participativa em Paulo Bonavides

Apesar de questionamentos sobre sua teoria, Rousseau (2010) teve muita ascendência sobre vários juristas, dentre eles se sobressai o professor Paulo Bonavides, que, em todas as suas obras, destaca a democracia, elevando-a ao *status* de direito fundamental de quarta geração, além do direito à informação e ao pluralismo, como resposta à globalização da política neoliberal, a qual "[...] caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores".[92] Nota-se a influência de Rousseau (2010) na obra de Bonavides, quando este fala que:

> A originalidade de Rousseau, sua contribuição peculiar, consiste, de maneira precisa, em situar-se histórica e doutrinariamente no meio desses dois pólos – o liberalismo e o marxismo – sobraçando a velha tese dos gregos, bastante remoçada, qual seja, a democracia como ação política, que já se não apresenta fragmentária, mas pertence a todos, não distingue classes e se integra na *volonté générale*,[93]

---

[90] LESSA, Iris Jordão. **Gestão participativa e participação social**: um estudo a partir da Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde (2003 – 2007). Rio de Janeiro: [*s. n.*], 2010.

[91] SANTOS, Boaventura de S.; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. *In*: SANTOS, B. S. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 44.

[92] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 571-572.

[93] *Id*. **Do estado liberal ao estado social.** 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008b. p. 166.

A democracia participativa proposta por Paulo Bonavides, sob essa ótica de contraponto ao neoliberalismo, seria uma guardiã da política do constitucionalismo que ascendeu a partir da segunda metade do século XX, responsável pela expansão dos direitos fundamentais de segunda geração, os quais estão em constante ameaça de supressão pela política neoliberal. Conforme Bonavides (2008c):

> E o é em razão do significativo teor e elevadíssima dose de legitimidade que possui por ser órgão direito da expressão da vontade do povo manifestada com a força e pureza da origem, incontaminada pela intermediação de terceiros. Vontade, portanto, soberana, que afasta a presença e interferência, não raro nociva, do elemento representativo em questões decisivas, nas quais se joga, com freqüência, o destino, a conservação, a sobrevivência, o amparo nacional, agredido e vulnerado em matéria de soberania.[94]

Bonavides estrutura sua teoria sobre a democracia participativa, em grande parte, tratando da crise que assolou a Europa nos anos 1990, a qual teve graves reflexos no Brasil, afirmando, inclusive, que as mudanças constitucionais decorrentes das necessidades de ajustes se igualariam a um golpe de Estado, já que fragilizariam a Carta de 1998, fazendo-a sucumbir frente às imposições neoliberais.

Ao se descaracterizar a ordem constitucional instituída em 1988, estar-se-ía ofendendo o constituinte originário e, o que é pior, com a "[...] cumplicidade do legislativo, com a indiferença das classes sociais, com o alheamento dos partidos, com a complacência da cúpula judiciária cativa às pressões presidenciais".[95]

É de se ressaltar que a teoria da democracia participativa de Bonavides não nasce apenas como contraponto ao neoliberalismo que se expressou mais fortemente nos anos 90 do século anterior. Sua origem e desenvolvimento se dão em toda obra acadêmica de Bonavides, em especial, como ele próprio cita, nos livros *Curso de Direito Constitucional*, *Do País Constitucional ao País Neocolonial* e conclui com a *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*,[96] embora tenha tal tese sido inaugurada na obra de Bonavides *Do Estado Liberal ao Estado Social*, livro que lhe rendeu, nos anos 1950, a cátedra na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

---

[94] BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008c. p. 346.
[95] *Ibid*., p. 345.
[96] BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 7.

A teoria da democracia participativa de Bonavides é uma teoria material da Constituição, entendida esta como uma norma suprema vivida pelos cidadãos e legitimada por estes, e não apenas um mero "pedaço de papel",[97] privilegiando interesses da sociedade.

De acordo com Bonavides (1993), é uma teoria cuja eficácia e aplicabilidade serão determinados por um controle que deve "[...] combinar de uma parte a autoridade e a judicatura dos tribunais constitucionais e, de outra parte, a autoridade da cidadania popular e soberana exercitada em termos decisórios de derradeira instância".[98]

Apesar de ser uma teoria jurídica, vê-se, pela citação anterior, que Bonavides se aproxima muito de Rousseau ao mencionar que tal pensamento deve combinar o exercício da soberania popular com a participação nas decisões finais, decisões estas que são eminentemente políticas.

A participação democrática ora em análise empreende um olhar diferenciado para o Direito Constitucional, diferente daquele Direito Constitucional formalista, o qual professava uma neutralidade normativista desse ramo do Direito. O olhar proposto por Bonavides visa ao fortalecimento e à consolidação de um novo Estado, tido por social, que, ao lado da democracia participativa, são axiomas que devem permanecer invioláveis e invulneráveis.[99]

O Estado Social para Bonavides é aquele redentor das grandes massas através de uma justiça distributiva, em que esse Estado exerce papel fundamental na distribuição das riquezas, fazendo-o de forma mais igualitária e justa possível. É um Estado que emprega meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição de bens sociais, instituindo ele, ainda, "[...] um regime de garantias concretas e objetivas, que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder, vinculada primacialmente com a função e fruição dos direitos fundamentais".[100]

Sobre este Estado Social participativo para a doutrina alemã, o qual só se identifica similaridade com o de Bonavides apenas na parte final, Bobbio (1987) fala que:

> Nestes últimos anos pôs-se a questão de saber se a distinção entre sociedade civil e Estado, que por dois séculos teve curso, teria ainda a sua razão de ser. Afirmou-se que ao processo de emancipação da sociedade do Estado seguiu-se um processo

[97] Expressão popularizada da análise de Ferdinand Lassale sobre os fatores reais de poder em sua obra *O que é uma Constituição*. (LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. p. 30)

[98] BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 25.

[99] *Ibid*., p. 9.

[100] *Ibid*., p. 157.

> inverso de reapropriação da sociedade por parte do Estado, que o Estado, transformando-se de Estado de direito em Estado social (segundo a expressão divulgada sobretudo por juristas e politólogos alemães) e precisamente por ser 'social', mal se distingue da sociedade subjacente que ele invade por inteiro através da regulação das relações econômicas. Observou-se, de outra parte, que a este processo de estatalização da sociedade correspondeu um processo inverso mas não menos significativo de socialização do Estado através do desenvolvimento de várias formas de participação nas opções políticas, do crescimento das organizações de massa que exercem direta ou indiretamente algum poder político, donde a expressão 'Estado social' pode ser entendida não só no sentido de Estado que permeou a sociedade mas também no sentido de Estado permeado pela sociedade.[101]

Temeroso dos efeitos do neoliberalismo, Bonavides, como já citado anteriormente, defende a democracia como direito fundamental de quarta geração, mas enfatiza que a quer de forma efetiva, e não como uma teoria, sendo a falta de prática uma das maiores tragédias que assola os povos do Terceiro Mundo, dentre eles o Brasil. Para isso, tem a práxis democrática papel fundamental nessa luta desigual que o neoliberalismo impõe, pois esta "[...] para vingar diante da ofensiva dos neoliberais precisa de reforma ou renovação dos modelos teóricos".[102]

Dimas Macedo (2010) esclarece que o modelo de democracia participativa de Bonavides seria uma mescla do sistema representativo com o modelo de democracia direta, apontando aquele autor que, mesmo sendo a democracia representativa um forte mecanismo de controle da liberdade humana, estando nas mãos dos detentores do poder no Terceiro Mundo, deve o povo dispor, de imediato, dos instrumentos de controle da efetiva participação.[103]

Porém, não se deve esquecer de que a democracia participativa em Bonavides é uma teoria material da constituição, a qual, ao se incorporar ao Estado Social, translada-se de uma feição programática para a da esfera da positividade com aplicação imediata, pois ao adquirir *status* de direito fundamental de quarta geração, passa a incidir sobre ela toda a força impositiva do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.[104]

Embora, da teoria à pratica, Bonavides veja que a democracia do Estado Social, em sua forma participativa, esteja naufragada, estando por isso ainda caracterizada como direito fundamental de primeira geração ou forma de governo em estado rudimentar, lembra

---

[101] BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política**.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 51.
[102] *Ibid*., p. 10.
[103] MACEDO, Dimas. **Estado de direito e constituição**: o pensamento de Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 144.
[104] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

ele que sua teoria também apresenta o viés de atribuir à democracia uma dimensão objetiva, variando a titularidade axiológica do cidadão para o gênero humano.[105]

Dúvidas não há de que a teoria de Bonavides ganha destaque e legitimidade a partir da crise que viveu e vive o positivismo, a qual acarretou uma releitura do Direito Constitucional, principalmente pelo papel que passaram a desempenhar os direitos fundamentais em conflitos ocorrentes em todo tecido social, tendo eles desempenhado o papel de "[...] núcleo de reconhecimento de todos os segmentos sociais, constituindo ponto de consenso, em que cidadãos se reconhecem como membros integrantes da mesma organização política, partilhando de objetivos comuns".[106]

Necessária também à formatação do pensamento de Bonavides, aliada à citada nova feição do Direito Constitucional, designada por vários autores como neoconstitucionalismo,[107] é a mudança de paradigma pelos intérpretes da Constituição, principalmente o exercido pelo Poder Judiciário, o qual, paulatinamente, foi fugindo do modelo subsuntivo para o de ampliação do papel criativo de juízes e tribunais, calcado em uma interpretação jurídica que reconhece e efetiva a normatividade dos princípios, percebendo a possibilidade de colisão entre direitos fundamentais e reabilitando a razão prática como fundamento da legitimidade das decisões judiciais.[108]

Luigi Ferrajoli (2010) também estuda a democracia substancial, fazendo-o à luz do garantismo. Ao fazer um paralelo entre o Estado liberal de direito e o Estado social de direito, afirma o jurista italiano que não pode este Estado se omitir e deixar de decidir sobre questões de sobrevivência e subsistência, diferente daquele Estado que, mesmo em maioria, poderia decidir.[109]

Para Ferrajoli (2010), a democracia substancial seria aquela que ocorreria em um Estado de direito dotado de efetivas garantias liberais e sociais. A democracia formal ou

---

[105] BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 189.

[106] AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. *In*: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Orgs.). **Teoria do direito neoconstitucional**. 1. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 431-447.

[107] Luis Roberto Barroso (2010) diz que a expressão neoconstitucionalismo teve grande difusão no Brasil a partir da difusão de duas obras de Miguel Carbonnel, sendo o termo usado com frequência na doutrina espanhola e italiana, embora não seja empregado no debate alemão e norte-americano.

[108] BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 266.

[109] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 797.

política seria aquela limitada ao Estado político representativo, baseado no principio da maioria como fonte de legalidade.[110]

Cademartori (2007) também analisa a democracia sob este viés material, afirmando que a expansão desta, após a conquista do sufrágio universal, se dá atualmente "[...] para a tutela substancial dos direitos vitais, elaborando sempre novas técnicas de garantias".[111] Ao analisar a obra de Ferrajolli, Cademartori (2007) afirma que:

> Democracia social e estado social de direito formam um todo único no projeto garantista: ao mesmo tempo deve corresponder a um estado liberal mínimo (pela minimização das restrições das liberdades aos cidadãos) e estado social máximo (pela maximização as expectativas sociais dos cidadãos e correlatos deveres de satisfazê-las por parte do estado).[112]

Vê-se em Ferrajoli, igualmente em Bonavides, que a efetivação de uma democracia substancial passa necessariamente por uma ampliação da base de atuantes com uma interferência direta naquilo que é decidido. Conforme Ferrajoli (2010):

> Se isto é verdade, a expansão da democracia, após a conquista política do sufrágio universal, poderá ocorrer não só com a multiplicação das sedes não políticas nas quais vêm democratizado formalmente o "quem" e o "como" das decisões mas, mais ainda, com extensão dos vínculos estruturais e funcionais expostos a todos os poderes – democráticos e burocráticos, públicos e privados – para a tutela substancial de sempre novos direitos vitais, junto com a elaboração de novas técnicas garantistas idôneas a assegurar-lhes uma maior efetividade.[113]

Bonavides, em sua teoria, se mantém fiel ao originário termo democracia como forma de governo com predominância popular, valorizando a participação do cidadão comum nos processos decisórios, contudo, adicionando uma nova conotação à palavra, atribuindo-lhe a característica de direito fundamental, não consistindo seus posicionamentos em uma receita de uma fórmula e governo, mas como critérios que devem traspassar o corpo político independente da forma governamental adotada.

Como se pode entender de sua leitura, Bonavides traz uma proposta que oferece opções formais e materiais ao modelo político ortodoxo local, caracterizado pela competição eleitoral, que é frustrante para a grande maioria da população, bem como pela diminuição das possibilidades de participação popular na tomada de decisões políticas.

---

[110] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 797.
[111] CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Campinas: Millennium, 2007. p. 212.
[112] *Ibid*., *loc. cit.*
[113] *Ibid*., p. 798.

Tal proposta tem por mister realizar uma discussão do atual modelo democrático praticado, rediscutindo as condições de igualdade e, ao mesmo tempo, ampliando-as, dando uma nova dimensão ao cidadão comum, tornando-o fundamental para o processo político e necessário à legitimação do atuar político estatal.

A noção de democracia participativa para Bonavides, como se demonstrou, vislumbra uma ampliação da participação política através da ampliação de instrumentos democráticos. Para isso, o processo, e em particular o processo administrativo, adapta-se perfeitamente a tal desiderato.

Destaque-se, ainda, que Bonavides retira dos modelos de democracia aqui apresentados seu caráter excludente em relação a certas classes sociais ou econômicas. De forma antagônica a tais modelos, Bonavides alarga o quantitativo de indivíduos que podem participar de decisões públicas de caráter político e, ao mesmo tempo, propugna adequadas condições sociais para a população como condição inerente à integralização da cidadania.

Através do processo, instrumento mais comum e de capilaridade social infinita, pode-se perfeitamente ampliar a participação popular na tomada de decisões políticas, pois o ato judicial e o ato administrativo são espécies de atos políticos, caso manifestem, em seu conteúdo, a vontade estatal.

É o processo um instrumento que, inquestionavelmente, incrementa as possibilidades reais de cidadãos comuns tomarem parte e terem suas opiniões consideradas, de forma direta, na formulação da vontade pública, inclusive na formulação de políticas aplicáveis a toda comunidade.

Como instrumento educativo da formação do cidadão, o processo também cumpre fielmente tal papel, formando pessoas capazes de participar de forma correta e proativa, desmistificando os dogmas da incapacidade e da falta de interesse do indivíduo comum para as questões políticas, promovendo, através da prática reiterada, um sentimento comum de cooperação e coletividade.

A falta de participação dos cidadãos não é uma característica inata deles, mas sim, conforme Pateman (1992), um resultado das atuais instituições democráticas que limitam as possibilidades de participação.[114]

Assim, pode-se afirmar que democracia, em temos atuais, não pode e deve se restringir à simples extensão do sufrágio à maior parte possível da população. Além de superar a antiga ideia clássica de participação, cuja noção era excludente de várias classes

[114] PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 20.

sociais, bem como o idealizado pelo pensamento liberal, a noção atual de democracia engloba, além da ampliação de sua base participativa, a percepção de que é, também, um direito fundamental.

Por ser um direito fundamental, deve ser visto sob uma dimensão objetiva, sendo assim "[...] um princípio conformador do modo como o Estado que o consagra deve organizar-se e atuar".[115]

A partir de tal acepção de democracia, impõe-se ao Estado o dever de garantir direitos e liberdades civis, bem como efetivar políticas sociais necessárias à efetivação da cidadania, pois, caso esta não exista, não há que se falar de democracia, mas sim de um simples regime de governo em que se faculta aos indivíduos uma mera formalidade política.

Desta forma, falar de participação democrática é falar de democracia sob este duplo aspecto político, indo esta além da simples consagração de direitos políticos para a real efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais de toda a sociedade.

Talvez seja uma utopia falar de democracia com tal nível de participação, porém o que se busca aqui é formatar ideias para a consecução de tal objetivo, criando-se um ambiente, pelo menos acadêmico, de possibilidade de inserção do indivíduo na esfera política com possibilidade de atuação de forma autônoma.

Aqui se joga mais uma semente ao solo, entre tantas outras já jogadas no campo da ampliação do cânone democrático, ampliando os canais de participação dos cidadãos e incentivando a atuação política destes em terrenos que, até pouco tempo, jamais se pensaria pudessem ter uma feição política.

A participação democrática, sob este viés, em muito difere das encontradas em todos os momentos históricos vividos pela humanidade, pois só existirá em sua plenitude se forem realmente criadas novas condições de cidadania que não só envolvam direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, tendo o Estado moderno um papel primordial para a consecução de tal *status*, por ser uma função inata sua a efetivação de direitos.

Embora se tenha primado, durante toda a exposição deste capítulo, pela necessidade de se reconhecer a democracia participativa no Estado brasileiro de forma mais efetiva, importa ressaltar a importância de conciliá-la com a lógica democrática ainda dominante, ou seja, a democracia representativa, ressaltando que a prática daquela em momento algum poderá desestabilizar os sistemas representativos atuais.

---

[115] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 6. ed. ver. e ampl. São Paulo: SRS Editora, 2009. p. 42.

Pode-se concluir então que a participação democrática se deu, em todo o decorrer da história, das mais variadas formas e com as mais diversas intensidades, não havendo precisão ou uniformidade em sua aplicação. Porém, pode-se afirmar, com certo grau de certeza, que ela se dá de forma mais veemente no modelo grego clássico de democracia direta, apesar de excludente e da forma mais branda nas democracias tidas por liberais, como é o modelo de Schumpeter.

Contudo, o modelo democrático, em que há a maior possibilidade de participação, principalmente pelo alargamento da base de participantes, seria o previsto por Paulo Bonavides, que, mesmo havendo compartilhamento ideias fortificadas no modelo representativo, é o modelo no qual o processo administrativo, como instrumento de participação, questionamento principal do presente trabalho, ganha mais força e possibilidade de real efetivação.

A Constituição Federal de 1988 traz tal possibilidade diante do seu vasto arcabouço principiológico. Agora, tudo depende do desenvolvimento de tal opinião e fortificação de uma teoria que leve o aplicador do Direito no caso concreto a uma mudança e a uma quebra de paradigmas que ainda estão arraigados na dogmática jurídica.

2 PROCESSO ADMINISTRATIVO E DEMOCRACIA

É inquestionável que o processo administrativo vem ganhando destaque nos estudos acadêmicos no decorrer dos últimos anos, especialmente pelo advento da Constituição Federal de 1988, bem como pela publicação da Lei nº 9.784/1999, nomeadamente pela alta carga valorativa que tais normas trazem nos seus corpos, destacando-se a influência do valor da democracia em sua acepção substancial, ao estabelecer direitos de forma clara e de fácil execução.

Isso quer dizer que a Constituição Federal não acolhe a democracia apenas como vetor de organização do Estado, mas sim que a Carta Magna brasileira materializou os valores democráticos em normas jurídicas, impondo ao Estado a obrigação jurídica de garantir e efetivar tais normas, as quais refletem os valores que influenciaram tal positivação.

A mudança de paradigma trazida pelo pós-positivismo, a qual concluiu pela superação da legalidade por uma normatividade principiológica mais abstrata, porém não destituída de positividade, levou o aplicador do Direito, incluindo-se o administrativo, a não se enclausurar em modelos simplesmente procedimentais, urgindo para ele estabelecer um contato dialético com a realidade.[116]

A partir de tal concepção, pode-se afirmar que o estudo do Direito Administrativo passa por uma releitura do princípio da legalidade, podendo-se falar hodiernamente que, diante da força normativa dos princípios constitucionais, a juridicidade passa a ser a tônica da análise do Direito Administrativo, consoante a qual o jurista deve analisá-lo a partir da Constituição, e não ao contrário, como foi a tônica do antigo Estado de Direito.

Diante de tal concepção, o processo administrativo surge com uma nova feição, sendo imprescindível para, além da efetivação de direitos fundamentais, garantir a todos os interessados participação na decisão a ser prolatada como ato final emanado por um poder, corroborando o caráter democrático estabelecido a partir de uma nova feição do princípio democrático.

A Administração Pública é o campo de interação entre o Estado e os cidadãos que o compõem, devendo aquela adequar-se aos desideratos do Estado constitucional, o qual prima pela efetivação de direitos fundamentais, obrigando-se a oferecer respostas aptas às demandas sociais a ela chegadas, devendo estas, ainda, satisfazer as necessidades individuais e coletivas.

---

[116] AGRA, Walber de Moura. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. *In*: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Orgs.). **Teoria do direito neoconstitucional**. 1. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 435.

Ao impor à Administração Pública o dever de observar o direito à participação democrática, a Constituição da República de 1988 quis que o modelo administrativo a ser perseguido também fosse democrático, não bastando vislumbrá-lo de maneira formal, mas sim com conteúdo realmente efetivador de todos os direitos fundamentais previstos em tal norma.[117]

O processo administrativo é um campo dos mais adequados para tal exercício da cidadania, formando-se assim uma vontade política com a interferência de todos os interessados, e não apenas de um, como era no modelo constitucional anterior, em que somente o Estado tinha direitos, e os cidadãos, apenas deveres.

Portanto, existindo esse viés constitucionalista do processo administrativo, há de se falar deste instrumento constitucional com ênfase quanto ao seu aspecto democrático. Também objetiva fomentar a participação dos administrados nas decisões estatais, não deixando de contextualizar tal assunto diante de algumas premissas, como a juridicidade, as quais serão fixadas e expostas nos próximos tópicos.

2.1 A superação da legalidade pela juridicidade

O princípio da legalidade, como corolário da própria concepção de Estado Democrático de Direito, define que somente a lei é a real expressão da vontade popular e que só ela é que pode normatizar situações com o atributo de originalidade em um ordenamento jurídico.

Nascida a lei como instrumento de garantia do indivíduo contra a ação arbitrária do Estado, concebeu-se a ideia de que ela era a medida da atuação estatal, não podendo o ente

[117] Normas previstas na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2010, p. 20) que tratam de participação democrática: "[...] participação dos trabalhadores e empregadores nos órgãos colegiados dos órgãos públicos, para defesa de interesses profissionais ou previdenciários - art. 10; colaboração de associações representativas da coletividade no planejamento municipal - art. 29, XIII; colocação das contas dos municípios à disposição dos cidadãos, que poderão questionar-lhes a legitimidade - art. 31, § 3o; participação dos usuários dos serviços públicos na administração direta e indireta - art. 37, §3o; realização de audiências públicas das comissões do Legislativo com entidades da sociedade civil - art. 58, II; participação da comunidade, na gestão administrativa das ações de seguridade social - art. 194, parágrafo único, inciso VII; participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde - art. 198, III; colaboração da sociedade na promoção e incentivo da educação, direito e dever de todos - art. 205; colaboração da comunidade com o poder público, para a proteção do patrimônio cultural brasileiro - art. 216, § 1o; exercício, pela coletividade, do dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações - art. 225; participação das entidades não governamentais nos programas de assistência integral à saúde das crianças e adolescentes - art. 227, §1o; participação popular, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e controle das ações de assistência social, em todos os níveis (art. 204), bem como em defesa da criança e do adolescente - art. 227, § 7º".

político interferir na esfera do patrimônio jurídico individual quando desautorizado por tal instrumento.

Originou-se, assim, dentro da ideologia liberal do Estado de Direito a noção de que, enquanto aos particulares é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, ao Poder Público só é permitido fazer aquilo que esteja expressamente previsto em lei.

Desta forma, modelou-se a doutrina do Direito Administrativo que, sob a inspiração do ideário do Estado Liberal, teve suas principais categorias forjadas e seus dogmas sedimentados sob o pressuposto do "culto da lei".[118]

Com o advento do pós-positivismo, após um renascimento efêmero do jusnaturalismo, superando-se o conflito dialético entre este e o positivismo,[119] passou-se a se entender o Direito de outra forma, sendo imprescindível uma análise de sua legitimidade, vislumbrando-se, além do atendimento das normas legais, uma adequação ética de conduta interna em todos aqueles agentes jurídicos, quer sejam estatais, quer sejam particulares.

Na verdade, o que houve foi uma opção que se fez por um Estado de Direito Social em detrimento de um Estado de Direito em sua feição clássica liberal.[120] Para Paulo Bonavides, o elemento caracterizador do pós-positivismo era a superação do antagonismo das duas correntes, pois estas não poderiam sobreviver a um direito constitucional em que já se consagrou, em definitivo, a juridicidade dos princípios transformados em vértice da pirâmide normativa.[121]

Nasce assim, conforme Hugo Segundo (2010), uma nova forma de se interpretar o direito, não a partir de um mero exercício de subsunção, mas por meio de uma reflexão da lei ordinária mediante parâmetros principiológicos fixados na Constituição que a legitima, reconhecendo positividade aos princípios jurídicos.[122]

Assim, amplia-se o conceito de legalidade do Estado Liberal para o de juridicidade, contendo este, além da ideia de cumprimento do estabelecido em lei, em sentido estrito, a noção de adequação desta aos princípios constitucionais ora explícitos, como os da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como aos implícitos da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica etc.

---

[118] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública.** 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 2.
[119] SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 59.
[120] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007. p. 93.
[121] BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 115.
[122] SEGUNDO, 2010, p. 59.

É de se distinguir, portanto, o âmbito normativo da juridicidade como abrangência ampla do direito, composta de princípios e regras jurídicas, da esfera da legalidade, a qual se limita às regras jurídicas, ampliando-se a antiga noção de subsunção dos atos às regras legais para a noção de ponderação de valores.

É com esta noção de juridicidade que se prima hoje o estudo do Direito Administrativo, afastando-se de um conceito superado de legalidade, que se satisfazia com o cumprimento tópico de regras isoladas, para se orientar pela busca da observância mais ampla possível do ordenamento jurídico. Compreende este um conjunto de normas dentre as quais se incluem não só regras, mas princípios expressos e implícitos, e ainda para Humberto Ávila também a ideia de postulado como um terceiro tipo de norma, só que com a função de ser orientadora da aplicação de outras normas. [123]

Ressalte-se que a interpretação da norma administrativa em função da norma constitucional também não pode buscar um sentido individualizado ou obtido de imediato da leitura desta. Deve o aplicador do direito vislumbrar em sua análise não só a norma em si individualizada, mas todo o contexto em que ela se insere, pois a ordem jurídica constitui um sistema, e esse sistema é caracterizado por sua unidade.[124]

Conforme Binenbojm (2006), é assente a ideia de constitucionalização do direito administrativo, a qual tem como fundamento o sistema de direitos fundamentais e o sistema democrático, vetores axiológicos, representados por princípios e regras constitucionais, os quais pautam a atuação da Administração Pública.[125]

Afirma ainda que tais vetores convergem quanto ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. Por se colocarem acima e além da lei, vinculam juridicamente o conceito de interesse público, estabelecendo balizas principiológicas para o exercício legítimo da discricionariedade administrativa.[126]

Essa nova feição do Direito Administrativo, desta forma, não pode conceber tal ramo do direito apenas como limitador de ações da Administração, cuja função era proteger o indivíduo contra ações do Estado. Deve-se dotar esse novo modelo estatal trazido pela

---

[123] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 122.
[124] FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 187.
[125] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 24.
[126] *Ibid*., p. 25.

Constituição Federal de 1988 de meios mais dinâmicos para que a Administração atinja determinados fins.[127]

Importante ressaltar que a nova percepção do Direito Administrativo foge de sua vinculação histórica ao ato administrativo, desqualificando-o como categoria primordial desse ramo do Direito, partindo para uma maior ênfase na atividade, destacando assim uma nova natureza procedimental de atuação do Estado.[128]

Tal pensamento, conforme Kaline Davi (2007), vincula a Administração Pública à efetivação dos direitos fundamentais embasados na dignidade da pessoa humana, devendo o Direito Administrativo instrumentalizar a limitação do poder estatal, visando evitar que a concentração de poderes políticos e econômicos sacrifiquem liberdades e outros direitos fundamentais, bem como atuar de forma positiva realizando a efetiva produção dos valores humanos.[129]

É nesse contexto de juridicidade que deve ser analisado o processo administrativo, permitindo a verificação dos atos administrativos em vários aspectos, principalmente quanto à sua adequação aos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição da República. E a tal pensamento, adapta-se a presente leitura do princípio da legalidade feita por Vítor Rhein Schirato (2010), que fala o seguinte:

> [...] parece-nos evidente que a legalidade, na atual realidade administrativa que conta com a afirmação de direitos fundamentais dos cidadãos, deriva não apenas da conformidade material do ato com a lei, mas sim da conformidade material de todos os elementos envolvidos trazidos ao processo com a lei, bem como da devida observância de todas as etapas previstas em lei para a formação do processo.[130]

Vê-se, destarte, que a juridicidade é uma hodierna feição da legalidade, pois foi necessária adequar este princípio à nova ordem jurídica trazida pelo pós-positivismo, dando-se destaque à positivação de princípios na Carta Constitucional na busca da efetivação de direitos fundamentais, bem como a valores como a democracia e a dignidade da pessoa humana.

---

[127] DAVI, Kaline Ferreira. **Dimensão política da administração pública sob a ótica do direito administrativo constitucionalizado**. 2007. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufba.br/tde_arquivos/17/TDE-2008-11-04T152132Z-822/Publico/KDavi%20seg.pdf>. Acesso em: 13 out. 2011.

[128] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

[129] DAVI, 2007, p. 82.

[130] SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do estado de direito e da democracia. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 35.

Assume, assim, o processo administrativo importante papel na ordem jurídica hoje vigente, passando a ser valioso instrumento para aferição do princípio democrático, ao legitimar a decisão a ser tomada a partir da garantia concedida ao administrado de poder participar de tal decisão.

Tal participação se obtém ao se assegurar, efetivamente, a aplicação de princípios como o do contraditório e da ampla defesa, sendo estes corolários da dialeticidade processual inerentes ao Estado Democrático de Direito - art. 1º, caput, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2010).

2.2 Uma opção pela terminologia processo administrativo

Também é de fundamental importância, para as pretensões do presente trabalho, especificar doutrinariamente o que se entende por processo administrativo, diferenciando-o do procedimento administrativo pelo fato notório de haver confusão conceitual sobre ambos os institutos, principalmente por conta de que o termo vem habitualmente vinculado à função jurisdicional.[131]

Tal divergência doutrinária deve-se ao fato de que a utilização da expressão "procedimento administrativo" é mais comum na Europa continental, em função da expressão "processo administrativo" designar de forma comum o processo judicial brasileiro.[132]

Cite-se que na Argentina Roberto Dromi (1996) entende o processo administrativo sob duas nuances; a ampla, que corresponde: [...] el medio por el cual se controla jurisdiccionalmente a la Administración, para dar satisfacción jurídica a las pretensiones de los administrados, afectados en sus derechos por el obrar público ilegítimo"; e a mais estrita, que se "[...] entiende sólo el llamado contencioso administrativo, es decir, el medio para dar satisfacción jurídica a los derechos subjetivos de los administrados afectados por autoridad administrativa o en ejercicio de la función administrativa.[133]

Assim, a concepção de processo administrativo portenho difere da local pelo fato daquele abranger as impugnações desfavoráveis a direitos fundamentais ou não, não só na seara administrativa, mas também em sede judicial.

---

[131] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 15.

[132] BITENCOURT NETO, Eurico. **Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasi**l. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.24.

[133] DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad, 1996. p. 725.

Porém, cita Dromi (1996) que é através do "[...] procedimiento administrativo es el instrumento jurídico por el que se viabiliza el actuar de la relación administrado-Administración",[134] correspondendo ao que a grande maioria da doutrina denomina no Brasil de processo administrativo, tendo outra faceta de servir como instrumento de governo, pois também "describe, articula, regula y a la vez habilita el ejercicio de las prerrogativas públicas que integran el poder".[135]

Há autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2010), que são indiferentes à terminologia processo ou procedimento. Afirma o citado autor: "[...] tendo em vista que não há pacificação sobre este tópico e que em favor de uma milita a tradição ('procedimento') e em favor de outra a recente terminologia legal ('processo'), daqui por diante usaremos indiferentemente uma ou outra".[136]

Porém, ressalta Bandeira de Mello (2010) que o mais importante, tanto na esfera judicial como na administrativa, é que, para se produzir o ato próprio de cada função, não se requer apenas adequação social de tal resultado com a norma que lhe serve de alicerce, mas também com os meios de sua produção: "Com efeito, no Estado de Direito os cidadãos têm a garantia não só de que o Poder Público estará, de antemão, cifrado unicamente à busca dos fins estabelecidos em lei, mas também de que tais fins só poderão ser perseguidos pelos modos adrede estabelecidos para tanto".[137]

Bitencourt Neto (2009) reconhece que, com a edição da Lei nº 9.784/99, a tendência nacional é de se denominar processo administrativo. Para ele, a expressão processo administrativo denota, com mais força, relação conflituosa e de interesses contrapostos, verificando-se tal assertiva pelo uso tradicional que faz a doutrina brasileira.[138]

Opta o jurista pela expressão procedimento administrativo, ressalvando que, pela tendência nacional, às vezes, ambas as terminologias são usadas para demonstrar a aplicabilidade do princípio do devido procedimento equitativo no âmbito interno.[139]

Egon Bockmann Moreira (2007), analisando o pensamento de Carlos Ari Sundfeld, mostra que este autor partiu das diferenças entre função jurisdicional e função

---

[134] DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad, 1996. p. 769.
[135] *Ibid*., p. 770.
[136] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 488.
[137] *Ibid*., p. 490.
[138] BITENCOURT NETO, Eurico. **Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasi**l. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 24.
[139] *Ibid., loc. cit.*.

administrativa, pois "[...] tamanhas as dessemelhanças que se torna imprescindível o apuramento do uso dos termos técnicos – dentre eles processo e procedimento".[140]

Afasta Sundfeld, conforme Moreira (2010), a expressão "processo" por este fundamentar-se "[...] em seu reiterado uso na esfera jurisdicional, com características próprias e diversas daquelas da função administrativa". Porém, fica consignado que a expressão a ser usada deve ser "procedimento administrativo", uma vez que o simples uso da terminologia "procedimento" "[...] invoque as generosas garantias consagradas no direito processual". [141]

Moreira (2010) traz, também, o pensamento de Marçal Justen Filho, que identifica, como ponto fundamental no processo, a "[...] relação triangular da relação jurídico processual", não participando o juiz "[...] na condição de parte, mas com autonomia que é de essência inafastável". [142]

Marçal diz, ainda, conforme Moreira (2010), que "[...] há envolvimento psicológico, subjetivo e inocente na questão, de modo que o órgão julgador não apresenta condições de decidir sem tomar partido" [143] e completa ao final que o "[...] Estado-Administração não desempenha atividade processual, sob qualquer ângulo que se a enfoque".[144]

Para aquele, as regras meramente procedimentais são plenamente aplicáveis tanto para o processo judicial quanto para o procedimento administrativo, mas "[...] as regras especificamente da situação do órgão julgador e das relações dele com as partes não podem ser estendidas ao campo do direito administrativo".[145]

Medauar (2008) descarta a aplicação da expressão procedimento com fundamento nas acepções acima explanadas, tendo em apreço que a locução "processo administrativo" é composta por um qualificativo que identifica a função a qual o processo se refere, entendo-se como um processo que existe no âmbito da função administrativa.[146]

Moreira (2010), em seu *Processo administrativo*, desmonta todos os argumentos contrários à ideia de existência de um processo administrativo. Em primeiro lugar, diz que, nem sempre, há relações processuais jurisdicionais triangulares, pois há, muitas vezes,

---

[140] MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 46.
[141] *Ibid*., *loc. cit.*
[142] *Ibid*., p. 53.
[143] *Ibid*., *loc. cit.*
[144] *Ibid*., p. 54.
[145] *Ibid*., *loc. cit.*
[146] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 170.

relações “duais”, sendo o “[...] mesmo número de partes que o existente na relação processual de direito administrativo”, tendo-se como exemplo o *habeas corpus* de ofício.[147]

Quanto à imparcialidade, Moreira (2010) diz que “[...] em circunstância alguma o agente administrativo pode ser parcial: quer no que diga a interesses pessoais, quer em relação a interesses secundários”.[148] E esse argumento de Moreira (2010) é perfeitamente entendível, pois, caso o agente público aja com interesses que não o público, estaria a cometer o crime de prevaricação, tipificado no art. 319, no Código Penal brasileiro.

Moreira (2010) opta pela terminologia “processo” “[...] devido à imposição de coerência científica e normativa no uso da linguagem”. Afirma, ainda, que “[...] não serão o agente ou o número de pessoas envolvidas aptos a qualificar decisivamente a relação jurídica concretizada frente à Administração Pública”. [149]

Entende Moreira (2010) que o processo administrativo pode ser encarado sob duas ópticas:

> [...] (a) rito e sequência de atos meramente formais, a serem obedecidos pelos agentes, sem qualquer finalidade substancial; e (b) instrumento de garantia e satisfação dos direitos individuais celebrados na Constituição e leis infraconstitucionais. Essa segunda visão – que não descarta, mas contém a primeira – parece-nos a única que deve ser prestigiada pela ciência do Direito.[150]

Ao final, afirma que, dentro do amplo sistema Direito Administrativo, existe um feixe de normas que lhe dá segurança e coerência, e há ainda outros subsistemas, também unos e coerentes, sendo um destes o caracterizador do processo administrativo formado por um conjunto de normas e princípios. [151]

Odete Medauar (2008) trata da matéria a partir da noção de processualidade, que está, de forma íntima, relacionada ao exercício das principais funções estatais, em especial, no que concerne à atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Em tal perspectiva, a processualidade encontra-se de forma pertinente ao desempenho das atividades estatais, ao exercício dos poderes do Estado, guardando estreita relação com os avanços do atual direito processual, especialmente ao tratar do processo como instrumento.

---

[147] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 55.
[148] *Ibid*., p. 56.
[149] *Ibid*., p. 67.
[150] *Ibid., loc. cit.*
[151] *Ibid., loc. cit.*

Assim, para Medauar (2008), é de se falar de uma processualidade ampla, não se restringindo ao exercício da função jurisdicional, podendo-se afirmar hoje, segundo a jurista, que a existência não só de processo judicial, mas também de um processo administrativo e um processo legislativo, resultando destes dois últimos a consecução de decisões administrativas (atos administrativos) e legislativas (criadoras de leis), portanto não só de decisões jurisdicionais.[152]

Para Medauar (2008), a processualidade, característica do desempenho das atividades estatais, do exercício dos poderes do Estado, adapta-se aos avanços do direito processual moderno, em especial à chamada instrumentalidade processual. Dinamarco, citado pela professora, vê "[...] o direito processual como um conjunto de princípios, institutos e normas estruturados para o exercício do poder segundo determinados objetivos".[153]

Embora seja o conceito de processualidade aceito por boa parte da doutrina jurídica, devem-se fazer algumas ressalvas à processualidade relacionada ao processo legislativo. Como se verá mais à frente, entende-se o processo como um procedimento qualificado pelo contraditório, não havendo que se falar da existência deste nos procedimentos de elaboração da legislação de competência daquele Poder, mesmo que haja expressa disposição constitucional da terminologia processo legislativo.[154]

Arli Pinto da Silva (2008) faz uma opção pela terminologia processo, porém limitando-a somente naqueles casos em que ocorrer uma relação jurídica processual, retratando-a nos seguintes termos:

> [...] é necessário esclarecer que entendemos o procedimento como gênero porque na esfera da ação administrativa possui maior extensão. Não se trata de extensão em importância, mas em atividades dentro do regime jurídico administrativo. Todo o agir administrativo é procedimentalizado para possibilitar o controle da conduta do agente público e a eficácia das ações. Por outra face, compreendemos o processo como espécie daquele gênero, porque também expressa atividade administrativa, entretanto, apenas naquelas situações em que ocorre relação jurídica processual.[155]

---

[152] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 19.

[153] *Ibid., loc. cit.*

[154] Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

[155] SILVA, Arli Pinto da. **Processo administrativo e município**: uma forma de participação democrática. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 102-103.

Bacellar Filho (2005), quando trata das questões que envolvem a terminologia processo e procedimento administrativo, esclarece a dubiedade que há na doutrina da seguinte forma:

> [...] a relação entre procedimento e processo administrativo é a de gênero e espécie. Deriva deste entendimento a possibilidade de identificação de um regime jurídico processual que, sem perder de vista as exigências do regimento procedimental (processo é procedimento também), apresente características próprias.[156]

Fica claro e evidente que há diferenças substanciais entre a terminologia processo e procedimento, não podendo ser tomadas como sinônimas, pois, se assim o fossem, o uso de uma terminologia ou outra seria cientificamente irrelevante, não se tratando assim de pura opção terminológica do jurista.[157]

Todas as manifestações fazem concluir que a opção pela terminologia "processo" é a que mais se aproxima dos fins propostos pelo presente trabalho, pois a relação de continência, no que tange ao procedimento e à sua natureza instrumental, é inegável, principalmente por servir de garantia dos direitos fundamentais, não só individuais, mas também coletivos.

Embora o presente trabalho venha a utilizar conceitos e expressões empregados no estudo do processo judicial, inclusive a conclusão final sobre o que se entende por processo, deve-se delimitar, pelo menos de forma apriorística, o conteúdo do que se entende por processo administrativo, especialmente pela particularidade da atividade administrativa, a qual não se confunde com a de função jurisdicional.

Contudo, o estudo aqui exposto sobre processo administrativo vem do entendimento da Teoria Geral do Processo de que o processo não é uma realidade exclusiva da área judicial, pois, conforme Albuquerque Rocha (2009), processo "[...] como noção jurídica, pode e deve ser estendida ao âmbito das outras funções do Estado, a administrativa e a legislativa".[158]

Porém, o teor do que deve se entender por processo, em termos de doutrina mais atualizada,[159] encontra-se na doutrina de Elio Fazzalari, que, a partir da reconstrução do conceito de processo e de procedimento, modificou, a seu ver, o entendimento clássico do que se entendia por processo como relação jurídica.

---

[156] BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 51.
[157] MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 321-381, 2004.
[158] ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 188.
[159] GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 12-13.

No item seguinte, far-se-á um estudo mais apurado da doutrina processual de Fazzalari, especificando suas particularidades e demonstrando que a sua essência é a que mais se adequa às pretensões aqui apresentadas, a qual tem o processo administrativo como um procedimento qualificado pelo contraditório, servindo como um objeto que contribui efetivamente para a realização da democracia.

2.3 O processo como um procedimento qualificado pelo contraditório

Pesquisou-se, de forma preliminar, a citada doutrina de Fazzalari na obra do professor Aroldo Plínio Gonçalves, *Técnica processual e teoria do processo*, na qual relata o jurista mineiro que Fazzalari estuda o processo como procedimento qualificado pelo contraditório, e não apenas como uma relação jurídica. Conforme o citado autor:

> O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos.[160]

Marcelo Lima Guerra (1997) também destaca a importância da obra de Fazzalari para o atual entendimento sobre processo destacando que este autor "[...] vê, precisamente, na sua estruturação segundo o contraditório, a nota especifica que diferencia o processo de outros fenômenos jurídicos semelhantes".[161] Fala ainda Marcelo Guerra (1997) que, para Fazzalari:

> [...] o processo é uma *species* de um *genus* mais amplo, obviamente, de fenômenos jurídicos, a saber, o que este autor denomina procedimento. Para Fazzalari, procedimento é uma sequência de atos e posições jurídicas (levando-se em consideração que, como ressalta Fazzalari, "atos" e "posições jurídicas" são "derivados lógicos" de normas jurídicas que os prevêem), na qual cada ato ou posição da sequência é conseqüência de um outro ato ou posição e, por sua vez, é "pressuposto" de ato ou posição posterior, até se chegar a um "ato final".[162]

Ressalta Marcelo Guerra (1997) que a teoria de Fazzalari emprega o termo procedimento em uma acepção diferente do sentido em que é comumente empregada no Brasil, qual seja, a de um aspecto do processo, entendendo-a como uma realidade jurídica mais ampla, sem com ele se confundir.[163]

---

[160] GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2002. p. 68.
[161] GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 13.
[162] *Ibid*., p. 13.
[163] *Ibid., loc. cit.*

Em tal opção doutrinária, é o processo uma espécie do gênero do procedimento, que possui o contraditório como elemento definidor de sua estrutura. Assim, o processo, como procedimento em contraditório, determina que todos os interessados, entendidos como os sujeitos atuantes que serão atingidos pela decisão, participem de forma isonômica durante todo o andamento processual.

Porém, antes de chegar a estudar o processo, por questões metodológicas, Fazzalari (2006) apresenta conceitos fundamentais sobre o direito, norma jurídica e jurisprudência, destes se sobressaindo o de norma jurídica, entendendo-a como "[...] alguma coisa de aprovável, de preferível de determinada cultura, quer, correlativamente, como critério – regra – de conduta ordenada sobre um valor",[164] ou seja, a norma preveria valores, os quais, a serem positivados, são reconhecidos e tornados obrigatórios.

Como bem salienta Fazzalari (2006), o estudo da norma jurídica precede ao perfilhamento da teoria das formas jurídicas das quais o processo é uma delas. Para ele, seria então a norma jurídica uma regra geral de onde se deduzem os valores para os casos especiais, pois a "[...] norma deve ser indicada como valor 'jurídico': a ser colocado ao lado de outros valores (os 'éticos', os 'científicos', os 'estéticos', e assim por diante)".[165]

Interessante é que Fazzalari (2006) exclui o ilícito da norma, não estando aquele contido nesta enquanto abstrata, somente se evidenciando, ao analisar-se a conduta ocorrida frente à norma, acarretando de tal avaliação que houve comportamento antagônico ao estabelecido por esta última, pois "[...] ilícita é a qualidade que pode ligar-se não à conduta abstrata contemplada pela norma, mas àquela concretamente mantida por um sujeito, e de forma diferente do modelo da conduta devida".[166]

Tal concepção é importante para Fazzalari (2006), pois, para chegar à noção de processo que apresenta, a partir da estrutura da norma jurídica, cria uma teoria de formas jurídicas da qual o processo é uma delas. Para o autor, na norma jurídica articula-se, além da descrição do comportamento que se queira regular, e nessa descrição seus elementos e requisitos, a indicação de um pressuposto de prescrição que ele denomina de fatispécie, que, ao ocorrer, indica qual comportamento antevisto é passível de valoração jurídica.[167]

---

[164] FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 49.
[165] *Ibid*., p. 50.
[166] *Ibid*., p. 78.
[167] Explica a tradutora que fatispécie é o raciocínio do jurista moderno, que o permite identificar o fato gerador à hipótese de incidência da lei; é a chamada subsunção do fato à lei. Por haver algumas traduções como "giudizio" ou "processo", entende a mesma que o mais correto é a manutenção do termo (*fattispecie*) acrescido dessas explicações mais coerentes com o conceito de Fazzalari (2006, p. 779-780) de processo.

Preceitua Fazzalari (2006) que a norma pode descrever um comportamento singular, mas também comportar diversas situações susceptíveis de um número indefinido de repetições, todas entendidas como comportamentos qualificados a partir da norma em abstrato, como, por exemplo, a imposição de um pai ao filho de chegar cedo a casa (norma individual); ao lado de tal imposição, há norma estatal que obriga os pais a educarem os filhos (norma geral).

Ressalta Fazzalari (2006) que o comportamento dos pais (obrigar filho a chegar cedo), tido por ele como obrigatório, pode deixar de ser primário para ser decorrente da norma estatal (geral). Ou seja, "[...] quando a conduta consiste em uma vontade, esta pode ser considerada como 'padrão de valoração' ou como 'ato valorado' (qualificado como lícito e obrigatório)".[168] Aqui a norma se comporta como ato jurídico, sendo ato sinônimo de conduta extraída a partir da operação lógica decorrente da visualização, quando se está diante de uma obrigação ou um dever.

Aroldo Plínio Gonçalves (2002), falando da preocupação de Fazzalari em definir seus conceitos para fins de estruturação de sua teoria, diz que a norma para o jurista italiano assim se caracterizava:

> A norma jurídica, do ponto de vista de sua estrutura lógica, é contemplada não apenas como "cânone de valoração de uma conduta", isto é, como regra vinculante e exclusiva que expressa os valores da sociedade, mas também em relação à conduta por ela descrita, a que se liga a valoração normativa. Sendo o ato sinônimo de conduta (que tem no comportamento o seu conteúdo), dessa valoração resulta a qualificação do ato jurídico como lícito (o uso do próprio bem), ou como devido. A posição do sujeito em relação à norma permite falar em posição subjetiva, ou posição jurídica subjetiva, e qualificar a conduta como faculdade ou poder, se é valorada como lícita, e como dever, se é valorada como devida.[169]

Essa última acepção do ponto de vista lógico-formal da norma jurídica citada por Aroldo Plínio Gonçalves é de fundamental importância para a qualificação do procedimento para Fazzalari, pois a visualização da posição jurídica, que precede ao cânone de valoração e antecede ao ato jurídico, faz com que se evidencie qual o comportamento a ser adotado pelo sujeito no iter procedimental, que pode ser uma faculdade, um dever ou um direito.

Divide Fazzalari (2006) as posições jurídicas em primárias e de segundo grau. As posições subjetivas primárias decorreriam da faculdade, do poder e do dever ao se analisar uma norma, garantindo-se, a partir desse exercício lógico, uma posição superior mais

---

[168] FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 80.

[169] GONÇALVES, Haroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2002. p. 106.

vantajosa caracterizada como direito subjetivo, tida como a posição fundamental de segundo grau.

Seria o direito subjetivo uma posição vantajosa que um sujeito detém frente a determinado bem descrito na norma jurídica. Esse é outro grande contributo da teoria de Fazzalari, qual seja, a de conceituação de direito subjetivo que se extrai de uma posição do sujeito frente ao comportamento estabelecido previamente pela norma. Afirma Fazzalari (2006) que:

> Assim , a norma que concede ao sujeito uma faculdade, ou um poder, dá a ele de início uma posição de proeminência sobre o objeto da faculdade ou poder: isto é, exatamente um "direito subjetivo" (o poder pode ser indicado, e é indicado também como potestativo). Por isso, não é por outro motivo que a norma que impõe o dever de prestar alguma coisa a um outro sujeito confere a este último uma posição de proeminência sobre o objeto da prestação, portanto um direito subjetivo.[170]

Muito importante tal concepção pelo fato de que ela adianta certas conclusões ao final expostas, especialmente a posição do administrado em processo administrativo frente à Administração Pública, pois dessa posição subjetiva daquele frente a um determinado bem, prevista pela norma, surge um dever para os demais sujeitos, notadamente a autoridade que conduzirá e decidirá o conflito em sede administrativa.

Toda essa digressão foi necessária para demonstrar que a teoria procedimental de Fazzalari é uma teoria normativa, na qual este jurista sustenta a ideia de que o procedimento se resolve nessa série de comportamentos valorados pela norma, sejam eles lícitos, sejam devidos, ordenados em sequência de modo que cada ato seja pressuposto de comportamento posterior, condicionando, assim, a validade do seguinte.[171]

2.3.1 A superação da teoria do processo como relação jurídica

Conforme já falado, Fazzalari (2006), antes de chegar à noção do procedimento, iniciou sua articulação a partir das "teorias das formas", estando aquele nesta inserido por ser uma forma sequenciada de normas, atos e posições subjetivas.

Debruçando-se sobre a estrutura procedimental, afirma que sequência chamada procedimento se dá quando uma norma valora uma conduta como direito ou obrigação, e esta

---

[170] FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 84.

[171] ABDO, Helena. As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo. *In*: DIDIER JR, Fredie. **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 343.

conduta, devidamente qualificada, é pressuposto para a qualificação da conduta prevista na norma consequente, sendo relevante a posição jurídica dos sujeitos. Veja-se:

> O procedimento é, enfim, visto como uma série de "faculdades", "poderes", "deveres", quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas, de modo que, por exemplo, um poder dirigido a um sujeito depois que um dever tenha sido cumprido, por ele ou por outros, e por sua vez o exercício daquele poder constitua o pressuposto para o insurgir-se de um outro poder (ou faculdade ou dever).[172]

De forma clara, o procedimento, segundo o jurista italiano, seria uma sequência de normas, atos e posições subjetivas, que se interligarão até a concretização do ato final, em que a norma precedente, a qual fixa uma conduta valorada como lícita ou devida, é pressuposto para a realização da consequente. Formam um verdadeiro feixe normativo, pois a primeira norma e a conduta dela decorrente unem-se à segunda como um pressuposto ou como sua fatispécie, seguindo-se assim até o provimento final.

Interessante é a distinção que Fazzalari (2006) faz do procedimento do ato complexo e do ato composto, institutos de aplicação reiterada no Direito Administrativo, pois estes se caracterizam pela regulação e pelo único ato, ou uma só fatispécie; enquanto o procedimento não pode ser desenhado como fatispécie unitária.[173]

Logo após o desenvolvimento do gênero procedimento, Fazzalari (2006) define processo como sendo "[...] um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as duas atividades".[174]

Aroldo Plínio Gonçalves (2002) fala dessa relação entre os dois institutos, ressaltando que a sua distinção se dá através do raciocínio lógico de inclusão de um em outro, em que o contraditório é o elemento diferenciador qualificado responsável pela caracterização do processo. Segundo jurista mineiro:

> O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento, é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo por ele preparado, mas não apenas participam, participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são contraditórios. [175]

---

[172] ABDO, Helena. As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo. *In*: DIDIER JR, Fredie. **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 114.
[173] *Ibid*., p. 115.
[174] *Ibid*., p. 119.
[175] GONÇALVES, Haroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2002. p. 68.

É importante abordar que a teoria normativa de Fazzalari afasta-se por completo da teoria que tem o processo como relação jurídica, destacando-se como superadas as teorias de Chiovenda e Liebman, bem como o conceito de direito subjetivo incompatível com o que permeia a teoria normativa fazzalariana.

Conforme Chiovenda (1998), para se chegar à natureza do processo como relação jurídica, precede o conceito de direito objetivo como "manifestação da vontade geral"[176] e direito subjetivo nos seguintes termos:

> Fundando-se, com efeito, na vontade da lei, o sujeito jurídico pode aspirar à consecução ou à conservação daqueles bens, inclusive por via de coação. Constitui tal aspiração o denominado direito subjetivo, que se pode, portanto, assim definir: a expectativa de um bem da vida garantido pela vontade da lei.[177]

Para Chiovenda (1998), o direito subjetivo consistiria na vontade concreta da lei, dirigida a um bem da vida, que nasce para aquele que busca a atuação da norma para fazer valer tal bem. Haveria duas possibilidades de atuação concreta da lei: a primeira, através do cumprimento espontâneo da obrigação; e a segunda, mediante processo.[178]

Mais à frente Chiovenda (1998) analisa a relação jurídica processual como sendo uma relação autônoma e complexa, pertencente ao direito público. Autônoma "[...] porque tem vida e condições próprias, independentes da existência da vontade concreta de lei afirmada pelas partes, visto fundar-se sobre outra vontade de lei, quer dizer, sobre a norma que obriga o juiz a pronunciar-se em referência a pedidos das partes".[179] Complexa por "[...] não inserir um só direito ou obrigação, mas um conjunto indefinido de direitos... todos, porém, direitos coordenados a um objetivo comum, que enfeixa numa unidade todos os atos processuais".[180] Mas também a relação jurídica processual é pública, pois:

> [...] pertence ao direito público, porque deriva de normas reguladoras de uma... É dever que participa da função do juiz, isto é, incumbe ao juiz em face do Estado, e é assegurado pela responsabilidade penal e civil do juiz que recusa, omite ou retarda pronunciar-se atividade pública.[181]

De sua obra, vê-se que Chiovenda (1998) entende que uma relação jurídica é a fonte de onde surgem todos os direitos subjetivos invocáveis. Porém, no processo, estes

---

[176] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Cafitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v.1. p. 17.
[177] *Ibid*., p. 17.
[178] *Ibid*., p. 72.
[179] *Ibid*., p. 80.
[180] *Ibid*., *loc. cit.*
[181] *Ibid*., p. 81.

antecedem a relação jurídica processual, sendo naquele declarados, se existentes, ou negados, se inexistam.

Resume-se a teoria de Chiovenda a definir o processo como uma relação jurídica complexa que tem por objeto analisar um conjunto de direitos subjetivos das partes nela inseridas, ressaltando que, em momento algum de sua obra ora analisada, esse autor faça referência à terminologia ou noção de procedimento.

Outro jurista italiano de relevante teoria no direito processual é Enrico Túlio Liebman, que em sua obra, *Manual de direito processual civil*, de 2005, define processo como:

> A atividade mediante a qual se desempenha em concreto a função jurisdicional chama-se processo. Na verdade, essa função não se cumpre a um só tempo e com um só ato, mas através de uma série coordenada de atos que se sucedem no tempo e que tendem à formação de um ato final. Daí a ideia de um *proceder* em direção a uma meta e o nome dado ao conjunto de atos postos em prática no exercício dessa função.[182]

Entende Liebman (2005) que o processo se desenvolve não só com a participação do juiz, mas também das partes, autor e réu, sendo que o ato que dá início ao processo cabe ao particular, ao autor. Entre o ato de início e o ato final do processo "[...] desenvolve-se uma atividade intermediária, mais ou menos complexa, destinada a tornar possível justamente a prolação do ato final (atividade essa que se desempenha mediante contraditório efetivo ou a menos virtual da parte contrária)".[183]

Durante a pendência do processo, entende Liebman (2005) que é determinada uma série de posições e de relações recíprocas entre seus sujeitos, formando assim a relação jurídica processual, integrada esta pelo procedimento.[184]

Ao tratar do procedimento, esse autor vai além de Chiovenda, porém aquém de Fazzalari, ao defini-lo como "[...] um conjunto de atos, em sua sucessão e unidade formal".[185] Tal resgate do conceito de procedimento por Liebman foi destacado por Aroldo Plínio Gonçalves (2002), ressaltando este a aproximação de Liebman à nova concepção de processo, porém o fazendo de forma tímida.[186]

Enfatiza-se logo que a proposta de Fazzalari é justamente afastar esse conceito de direito subjetivo de Chiovenda e Liebman, entendido este como o poder de um sujeito sobre o

---

[182] LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de direito processual civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1. p. 55.
[183] *Ibid*., p. 56.
[184] *Ibid*., p. 64.
[185] *Ibid*., p. 63.
[186] GONÇALVES, Haroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2002. p. 105.

comportamento de outro sujeito no interior do processo, adotando aquele jurista italiano a noção de direito subjetivo como posição de vantagem em relação a um bem estabelecido pela norma jurídica, desvinculado desse poder de coação proposto por estes autores.

Mesmo havendo certo lapso temporal entre as teorias de Chiovenda e Liebman, ambos sustentam que o processo tem a natureza de relação jurídica, não podendo ser dissociado também do conceito de direito subjetivo, conforme acima exposto. Compreende este o direito de exigir de alguém certo comportamento, certa conduta.

Aroldo Plínio Gonçalves (2002) faz críticas a tal teoria pelo fato de que o enlace normativo proposto por Chiovenda e Liebman, entre outros autores por ele citados, como Windsheid, se dá com fundamento na teoria civilista da relação jurídica profundamente vinculada ao conceito de direito subjetivo, também de matiz civilista.[187]

Tal teoria se encontra hoje superada, pois o grande problema se encontrava na própria fragilidade do conceito de relação jurídica e também no conceito de direito subjetivo, já que ele não pode ser aplicado ao processo, pois não há vínculo de sujeição entre a conduta das partes, nem muito menos frente a um juiz, caso se trate de um processo judicial. Como bem assevera Aroldo Plínio Gonçalves (2002):

> A se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que então, seriam sujeitos passivos da prestação.[188]

A teoria do processo como relação jurídica encontra-se superada, preponderando hoje as teorias em que o processo é visto sob a ótica das posições jurídicas, destacando-se James Goldschmidt, que criou sua teoria negando as afirmações de Bülow de que o processo seria uma relação jurídica. Este autor afirmava que as concepções de Bülow não seriam puramente processuais.[189] Para Goldschmidt (1936):

> Los vínculos jurídicos qué nacen de aqui entre las partes no son propiamente «relaciones jurídicas» (consideración «estática» del Derecho), esto es, no son facultades ni deberes em el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino

[187] GONÇALVES, Haroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2002. p. 77.
[188] *Ibid*., p. 97.
[189] ABDO, Helena. As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo. *In*: DIDIER JR, Fredie. **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 341.

> «situaciones jurídicas» (consideración dinámica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro ; en una palabra : expectativas, posibilidades y cargas.[190]

A teoria de Goldschmidt passa justamente por esse entendimento sobre o aspecto estático (material) e dinâmico (processual) da norma jurídica. Essa dupla natureza da norma jurídica era entendida, em primeiro plano, como um imperativo aos cidadãos em suas relações, transformando-se, por sua vez, em regras relacionadas em face do Estado-Juiz, o qual seria obrigado a conceder a tutela jurídica pretendida.

Quando o direito material sobre o aspecto estático não obtivesse êxito, caberia ao interessado fazer atuá-lo através do processo, transformando aquilo que era estático como direito subjetivo em meras possibilidades, não sendo nada mais que expectativas de decisões favoráveis, dependendo de um ato processual da parte interessada.

O que de positivo se obtém de tal teoria é justamente a desmistificação da noção de processo como relação jurídica e de direito subjetivo. O mérito de Goldschmidt foi entender a teoria da situação jurídica sob o ponto de vista processual, em que as regras de direito material são vistas como regras de conduta de um julgamento. Aroldo Plínio Gonçalves (2002) faz a seguinte observação sobre a teoria de Goldschmidt:

> O direito que decorre da norma passou a ser visto não mais como poder sobre outrem, mas uma posição de vantagem de um sujeito em relação a um bem, posição que não se funda em relação de vontades dominantes e vontades subjugadas, mas na existência de uma situação jurídica, em que se pode considerar a posição subjetiva, a posição do sujeito em relação à norma que a disciplina.

Helena Abdo (2010) entende que o esquema direito subjetivo-obrigação ou direito-dever, próprios da relação jurídica de direito privado, fora substituído por Goldschmidt pelas variadas situações jurídicas possíveis no processo, as quais consistiam em possibilidades, expectativas, perspectivas e ônus.[191]

Porém, tal doutrina não se firmou. Destacaram-se em suas críticas as afirmações de que essa teoria simplesmente ignorava a posição e a função do órgão jurisdicional. Indicou que a situação jurídica não era na verdade o processo, e sim seu objeto. Aduziu que o

---

[190] GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Barcelona: Labor, 1936. p. 8.

[191] ABDO, Helena. As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo. *In*: DIDIER JR, Fredie. **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 341.

processo não consistiria em apenas em uma situação jurídica, mas sim num complexo de situações jurídicas.[192]

De certo é que a teoria do processo como situação jurídica é de fundamental importância para se entender a teoria de Fazzalari, que tem o processo como procedimento em contraditório. Para Fazzalari, no entendimento de Helena Abdo (2010), o procedimento representaria, então, uma "[...] sequência ordenada e lógica de diversas situações ou posições subjetivas, unidas umas às outras por vínculos de causa-consequência da precedente e pressuposto da seguinte até chegar o provimento final".[193]

O procedimento seria assim, para Fazzalari, marcado pela sucessão das situações subjetivas processuais, em que a posição do sujeito frente à norma permite falar em "[...] posição subjetiva ou posição jurídica subjetiva e qualificar a conduta como faculdade ou poder, se é valorada como lícita, e como dever, se é valorada como devida".[194]

O importante é entender que tal teoria, que considera o processo como um conjunto de situações e posições jurídicas, é perfeitamente aplicável ao processo administrativo.

Os fundamentos para esta afirmação encontram-se em itens anteriores já expostos, em especial, a processualidade como conceito geral aplicável a todos os processos, bem como o entendimento esposado por Albuquerque Rocha (2009), que considera o processo não como uma realidade exclusiva da área judicial, mas como uma noção jurídica. Nesse sentido, a concepção de processo pode e deve ser estendida ao âmbito das outras funções do Estado, a administrativa e a legislativa.

O que Fazzalari (2006) propõe é justamente afastar esse conceito de direito subjetivo, entendido como o poder de um sujeito sobre a conduta de outro sujeito, adotando a noção de direito subjetivo como posição de vantagem em relação a certo bem estabelecido pela norma jurídica, sendo perfeitamente aplicável ao processo administrativo.

Não há qualquer direito subjetivo, nem muito menos relação jurídica entre Administração e administrado em se tratando de processo administrativo. Nem Administração e nem administrado condicionam o atuar de um ou ao de outro. Há, na verdade, posições de vantagem durante o decorrer processual, sendo destacado aqui como posição privilegiada do

---

[192] ABDO, Helena. As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo. *In*: DIDIER JR, Fredie. **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 341-342.
[193] *Ibid*., p. 344.
[194] GONÇALVES, Haroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2002. p. 106.

administrado o poder de exercer sua defesa da forma mais ampla possível, bem como contraditar todos os argumentos que lhe sejam desfavoráveis.

A seguir se evidenciará o contraditório delimitando seu conceito e nosso entendimento sobre sua importância para a caracterização do processo, em especial o administrativo, contextualizando também os aspectos da juridicidade e de uma nova visão do processo.

2.3.2 A importância do contraditório na identificação do processo administrativo

Para Aroldo Plínio Gonçalves (2002), o contraditório é a "[...] oportunidade de participação paritária, é garantia de simétrica igualdade de participação dos destinatários do provimento na fase procedimental de sua preparação".[195] O contraditório, para ele, não é mera participação formal no processo, mas sim uma atuação das partes capaz de estruturar tal instituto jurídico a partir de um modelo de Estado Democrático de Direito.

Conforme Leonardo Greco (2005):

> O contraditório é conseqüência do princípio político da participação democrática e pressupõe: a) audiência bilateral: adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes; b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material.[196]

O contraditório, para ser eficaz, deverá sempre anteceder qualquer decisão, devendo o seu adiamento ser excepcional e devidamente fundamentado, certo do convencimento da existência do direito do requerente, devendo ainda haver uma cuidadosa ponderação dos valores em conflito, evitando-se assim riscos indesejáveis e prejudiciais à resolução do conflito.

Vale lembrar que o contraditório, ao ser participativo, tem grandes vinculações com o princípio democrático, pressupondo que todas as pessoas interessadas tenham o direito de intervir no processo, seja judicial, seja administrativo, podendo exercer amplamente as

---

[195] GONÇALVES, Haroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2002. p. 193.

[196] GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo**: o processo justo. 2005. Disponível em: < www. mundojuridico.adv.br.>. Acesso em: 23 nov. 2011.

prerrogativas vinculadas ao direito de defesa, conservando para si a prerrogativa de conduzir ou influenciar o conteúdo e os efeitos da decisão prolatada no processo.

Não se pode deixar de destacar que o conceito do contraditório não pode ser desvinculado à análise do que seja o devido processo legal. Este deve ser entendido como o devido processo constitucional, o qual abarca todos os processos estatais, inclusive o devido processo administrativo.[197]

O contraditório está intimamente interligado ao devido processo legal, quer na sua feição procedimental (*procedural due process*), quer na sua acepção substancial (*substantive due process*). Parece até haver antagonismo entre tais acepções ontologicamente diferentes, pois há mistura de processualidade com o direito material, porém isso não é verdade.

O devido processo legal procedimental é de fácil visualização na Constituição Federal de 1988. Ele tem por significado, em síntese, um complexo de garantias mínimas de procedibilidade cujo objeto é uma regularidade procedimental.[198] Na verdade, trata-se de norma fundamental que garante um procedimento mínimo capaz de conter excessos e desvios no atuar estatal.

É interessante destacar que, em Alexy (2008), ao tratar dos direitos a organização e procedimento, mesmo entendendo que os direito a procedimento poderiam ser tratados em separado, os direitos a organização são tidos por um complexo integrado de direitos, misturando direitos a uma prestação jurídica efetiva (procedimento) com direitos a medidas estatais que garantam a participação na formação da vontade estatal (organização).[199]

O contraditório proporciona ao devido processo legal, em sua acepção procedimental, a efetiva prestação dos direitos fundamentais requeridos, tornando o processo um molde de perseguição de direitos, adequado aos ditames constitucionais e legais que lhe dão suporte.

O contraditório é essencial como forma, pelo fato de limitar o curso a ser seguido durante o decorrer processual, confinando os Poderes Estatais, em especial o Poder Executivo, em se tratando de processo administrativo que corra no seu âmbito, a uma pauta de atos adequados às normas constitucionais, limitando o seu curso ao que se encontra previamente determinado.

---

[197] PINTAÚDE, Gabriel. Eficácia sobreprincipial do devido processo jurídico procedimental (perspectiva analítico-funcional). *In*: DIDIER JR., Fredie. **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 267.

[198] *Ibid*., p. 274.

[199] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 473.

Porém, é de bom alvitre destacar que o devido processo legal, em sua feição processual, não pode ser vinculado à ideia de legalidade estrita, pois, conforme Fernão Borba Franco (1999), "[...] os procedimentos estabelecidos em lei é que devem balizar-se pelo modelo processual instituído pelo devido processo legal".[200]

Esta desvinculação do devido processo legal à legalidade estrita não é fenômeno somente local, havendo relatos de que, no direito anglo-saxão, em especial o dos Estados Unidos, há aplicação de tal prática, pois, conforme Vera Scarpinella Bueno (2001), em artigo sobre Direito Administrativo Norte-Americano, verifica-se que:

> Isto significa dizer que o cidadão está legitimado para exigir do governo que ele até atue conforme o "devido processo legal" o que, por vezes, pode significar uma conduta que não necessariamente tenha previsão em lei. É comum encontrar decisões determinando a observância de dada forma, ainda que esta não esteja expressamente prevista em alguma norma posta pelo legislativo. [201]

Sendo assim, deve-se entender que o contraditório como norma constitucional é que deve condicionar os procedimentos, e não ser condicionado por estes, sob pena de se limitar seu núcleo substancial,[202] quando do decorrer de todo iter procedimental administrativo.

Conforme Pintaúde (2010), o "[...] resultado justo só pode ser alcançado mediante um processo justo", servindo o contraditório como elemento conector do direito que esteja sob aferição em processo administrativo ao procedimento de efetivação daquele,[203] inserindo esta importante garantia constitucional, a partir de tal pensamento, no seio do devido processo legal em sua acepção material.

Não diferente é a importância do devido processo legal em sua feição material, também denominada *substantive due process*. Em um primeiro momento, a cláusula do devido processo legal, em sua índole material, no Direito brasileiro, relacionou-se com o próprio resultado da aplicação das decisões públicas proferidas através dos mecanismos processuais, inclusive das leis.

---

[200] FRANCO, Fernão. A fórmula do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n° 94, ano 24, p. 24-25, 1999.

[201] BUENO,Vera Scarpinella. Devido processo legal e a administração pública no direito administrativo norte-americano: uma "breve" comparação com o caso brasileiro. *In*: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Devido processo legal na administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 20.

[202] Sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais, teoria importante para a proteção destes, veja Lopes (2006).

[203] PINTAÚDE, Gabriel. Eficácia sobreprincipial do devido processo jurídico procedimental (perspectiva analítico-funcional). *In*: DIDIER JR., Fredie. **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 274.

Já em momento posterior, mais contemporâneo, há uma qualificação do devido processo legal, classificando-o como democrático: "[...] uma vez que as deliberações políticas devem ter compromisso com o resultado justo da aplicação das normas e com a possibilidade de participação dos atingidos pelas políticas públicas governamentais".[204]

Mesmo sendo ligada em sua origem à garantia de direitos individuais, é cediço que, mesmo em um Estado Liberal, a cláusula do devido processo legal garantia ampla defesa e o contraditório, sendo, porém, ampliada no Estado Social, alargando sua abrangência para casos que vão além do patrimônio pessoal. Surge assim um direito amplo de participar de todas as manifestações do poder estatal.[205]

Na verdade, no *substantive due process*, não se analisa a forma sob como o ato estatal foi produzido, mas sim o que ele contém na sua substância. Tal conteúdo é de suma importância para verificar se houve excessos ou não ao se exarar a decisão, vedando-se, dessa forma, a imposição de atos arbitrários, destituídos de razoabilidade ou desproporcionais em toda a sua amplitude.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2009), mesmo adotando a teoria do processo como relação jurídica, em que as partes têm poderes e faculdades ao lado de deveres e ônus, destacam a importância do contraditório para qualificá-lo, não havendo qualquer incompatibilidade entre processo e contraditório, duas facetas da mesma realidade.

Afirmam ainda que direitos e garantias fundamentais são sinais de que o processo deve conter uma relação jurídica entre seus sujeitos, sendo uma "[...] confirmação de que os preceitos político-liberais ditados a nível constitucional necessitam de instrumentação jurídica na técnica do processo".[206]

Porém, essa não é a visão processual de Fazzalari (2006), pelo menos no que toca à assertiva do processo como relação jurídica. Para ele, o processo, como procedimento em contraditório, exige que os interessados e as pessoas que suportarão o resultado do processo, seja este favorável ou não, participem de forma simétrica durante todo o iter procedimental, até o provimento final ou decisão final.

Fazzalari (2006) não entende o contraditório apenas como algo instrumentalizado pelo processo, mas sim como elemento definidor do processo, distinguindo-o do

---

[204] ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; RODRIGUES, Geisa de Assis. Breves anotações sobre a garantia do devido processo legal no processo administrativo. **Revista Baiana de Direito**, Salvador, v. 1, p. 201-227, 2008.

[205] GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A participação no processo administrativo. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 95.

[206] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 304.

procedimento por ser uma especial estrutura dialética que ocorre neste.[207] Acrescenta Fazzalari (2006) que:

> Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação de suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de controles e deva sofrer os controles e reações de outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados.[208]

Para Fazzalari (2006), a estrutura dialética determinada pelo contraditório, como elemento de distinção do processo, permite superar definições antigas sobre o processo como a de Carnelutti, que afirma que, onde há conflito de interesses, há processo, bem como o de Bevenuti, que preceitua que, onde existe um interesse distinto daquele interesse do autor, também existe processo.[209]

Tanto o conflito de interesses, como a variedade de interesses que não geram conflitos, são descartados por Fazzalari (2006) como teorias que possam identificar o processo. No primeiro caso, o conflito até poderia constituir a razão pela qual a norma faz com que se desenvolva uma atividade mediante processo. Porém, se tal atividade se desenvolve sem a estrutura e o desenvolvimento dialético, "[...] é vão indagar acerca de um atual ou eventual conflito de interesses".[210]

No mesmo sentido, Fazzalari (2006) trata a qualificação do processo como variedade de interesses que não geram conflitos, pois "a sua contemplação, além de prescindir do esquema dialético disposto na norma, constitui exercício irrelevante para a definição do processo".[211]

Fazzalari (2006) destaca também a importância da atuação dos interessados como destinatários dos efeitos do ato final, sendo tais efeitos de grande relevância para definir a legitimidade para atuar, exigindo, pela essência do contraditório, que dele participem pelo menos dois sujeitos, um "interessado" e um "contrainteressado", sobre os quais o ato final terá efeitos favoráveis sobre um e prejudiciais sobre o outro.[212]

---

[207] FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 119.
[208] *Ibid*., p. 119-120.
[209] *Ibid*., p. 120.
[210] *Ibid*., p. 121.
[211] *Ibid*., *loc. cit.*
[212] *Ibid*., p. 122.

Deve-se deixar claro que o contraditório entre os interessados e os contrainteressados não pode ser entendido como mera participação destes sujeitos no processo, mas sim como uma participação em simétrica paridade entre eles. Na concepção de Fazzalari (2006), esta participação de forma simétrica e paritária define o contraditório.

É de vital importância para este trabalho a afirmação de Fazzalari (2006) de que a qualidade de contraditor, onde quer que ocorra, mesmo tratando de órgão público, munido de império, é colocada em pé de igualdade durante toda a fase preparatória do ato final. Ressalta o autor que:

> E nesse diapasão a posição do autor do ato final e a posição do interessado colocado em contraditório continuam a se distinguir mesmo quando pertençam à mesma pessoa: a estrutura processual fica marcada pela posição de paridade dos interessados no contraditório, distinta da posição na qual se coloca o órgão público na fase em que – tendo conhecimento dos resultados do contraditório – executa o ato final. [213]

Desta forma, ao se adotar a teoria de Fazzalari (2006) de processo como procedimento qualificado pelo contraditório, desqualifica o presente trabalho qualquer teoria que desacredite o processo administrativo por uma alegada posição superior da Administração pública frente ao administrado.

Outra significação que se pode indicar é que o contraditório não é uma faculdade para ser avaliada discricionariamente por uma autoridade administrativa. Ele é, em primeiro plano, a garantia de um princípio global de justiça procedimental que, segundo Eurico Bitencourt (2009), tem passado ao largo das considerações doutrinárias do Direito Administrativo brasileiro.[214] Em segundo plano, o contraditório formalizado por Fazzalari (2006) deve ser entendido como regra constitucional, e não como princípio sujeito a ponderações para que seja concedido. Como bem assevera Virgílio Afonso da Silva (2010):

> O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.[215]

Porém, mesmo diante do posicionamento de Fazzalari, o contraditório não pode ser entendido pelo Agente Público, o qual é responsável pelo ato final que decidirá sobre o

---

[213] FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 123-124.

[214] BITENCOURT NETO, Eurico. **Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasi**l. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 21.

[215] SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45.

conflito posto à sua apreciação, como algo definitivo que não possa ser apreciado e ponderado para fins de concessão, pois, conforme ainda Virgilio Afonso da Silva (2010), "[...] esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente",[216] não havendo qualquer margem de mitigação de sua efetividade por parte dos condutores do processo administrativo.

Segundo Peter Härbele, os agentes públicos têm o poder de modificar paradigmas ao interpretar uma Constituição. Falava ele em sua obra, *Hermenêutica constitucional*, de 1997, que as mais variadas pessoas, quer singulares, quer coletivas, participantes de uma sociedade plural, tem papel fundamental na interpretação do direito e, por conseguinte, na resolução de questionamentos levados às hostes do Poder Judiciário, devendo-se aplicar tal raciocínio ao processo administrativo, esclarecendo, porém, que tal interpretação deve ser adequada e não arbitrária.[217]

É de suma importância essa possibilidade de interpretação constitucional por parte dos agentes públicos que não exerçam funções jurisdicionais, pois, conforme Alexandre de Morais Rosa, ao falar da aplicação prática da Constituição, tendo como base a obra de Härbele (2003):

> [...] existe a ampliação do grupo de intérpretes vinculados à práxis, diminuindo a separação entre os autorizados a interpretar. Para o citado autor, com esse deslocamento democrático, "os conteúdos e formas da Constituição, mediante a apresentação de alternativas, pinta com fortes tintas a prometida democracia material, assumindo feições críticas, além de meramente descritivas".[218]

Por último, deve-se enfocar que a teoria de Fazzalari é a mais que se adequa à proposição de que o processo administrativo é um instrumento, entre outros previstos constitucionalmente, de participação democrática, justamente pela sua valorização do contraditório como elemento qualificador do processo.

A adoção da teoria do processo como procedimento em contraditório encontra seu fundamento no Estado Democrático de Direito, servindo também como paradigma definidor de tal modelo estatal, pois o amplia sobremaneira a partir da compreensão de que o processo faz parte do modelo constitucional de processo e que, diante da atuação participada dos afetados pela decisão, efetiva-se, no mundo real, o princípio democrático.

---

[216] SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45.
[217] HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 30.
[218] ROSA, Alexandre de Morais da. **O que é garantismo jurídico**. Florianópolis: Habitus, 2003. p. 40.

O processo, entendido como procedimento em contraditório, tem por exigência que o provimento final, inclusive o decorrente de processo administrativo, seja emitido através de uma decisão cuja formação apresente a mais ampla participação dos interessados, sendo ponto de convergência com a noção de direito plural e participativo, base do Estado Democrático de Direito".[219]

Willis Guerra Filho (2007) destaca que a teoria de Fazzalari está em consonância com o inciso LV do art. 5º da Constituição brasileira, o qual preconiza que deve ser observado o contraditório em todo processo judicial ou administrativo. Interessante é que o autor associa o princípio do contraditório ao princípio político que garante a plenitude do acesso ao Poder Judiciário, destacando que:

> Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo, judicial ou administrativo, e, logo, um princípio de organização do Estado, um direito. Trata-se de um verdadeiro direito processual fundamental, donde se pode falar, com propriedade em direito ao contraditório, ou *Anspruch auf rechtliches Gehör*, como fazem os alemães.[220]

É assim que deve ser entendido também o processo administrativo, não havendo como se negar sua importância nos dias atuais. Apresenta-se como imperativo fundamental do Estado Democrático de Direito na seara da Administração Pública, principalmente como instrumento de controle das mais variadas ingerências do Estado nas mais diversas relações, quer privadas, quer públicas.

O contraditório é o marco identificador atual do processo, ficando patentemente demonstrado que o principal destaque da teoria do processo como procedimento em contraditório é o seu viés democrático, insculpido na sua essência, destacando-se a legitimação que decorre da participação dos afetados, tidos por autores e destinatários do provimento final.

Deve-se obervar que a concepção de contraditório aqui tratada não se restringe apenas àquela oriunda do ideal liberal, garantidora de direitos individuais. Apesar desta concepção não ser descartável, deve-se pensar no princípio do contraditório também sob o viés coletivo, pois há manifestações do contraditório em processos administrativos

---

[219] PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **O paradigma do estado democrático e as teorias do processo**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2011.

[220] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007. p. 45-46.

concernentes a assuntos de interesse individual, bem como há doutrina que afirma existir o contraditório em processos administrativos referentes a assuntos de interesse geral.[221]

Afirma Rodrigo Pagani de Souza (2010) que tal acepção deriva do crescimento da produção legislativa e doutrinária. Esta afirma existir um princípio da participação da sociedade na Administração Pública, embora não focada no princípio do contraditório, porém cumprindo aquele princípio um papel analógico ao do contraditório nos processos administrativos que envolvam assunto de interesse geral.[222]

A participação democrática é um dos paradigmas identificadores do Estado Democrático de Direito, e o processo administrativo, na visão deste trabalho, para os fins de atingir tal desiderato, não precisa ser justificado através de uma relação jurídica verticalizada a partir da figura do seu órgão julgador, devendo apenas garantir a todos os seus sujeitos, especialmente os afetados, que a decisão final seja algo construído por eles, sendo a participação destes primordial para a legitimação do provimento finalizador.

Como leciona Carlos Alberto A. de Oliveira (2003), o processo "[...] não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais". [223]

Dentre esses valores a serem realizados, o democrático é um dos que se destaca, por ser um princípio que permeia a essência do Estado de Direito por vivido, sendo certo que, com o processo, incluindo-se o administrativo, ter-se-á uma efetiva participação dos atingidos pela decisão, não sendo ilusória ou imaginária como a que se faz quando se entrega o poder de decidir a representantes que se desencarnam de suas propostas e pseudoideais.

2.4 O processo administrativo como instrumento de participação democrática

Entendido então o processo como um procedimento qualificado pelo contraditório, incluído em tal compreensão o processo administrativo, passa-se agora a analisar este como um instrumento de confirmação do Estado Democrático de Direito a partir daquela estrutura dialética formatada a parir da atuação de todos os interessados.

---

[221] SOUZA, Rodrigo Pagani de. As várias faces do principio do contraditório no processo administrativo. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 118.

[222] SOUZA, Rodrigo Pagani de. As várias faces do principio do contraditório no processo administrativo. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 109.

[223] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. 2003. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=216>. Acesso em: 19 nov. 2011.

Conforme Juan Bordenave (1995), participação vem da palavra “parte”, tendo como significado “fazer parte de algum grupo ou associação”, “tomar parte numa determinada atividade ou negócio”, “ter parte”, “fazer diferença”, “contribuir para construção de um futuro melhor para nós e para as futuras gerações”. A abordagem do autor é sempre do ponto de vista da participação ativa e nunca da passiva, pois um mero participante, aquele que apenas faz parte não contribui para mudanças decisivas para a sociedade.[224]

A ideia de processo administrativo como instrumento de participação democrática, para Sundfeld (2011), é nova, sendo também provocadora de mudanças na Administração Pública, principalmente por ter esta origem patrimonialista e estamental.[225]

Tais origens remontam à época em que a administração dos negócios públicos era ligada à propriedade ou patrimônio, bem como a grupos de status, os quais, sem ter a qualidade de proprietários, exerciam o poder a título permanente.[226]

Somente com as grandes modificações políticas ocorridas no final do século XIX é que se pensou em um modelo de Administração Pública em que um corpo de pessoas exerce o poder político em nome de outros. Assim foi criado o modelo burocrata de administração.

Porém, mesmo sendo o modelo burocrata o atual, o qual persegue o fim público ou interesse coletivo, muito se tem a avançar quanto à defesa de direitos básicos, principalmente quanto à ideia de processo administrativo na sua função instrumental de participação no Estado Democrático de Direito.

Talvez os entraves históricos da origem da Administração Pública, em que interesses pessoais e gerais eram confundidos, possam acarretar algum desvirtuamento no gerir da coisa pública, mas isso, com a atual ordem jurídica constitucional, é inaceitável, principalmente pelo fato de a impessoalidade ser um princípio explícito, devendo-se repelir de forma contundente a confusão, que muitos tentam afirmar, entre o interesse público e o privado.

É aqui onde o processo administrativo ganha relevo na Administração Pública contemporânea, pois tem o potencial e a legitimidade constitucional para repelir, em primeiro plano, a desvirtuação do atuar dos agentes públicos e, em segundo plano, facultar ao administrado a sua participação na formação da vontade estatal. Isso é ressaltado por Sundfeld (2011) ao afirmar que:

---

[224] BORDENAVE, Juan E. Diaz. **O que é participação**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 22 *et seq.*

[225] SUNDFELD, Carlos Ari. O processo administrativo e seu sentido profundo no Brasil. *In*: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. **Processo administrativo**: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2.

[226] *Ibid*., *loc. cit.*

> A Constituição fez uma série de escolhas e estamos condicionados por elas. Aquilo que podemos mencionar como a grande escolha em matéria de processo administrativo foi a de construir uma Administração Pública com base na ideia de impessoalidade, para realizar os interesses da coletividade como um todo.[227]

O atual modelo de processo administrativo está assentado numa ordem jurídica constitucional que tem a supremacia da lei como destaque. Tal supremacia tem origens iluministas. Para a concepção de Estado criada por tal modelo filosófico, é imprescindível a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

É certo que, para se consolidar tal modelo estatal, deve haver um regime jurídico para gerir a coisa pública com prerrogativas para a Administração. Entretanto, conforme Vitor Shirato (2010): "[...] tais prerrogativas seriam destinadas exclusivamente ao alcance das finalidades precípuas da Administração Pública, as quais sempre teriam como objetivo a realização do interesse público".[228]

O processo administrativo, como instrumento de participação, é de grande importância também para as decisões de alocações de recursos, principalmente pelo fato de que a ordem político-jurídica brasileira é fundada em um Estado Democrático de Direito, e as escolhas financeiras, a serem realizadas pela Administração, podem ter um diagnóstico prévio a partir da manifestação de interesses de todos os interlocutores que participam do processo.

Sobre isso, já falava Odete Medauar (2008), ao afirmar que a participação administrativa é uma técnica retificadora da distância existente entre a organização administrativa e a incidência da realidade sobre o cidadão.[229] A democracia sai do campo da prática anual para a prática diária, sendo o processo administrativo e a democracia para Ferraz e Dallari (2007) um binômio incidível.[230]

Um exemplo de tal assertiva pode ser encontrado no processo administrativo de demarcação das terras indígenas definido na Lei nº 6.001, de 19/12/1973, conhecida como Estatuto do Índio, e no Decreto nº 1.775, de 08/01/1996. Ora, a demarcação administrativa é apenas a primeira medida visando à proteção das terras indígenas.

---

[227] SUNDFELD, Carlos Ari. O processo administrativo e seu sentido profundo no Brasil. *In*: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. **Processo administrativo**: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011. p. 4.

[228] SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do estado de direito e da democracia. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 13.

[229] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 38.

[230] FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 23.

Terminado este processo, são necessárias outras ações visando tanto a prevenir como a sanar as situações de exploração econômica indevida, bem como a reintegração de posse de territórios pelos índios. Acrescente-se a existência das questões que envolvem a proteção de bens imateriais, que são os bens culturais, os quais se referem à valorização da identidade étnica, sem a qual não é possível assegurar a cidadania para os índios.

Conforme é entendido pela própria FUNAI (TERRAS..., 2011):

> É preciso, depois de demarcadas e garantidas as terras, assegurar, para cada povo ou comunidade que habite uma terra indígena, um processo próprio de desenvolvimento, adequado à realidade e ao anseio deste povo ou comunidade. Quanto ao dever do Estado, ele tem a função de facilitar, fomentar e possibilitar que esta escolha torne-se uma realidade, constituindo este o grande desafio que a FUNAI hoje tem pela frente.[231]

Toda essa atividade após a demarcação é necessária para a real efetivação da comunidade indígena beneficiada, e o Estado tem por obrigação agir para que todo o processo precedente se torne realmente efetivo. Isto se torna muito mais democrático e mais eficiente caso sejam sopesadas todas as pretensões manifestadas pelos interessados, que, no presente caso, seriam: da comunidade indígena, da FUNAI e dos afetados pela demarcação.

Ora, as aflições, angústias e necessidades são detectadas também em um processo. O exercício democrático de direitos políticos e civis, realizados em um processo administrativo, podem fazer a diferença, pois, conforme Amartya Sen (2000): "[...] direitos políticos e civis dão às pessoas oportunidade de chamar a atenção para necessidades gerais e exigir a ação pública apropriada".[232]

Amartya Sen (2000) entende ainda que o Governo só responderá às demandas populares a partir da pressão produzida. O exercício dos direitos políticos desempenha importante papel nessa condução da atitude governamental, sendo tal atitude popular "[...] uma parte do papel 'instrumental' da democracia e das liberdades políticas".[233]

Veja-se o relevo que tal ideia representa ao se analisar sua adequação quando se trata de direitos sociais, pois, conforme Canotilho (1983), a efetivação de direitos guarda relação com a participação democrática na sua política.[234]

---

[231] TERRAS indígenas. Disponível em: < http://www.funai.gov.br/indios/terras/conteudo.htm#como>. Acesso em: 1 nov. 2011.

[232] SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 178.

[233] *Ibid*., p. 178.

[234] CANOTILHO. J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 377.

Quanto mais se facultar a participação processual de pessoas hipossuficientes, em demandas que envolvam direitos sociais, mais chances terá o Estado de aperfeiçoar suas decisões quanto à alocação de seus gastos, exercendo o processo administrativo aqui papel fundamental em termos de políticas públicas que visem à efetivação daqueles direitos.

Mas necessário para tal desiderato é que, quem decide realmente dialogue, converse, escute o que as partes afetadas pela decisão têm a expor. Diz Carlos Ari Sundfeld (2011) que:

> A grande ideia do processo é fazer com que haja participação, com que os que têm interesses direta ou indiretamente atingidos dialoguem, aberta e integralmente. Mas é fundamental que também a autoridade que decide seja obrigada não só ouvir, mas a dialogar. Dar oportunidade para a manifestação real e igualitária exige esforço, tempo e técnica. Mas isso seria absolutamente inócuo se aquele que ouve pudesse decidir, em seguida, sem dialogar. Então o que há de fundamental no processo é obrigar quem decide a dialogar com as partes.[235]

Isso faz com que quem tenha a função de decidir tenha a obrigação de efetivamente analisar todas as nuances processuais, com todos os atos ocorridos no processo, percorrendo "metodicamente todas suas várias fases".[236] No mesmo sentido, fala Eduardo Couture (2008). Para este autor, o processo é, em si mesmo, um método de debate.[237]

Como pode ser observado, tal conversa, no processo entre as partes, se dá através do contraditório, mas o diálogo entre quem tem a obrigação de decidir e os fatos do processo ocorre por meio da fundamentação de suas razões de decidir, as quais devem ter a percepção de todo aquele diálogo anterior, não podendo deixar de ser analisada qualquer solicitação requerida pelos interessados.

Para Shirato (2010), o contraditório – ao impor ao Estado um dever positivo de fazer um processo que o garanta, não podendo aquele afastá-lo no iter processual – é o elemento que identifica todos os interesses explícitos ou implícitos, proporcionando a todos os interessados uma real participação:

> Apenas por meio do processo administrativo, no qual é assegurado o contraditório a todas as partes, é que se poderá identificas todos os interesses subjacentes, a partir da manifestação de todos os interessados, propiciando a eles a efetiva participação nos processos decisórios da administração pública. O mandamento democrático de participação nos processos decisórios é realizado, destarte, por meio da devida

---

[235] SUNDFELD, Carlos Ari. O processo administrativo e seu sentido profundo no Brasil. *In*: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. **Processo administrativo**: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011. p. 8.

[236] *Ibid., loc. cit.*

[237] COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civi**l: discursos, ensaios e conferências. 2. ed. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008. p. 43.

> condução do processo administrativo, com a garantia do contraditório, de acordo com os trâmites legalmente estabelecidos.[238]

Embora este trabalho dê destaque especial ao contraditório como elemento imprescindível à caracterização do processo administrativo como instrumento de participação democrática, não se pode esquecer que outros princípios constitucionais têm relevo sobre tal ideia, em especial o princípio da publicidade.

A transparência no curso do processo é um corolário do princípio da publicidade, não sendo erro se falar de que esta é fundamental à possibilidade de controle dos atos estatais, fundamental à participação na formação da decisão da Administração.

Demian Guedes (2007) fala que tal assunto não se restringe ao Direito nacional, destacando-se a necessidade de abertura e transparência nos processos decisórios das agências norte-americanas, aplicando-se a elas o conceito *revealed procedures*, ou seja, procedimentos visíveis e compreensíveis. [239]

Ora, de acordo com Vânia Siciliano Aieta (2006), "[...] a democracia define-se, não como a criação política da sociedade, mas como a penetração do maior número de atores sociais individuais e coletivos, no campo das decisões" [240] e, em um sistema democrático que se busque não apenas a mera representação política, é necessária a participação popular para a construção de uma democracia efetivamente emanada do povo conforme nossos ditames constitucionais.[241]

Essa penetração política da sociedade aparece como um mecanismo de construção da história e de mobilização para modificar sua situação jurídico-política – e por que não dizer, econômica. Quanto mais se criem espaços de participação e representação de interesses sociais mais democráticas serão as práticas públicas, afastando certas heranças de condutas autoritárias ainda hoje encontradas no Serviço Público nacional.

O processo administrativo, sob esse viés participativo, cria um novo vínculo com o cidadão, ou seja, essa percepção propicia uma nova visualização dos indivíduos nesse contexto de participação, passando estes de uma simples parte, no preliminar conceito de

---

[238] SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do estado de direito e da democracia. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 9-51. p. 40.

[239] GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia**: uma reavaliação da presunção de veracidade. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 108.

[240] AIETA, Vânia Siciliano. Democracia. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 191.

[241] Art. 1º, § único da Constituição Federal de 1988: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (BRASIL, 2010).

Bordenave, já citado, para o de agentes construtores de um ato público, correspondendo, na verdade, a um novo agente político.

Como se vê neste tópico, toda a teorização feita por Rousseau e Bonavides é perfeitamente adequável a esta que se propõe agora. Em primeiro lugar, é uma tese que propugna de forma preliminar a um estabelecimento de uma igualdade entre as partes processuais, fixada a partir do entendimento de que o processo tem a natureza jurídica de procedimento qualificado pelo contraditório, não havendo uma relação verticalizada entre aquelas.

A ampliação da base de participantes políticos também é uma premissa vista tanto em Rousseau como em Bonavides. A limitação da participação popular na democracia ocorre desde os gregos, sendo também repetida tal segregação em toda a história da democracia liberal e até mesmo socialista.

A prática democrática através do processo administrativo, ao mesmo modo dos citados autores quando trataram do tema, tem eminente caráter pedagógico, propiciando, no dizer de Galvão, o desenvolvimento de um senso de cultura, de um sentimento do público.[242] Ainda conforme Galvão:

> Ademais, como afirmado, entende-se que o processo administrativo tem um caráter pedagógico, no sentido de estimular a referida participação, de obrigar a um debate, favorecer ao surgimento de uma consciência, de um sentimento do público (cuidado, zelo, preocupação pela coisa pública), também por parte do cidadão. Quando se trata do interesse público, para além das definições legais, quem é o interessado62? Propõe-se a seguinte resposta, considerando o conceito de democracia mencionado: quando se cuida do interesse público, todos somos (ou deveríamos ser) interessados (não só no que se refere ao controle, mas principalmente no que concerne à construção da finalidade administrativa). [243]

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, explicitado no tópico referente à juridicidade, não há como não concluir que um dos referenciais do processo administrativo é a democracia, pois é esta um meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais, não sendo mero conceito político abstrato e estático, mas um processo de afirmação do povo e de garantia de tais direitos.[244]

---

[242] GALVÃO, Rodrigo. **Democracia, processo administrativo e direitos fundamentais**. 2007. Disponível em: <http://virtual.cesusc.edu.br/portal/externo/direito/wp-content/uploads/2010/05/Democracia-Processo-Administrativo-e-Direitos-Fundamentais-Prof.-Rodrigo-Galv%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 28. fev. 2012.

[243] *Ibid., loc. cit.*

[244] SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 43.

Desta forma, deve-se considerar a Constituição como ponto de início para interpretação do atuar administrativo, tendo também que se pensar em efetividade do processo administrativo e não em uma "simulação" de atos que visem a camuflar o que ocorre no iter procedimental. Conforme Ferraz e Dallari (2007):

> [...] não basta, contudo, simples "arranjo" formal, que simule um processo administrativo com equilíbrio de faculdades entre seus participantes: imperioso é que em seu próprio cerne material se reflitam tais propósitos éticos, tudo de molde a tornar o processo verdadeiro bastião potencial de defesa do cidadão contra o Estado.[245]

O processo como instrumento em favor da democracia não resolve, mas alivia a crise que o sistema democrático meramente representativo criou, pois, conforme Bobbio (2010), as sociedades, formadas a partir de uma democracia de concepção individualista, eram artificiais, pois prevaleciam as vontades das oligarquias, e não as dos indivíduos.[246]

Serve então o processo administrativo para fazer cessar tal tensão oriunda da falta de legitimidade das representações políticas, fazendo com que se obedeçam aos vetores constitucionais orientadores da sociedade, ao sistema de direitos fundamentais e ao sistema democrático, evitando que sejam realizados procedimentos que venham de encontro aos interesses da sociedade.

Nesse sentido, leciona Wolkmer (1999) que é imperioso para a superação de tal quadro institucional a criação de fórmulas mais democráticas e participativas, as quais sejam "[...] fundadas numa racionalidade diversa das atuais estruturas formais e burocratizadas, tratando-se da criação de novas constituições políticas que contemplem novos sujeitos emergentes e que universalizem a prática da cidadania participativa".[247]

Como proposto por vários juristas, o aumento da base de pessoas que podem influir na tomada de decisões estatais é de fundamental importância à ampliação da democratização, não havendo dúvida, conforme Morais, Saldanha e Espíndola (2011) de que:

> [...] a sociedade pode dar seu contributo para o esclarecimento de matérias de cunho transdisciplinar, possibilitando que o julgamento seja resultado de uma construção

---

[245] FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 22.

[246] BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 38-39.

[247] WOLKMER, Antonio Carlos. Crise de representação e cidadania participativa na constituição brasileira de 1988. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O direito público em tempos de crise**: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 39.

> coletiva que enriquece a(s) regra(s) jurídica em discussão, assegurando que uma segunda ou mesma uma terceira dimensão da compreensão seja alcançada [...].[248]

A atuação da Administração Pública deve perseguir, portanto, essa pauta democrática e participativa. Nesse conjunto, estará inserido o interesse público, agora sim qualificado pela ponderação de todos os interesses envolvidos, necessários à tomada da melhor decisão.

Nesse contexto, está inserido o processo administrativo. Por consequência, a atividade administrativa terá igualmente como base de interpretação e aplicação esses novos parâmetros. Sobre como se deve pautar a atuação da Administração Pública em termos de diálogo para fins de escolha da melhor decisão, vale o escólio de Arli Pinto Silva (2008):

> A Constituição, como vetor do Estado, impôs fundamentos à República e estabelece garantias ao cidadão contra o abuso autoritário do regime jurídico peculiar da Administração Pública, não se trata, pois, de ser considerada uma supremacia de interesse público sobre o particular, não ao menos com feição autoritária, mas sim, fazer prevalecer a supremacia da melhor decisão, considerada assim, aquela dialogada com os interessados e enquanto prevalecerem as circunstâncias em que ensejaram a tomada de posição.[249]

Ressalte-se que a atuação da Administração, na verdade, consiste em um dever fundamental, considerando-se que a atual concepção de Estado requer uma postura mais ativa e mais envolvida com os objetivos perseguidos pelos legislador constituinte.

Tal noção de dever fundamental também se aplica à participação por parte do cidadão, "[...] devendo ser tida não somente como uma faculdade, um direito do cidadão, mas como um seu dever perante todo o corpo social em que inserido, como condicionante, inclusive, da estabilidade e sustentação da ordem jurídico-social".[250]

O professor Hugo de Brito Machado (2004) afirma que o dever jurídico "[...] é um resultado da incidência de uma norma", sendo que "[...] tudo que constitui um direito subjetivo de alguém será, necessariamente, dever jurídico de outrem".[251] Sobre tal escólio,

---

[248] MORAIS, José Luiz Bolzan; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Por uma tradução democrática do direito: jurisdição constitucional e participação cidadã. *In*: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição e ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 197-220.

[249] SILVA, Arli Pinto da. **Processo administrativo e município**: uma forma de participação democrática. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. p. 81.

[250] AMANDO DE BARROS, Laura Mendes. O dever fundamental de participação democrática e a sua efetivação no direito brasileiro. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 20., 2011, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 8556.

[251] MACHADO, Hugo de Brito**. Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 28.

pode-se concluir que a incidência de todas as normas que tratam da participação democrática na Constituição Federal de 1988 incidem sobre os comportamentos da Administração Pública e de todos os cidadãos, não podendo ambos ficarem inertes, pois ambos são sujeitos que devem buscar obrigatoriamente a consideração de suas pretensões.

Ora, a cidadania nada mais é do que uma relação de direitos e deveres, relação esta do conjunto de cidadãos e das pessoas jurídicas por eles instituídas. Isto quer dizer que a cidadania é, por um lado, uma relação de direitos assegurados ao indivíduo nas suas interações com outros indivíduos da mesma natureza e também nas suas relações com o Estado; e, por outro lado, uma relação de deveres, aos quais o indivíduo está obrigado nas suas interações com indivíduos da mesma natureza e também nas suas relações com o Estado.

Ainda sobre essa noção de participação como dever, traz-se à discussão o clássico entendimento de Casalta Nabais (2004) sobre dever jurídico, sendo pois "[...] um pressuposto geral da existência e funcionamento do estado e do conseqüente reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais no seu conjunto", apresentando-se, também, "[...] como específicos pressupostos da protecção da vida, da liberdade e da propriedade dos indivíduos".[252]

Nabais (2004) identifica várias características dos deveres fundamentais, porém, dentre estes, destaca-se a universalidade, a qual deve incidir sobre todos os indivíduos inseridos juridicamente em uma sociedade, pois os deveres fundamentais são, em verdade, "[...] direitos a uma repartição universal ou geral dos encargos comunitários, dos encargos que a existência e funcionamento da comunidade estadual implicam. Direitos esses que, para não serem meros privilégios, têm de possuir a nota ou característica da Universalidade".[253]

Essa acepção da participação democrática como dever, em conjunto com o já explanado sobre juridicidade, faz concluir que não mais se tem por suficiente a simples atuação administrativa, a mera observância à legalidade, sendo imprescindível uma atuação que se coadune com a potencialização dos efeitos sociais pretendidos pelo constituinte originário, pois, conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008):

> Não basta, hoje, ao Direito, que a ação administrativa do Estado exista, seja válida e eficaz. A simples busca da produção de efeitos, ou seja, pretender-se apenas a eficácia da ação, já era insuficiente para a Sociologia do Direito. Agora passou a sê-lo também para o Direito Administrativo.[254]

---

[252] NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 59.
[253] *Ibid*., p. 139.
[254] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 38.

O Estado e, por conseguinte a Administração pública, têm o dever de facultar aos cidadãos todas as possibilidades de participação, pois tal fato é condição essencial para a legitimidade, a eficiência, a sustentabilidade social e a viabilidade da atuação administrativa, pois não mais é concebível um Estado unicamente impositivo de regras, que, de forma unilateral, "[...] proceda à eleição das prioridades a serem perseguidas em seu próprio seio, sem qualquer eco ou correspondência com as demandas sociais e coletivas – que, aliás, se encontram em dinâmica alteração".[255]

Não basta uma aparência enganosa de democracia para configurar um Estado como democrático, nem muito menos se podem criar entraves, como a constante alegação de supremacia do interesse público em relação ao particular, para indeferir práticas democráticas.

A supremacia do interesse público somente se revela se este for realmente permeado por reais ideais democráticos, que ratifiquem a qualidade de um Estado que se diz democrático. Isso somente ocorre em uma prática reiterada que leve à sobre-elevação da dignidade da pessoa humana.

Faz-se mister esclarecer que este trabalho aborda apenas uma proposta para a efetivação de uma cultura democrática no Brasil, não pretendendo ser uma solução única ou exclusiva dos problemas que afetam a democracia no âmbito da Administração Pública. Porém, a solução de tais problemas passa, necessariamente, pela crença da possibilidade de existência, pelo menos potencial, de uma cultura democrática fincada na cidadania.

Mesmo que existam mecanismos e atitudes políticas antidemocráticas, não se pode descartar a necessidade de instrumentos que implementem uma cultura democrática, pois, com certeza, esta decorrerá, no mínimo, de um processo de modificações de estruturas e direitos fundamentais, especialmente os sociais por igualarem economicamente os membros da comunidade, dependendo a manutenção do novo *status* adquirido da aplicação dos instrumentos democráticos disponíveis.

Não se pode esquecer que a ordem constitucional inaugurada em 1988 é fundada em direitos e garantias fundamentais com uma grande predominância de direitos sociais, direitos que necessitam de um atuar positivo do Estado.

Os cidadãos têm a garantia da efetivação destes direitos e a sua exigência através de instrumentos democráticos como o processo administrativo. Deve-se exigir da sociedade

---

[255] AMANDO DE BARROS, Laura Mendes. O dever fundamental de participação democrática e a sua efetivação no direito brasileiro. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 20., 2011, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 8574.

uma nova feição da democracia, não mais restrita à coexistência de regimes eleitorais e direitos e garantias de cunho individual.

Não se pode negar que ainda se caminha no sentido de se ter no Brasil uma efetiva democracia, pois, mesmo tendo o regime de exceção acabado há mais de duas décadas, não se pode descartar que somos um País recém-saído de uma cruel experiência totalitária.

Pretende-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que, caso se garanta o contraditório e a ampla defesa nos processos, ratificando a ideia de que tais institutos são direitos fundamentais inalienáveis, o processo pode ser tido como um instrumento de participação democrática, inclusive nos governos com tendências puramente liberais.

As definições de democracia podem até variar quanto ao nível de detalhamento de suas instituições e direitos necessários a sua efetivação. Contudo, caso haja a institucionalização do contraditório, mesmo em uma acepção mais individualista, insere-se o cidadão como membro de uma comunidade política. Isso lhe confere uma possibilidade de interagir com o Estado, contribuindo para a formação da vontade política deste.

O contraditório introduz o cidadão nesse contexto político, afirmando ainda mais sua condição política e seu *status* construído, sem sombra de dúvidas, através de disputas sociais em que se afirmaram direitos civis, políticos e sociais.

Diante de tais premissas, é com absoluta certeza que se pode afirmar a viabilidade jurídica do uso do processo administrativo como instrumento de participação democrática, pois tal ideia garante ao administrado uma real e efetiva atuação no curso do processo, tornando possível sua influência no âmbito decisório da Administração Pública.

É uma ruptura com vários *standarts* enraizados na cultura jurídica e política nacional, em especial a atuação sempre verticalizada e autoritária da Administração Pública em relação aos particulares,[256] porém seu conteúdo é inquestionável, pois, a um só tempo, faz valer vários direitos fundamentais, especialmente a democracia, tida aqui não só como forma de governo, mas como direito fundamental de todos os possíveis afetados por decisões estatais.

A participação democrática no processo administrativo aqui proposta vislumbra não só uma participação para a mera resolução de conflitos, mas sim a ampliação da moldura de situações de relacionamento entre o particular e a Administração.

---

[256] SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do estado de direito e da democracia. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 10.

Isso é feito a partir de uma valoração do contraditório, mesmo havendo incidências de outros princípios constitucionais, como o da publicidade, por exemplo, tendo como origem a Constituição Federal de 1988, criando-se deveres objetivos procedimentais para a Administração e direitos subjetivos fundamentais, em termos de procedimento, para o administrado.

Por último vale a pena lembrar que a República Federativa do Brasil foi constituída sob a forma de Estado Democrático de Direito, sendo o Estado submisso ao Direito e à democracia, retirando destes a legitimação do seu exercício e devendo demonstrar sua submissão à vontade popular explanada no ordenamento jurídico pátrio.

A atual estrutura constitucional foi construída de tal forma que não se harmoniza com o Estado democrático de direito uma nação administrada unilateralmente por gestores eleitos de forma periódica e sobre os quais recaía toda a possibilidade das escolhas e prioridades sociais sem qualquer participação das pessoas afetadas por tais atos.

Para acompanhamento de tal encargo, pode-se concluir que é o processo administrativo um grande instrumento para a racionalização do agir estatal, ao possibilitar, através da participação democrática dos cidadãos, o controle da juridicidade dos atos estatais. O processo administrativo é um grande legitimador das decisões proferidas no âmbito da Administração Pública, equivalendo a participação dos cidadãos a uma verdadeira participação cívica destes na formação da vontade pública.

3 PRINCIPIOLOGIA DA LEI 9.784/99 E PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

No segundo capítulo desta dissertação, ficou assentado que o Direito Administrativo vive atualmente sob novos paradigmas a partir do ideal da superação do positivismo, afastando-se a perspectiva sistemática que prezava, de forma única, pela coerência e a abstratividade do ordenamento jurídico, optando o jurista pós-positivista por um ordenamento concebido como um "[...] sistema teleológico-axiológico, ou seja, um ordenamento jurídico fundado em fins e valores, os quais devem orientar o juiz e o administrador na interpretação e aplicação das normas".[257]

O termo "princípio" (do latim *principium*, *principii)* traz a ideia de alicerce, começo, origem. De acordo com Sérgio Sérvulo da Cunha (2003):

> [...] *principium*, tal como "príncipe" (princeps) e "principal" (*principalis-e*), provém de *primum* ("primeiro") + *capere* ("tomar", "pegar", "apreender", "capturar"). *Primum capere* significa "colocar em primeiro lugar" [...] Assim, ao nascer, o termo "princípio" não significa o que está em primeiro lugar, mas aquilo que é colocado em primeiro lugar, aquilo que se toma como devendo estar em primeiro lugar, aquilo que merece estar em primeiro lugar.[258]

Depreende-se dessa análise etimológica que princípio não seria aquele a estar na frente, em primeiro lugar fisicamente, mas o que deveria estar em primeiro lugar valorativamente, ou seja, axiologicamente o que deve estar à frente.

Nesse diapasão, entende Luís Roberto Barroso (2004), ao falar sobre o pós-positivismo, que tal movimentação na interpretação e aplicação do Direito seria uma designação provisória e genérica de um ideário difuso: "[...] no qual se incluem o resgate de valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação do Direito e da Ética".[259]

Uma das premissas mais importantes desse modelo interpretativo do direito seria a primazia das normas constitucionais, decorrendo de tal fato a principialização e a constitucionalização do Direito, a partir de uma nova visão dos direitos fundamentais,

---

[257] ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. **Juridicidade *contra legem* no processo administrativo:** limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 22.

[258] CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O que é um principio. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coord.). **Estudos de direito constitucional:** em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 261. (grifo do autor).

[259] BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 385.

excluindo-se a ideia única destes como meros direitos de defesa do cidadão em face do Estado ou como simples garantias.

Assim, a Constituição passou a ser a norma mais importante do ordenamento jurídico, não sendo mais esta interpretada à luz dos outros direitos, mas sim estes é que passaram a ser estudados a partir da matriz normativo-axiológica contida no texto constitucional.

No Direito Administrativo, com a repercussão do viés constitucionalista que todos os ramos do Direito devem seguir, a juridicidade passou a ser a tônica, em substituição à legalidade, dando-se destaque, também, à necessidade de concretização dos direitos fundamentais e dos valores democráticos.

Concebe-se assim uma nova forma de se ver tal parte do Direito, qual seja, a de se interpretar e aplicar o Direito Administrativo a partir da incidência normativa dos princípios, pois são validados como norma, mesmo não havendo previsão explícita na legislação, cabendo-lhes, além da harmonizar o ordenamento jurídico, conferir coerência e unidade ao sistema normativo.[260]

Aqui não está a se descartar qualquer inaplicação de regras jurídicas. Isso seria um absurdo, principalmente em se tratando de Direito Administrativo, porém, para essa nova feição deste ramo jurídico, há de se privilegiar essa visão principiológica, notadamente pelo fato de serem elas "[...] cláusulas genéricas que enunciam imperativos de justiça ou de alguma outra dimensão de moralidade, refletindo a dimensão jurídica desta".[261]

Sabe-se que o termo princípio é polissêmico, havendo quem classifique o significado da expressão "princípios jurídicos" em mais de uma dezena de sentidos, ressalvando Carrió (1986) que "[...] estos usos puede haber superposiciones porque la lista que he formulado no pretende poner orden y claridad sistemática em el manejo de uma expression".[262] Ou seja, tal classificação não é excludente, podendo haver uso de mais de um sentido dentre os elencados.[263]

Desta forma, além de sua função normativa, podem os princípios servir à identificação do Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, ao se verificar se os princípios presentes na Constituição brasileira configuram um regime democrático, servindo de base para toda estrutura jurídica que forma o ordenamento jurídico nacional, sendo

---

[260] MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Fundamentos constitucionais do processo**: sob a perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 61.
[261] *Ibid*., *loc. cit.*
[262] CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho e lenguaje**. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1986. p. 212.
[263] HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 12.

relevante a obediência a eles por todas as normas infraconstitucionais produzidas a partir de suas incidências.[264]

Assim, passar-se-á a fazer uma leitura da principiologia contida na Lei 9.784/99 à luz dos princípios constitucionais, especialmente o da participação democrática, tendo em apreço que a alma desta lei está retratada explicitamente em seu Art. 2º, onde ela positiva princípios como o da razoabilidade e proporcionalidade, antes somente entendidos como resultado de interpretação constitucional.

Para se perceber e justificar o processo administrativo federal como instrumento de participação democrática, necessária é esta leitura, principalmente pela modificação de paradigma necessário à atuação estatal, pois deve a Administração Pública assimilar na prática a leitura aqui proposta para que realmente se possa falar em exercício cidadão do administrado no processo administrativo.[265]

3.1 Natureza jurídica das normas do processo administrativo previstas no art. 2º da Lei 9.784/99

Quando se interpretam os direitos e obrigações, tanto dos agentes públicos, como dos administrados, em sede de processo administrativo, deve-se discorrer, de forma preliminar, sobre uma série de princípios que instruem o posicionamento de conduta que deve prevalecer, para que as ações dos interlocutores sejam tidas por legítimas, principalmente pelo fato de que os princípios são dotados, hodiernamente, de normatividade, atribuindo valores às condutas antes, durante e após a prolação de uma decisão administrativa.

Embora a conotação que aqui vai ser apresentada sobre princípios seja a normativa, não se pode esquecer o contributo de muitos juristas, como o de Bandeira de Mello (2010), um dos juristas nacionais mais dedicados ao estudo dos princípios no direito pátrio, especialmente aqueles vinculados ao direito público. O renomado jurisconsulto define a expressão princípio jurídico como sendo:

---

[264] No item seguinte, expor-se-á nosso pensamento do que seja princípio, enfocando as duas conceituações por nós mais empregadas, ou seja, a conceituação de Dworkin e Alexy, bem como a do professor Celso Antonio Bandeira de Mello, optando, em regra, pela primeira, por se propor uma interpretação normativa dos princípios tratados na Lei 9.784/99.

[265] Entende Clémerson Mérlin Cléve que a Administração Pública, ela mesma, deve se reformular a partir dos novos ideais democráticos. Há que se entender que ela não é neutra, porém não pode ficar exterior a áreas de influência da participação popular, devendo eliminar sua tendência autoritária, no sentido de sobrepor os seus atos ao mero consentimento do cidadão. Cf. CLEVE, C. M. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 106, p. 83, abr./jun. 1990.

> [...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racional idade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.[266]

Arremata ainda o citado autor que "[...] violar um princípio é muito mais grave que violar uma norma. A desatenção ao principio implica ofensa não apenas a um específico mandamento, mas a todo sistema de comandos".[267] Destaque-se que Bandeira de Mello reconhece que o seu conceito de princípio difere do propugnado por Alexy (2008),[268] ressaltando que este autor não expropriou o direito de uso da expressão por ele formulada.

Destaca que é erro gravíssimo o uso da expressão princípio com a conotação não prevista pelo seu respectivo autor, afirmando que "Quem cometer tal erro em obra teórica – e isto tem ocorrido ultimamente – sobre estar incurso em séria impropriedade, induzirá terceiros incautos a incidirem ao mesmo deplorável equívoco".[269] Também salienta: "Assim o que destacaria os princípios das outras normas seria a sua importância onde [...] princípios seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as regras seriam aquelas normas que concretizariam aqueles princípios".[270]

Diante de tais premissas, deve-se salientar que, em alguns trechos, contextualiazar-se-ão ambas as ideias sobre a terminologia *princípios*, mas sempre destacando a sua origem, evitando, assim, cair na armadilha terminológica destacada por Bandeira de Mello, adotando como regra que a conceituação sobre princípio é a normativa proposta por Alexy (2008), o qual conceitua princípio como mandado de otimização.[271]

Alexy (2008) concorda com a compreensão de que regras e princípios são espécies de normas jurídicas. Partindo dessa premissa, lembra que, com frequência, compreende-se que a distinção entre ambos os tipos normativos se dá em razão da generalidade dos princípios frente às regras. Assim, entendem-se os princípios como normas,

---

[266] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 53.

[267] *Ibid*., *loc. cit.*

[268] O conceito de princípio adotado por Alexy será abordado mais abaixo, muito embora podendo já adiantá-lo como sendo um mandado de otimização.

[269] *Ibid*., p. 53-54.

[270] Virgilio Afonso da Silva, ao falar de autores que distinguem princípios de regras, levando em consideração o seu grau de importância, afirma que este é o pensamento esposado por José Afonso da Silva e por Celso Antônio Bandeira de Mello. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 44.

[271] Para Robert Alexy (2008), os princípios seriam normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

com um grau de alta generalidade, sendo as regras dotadas de um menor de abrangência.[272] Porém, o supracitado autor não concorda com tal acepção conceitual, pois opta pela diferenciação nos seguintes termos:

> [...] Os princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das responsabilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras. [...] Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.[273]

Tal concepção a respeito dos princípios foge completamente àquelas estabelecidas em um sistema positivista extremo, pois os princípios não eram tratados como os institutos de maior relevância do ordenamento jurídico. Ao contrário, eram eles considerados meras diretrizes, induções de caráter moral ou político, desprovidas de qualquer valor normativo, com exceção da função de preencher lacunas ocorrentes em ordenamentos jurídicos. Embora presentes em constituições, os princípios apenas propulsavam alguma divergência interna da própria Norma Maior, por ser ínsito a esta um conjunto de diretrizes sociais, políticas e morais, ao lado de preceitos estritamente jurídicos.

Contudo, com o aumento da complexidade das relações sociais, os princípios – que no positivismo clássico tinham como atividade mais acentuada apenas a de conformar as lacunas jurídicas, servindo de instrumento para a completude do ordenamento ou como agente capaz de dirimir questões de interpretação interna às constituições – vêm, contemporaneamente, espontando como referência de disposição fundamental do sistema jurídico com a consagração dos modernos Estados Democráticos de Direito que reconheceram a figura da Constituição como a lei maior do sistema jurídico.

Assim, não restam dúvidas quanto à importância de um estudo sobre princípios em qualquer desenvolvimento de ideias a que se atribua a uma determinada norma a estrutura lógica apontada por Alexy (2008), a qual é de fundamental importância para atingir os desideratos deste trabalho, que propugna uma teoria material da democracia.

É bom lembrar que Alexy (2008) tenta explicar a natureza dos princípios como mandados de otimização, fazendo um paralelo com valores, não os igualando, pois estes são vistos em sua concepção axiológica, ou valorativa, fazendo ele uma referência não no plano

---

[272] *Ibid*., p. 87.
[273] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

do dever-ser (deontológico, inerente às normas), mas sim no nível do que pode ou não ser considerado bom.

Os valores têm como características a possibilidade de valoração, isto é, permitem que um determinado juízo possa ser classificado, comparado ou medido. Porém, é bom destacar que Alexy (2008) não os iguala, justamente por entender que princípios, enquanto normas, indicam aquilo que deve ser considerado; já os valores apontam para o que pode ser tido por melhor.[274]Ao comentar a estrutura das regras e dos princípios, afirma Francisco Meton Marques de Lima (2001) que:

> [...] as regras jurídicas são normas cuja estrutura lógico-deôntica abriga a descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência [...] os princípios também pertencem à categoria dos conceitos deontológicos (os quais encerram um mandado, uma ordem, um comando, uma faculdade), mas com estrutura lógica diferente das regras. **Não seria contraditório nem incompatível afirmar que os princípios de direito são conceitos deontológicos de conteúdo axiológico**.[275]

Resumindo, o pensamento do citado autor sobre a comparação entre o modelo dos princípios e o modelo dos valores afirma que "[...] vê-se que a diferença está que aquilo que está no modelo de valores é *prima facie* o melhor, e, no modelo de princípios, é *prima facie* o devido".[276] Essa quase equivalência é fundamental para Alexy (2008) concluir a ideia de sopesamento quando ocorrer a colisão de princípios, pois tal ideia, mesmo inerente ao paradigma valorativo, é perfeitamente aplicável ao modelo dos princípios.

Para Alexy (2008), se alguém estiver diante de uma norma que exija um atendimento na maior medida do possível, estará diante de um princípio. Já se uma norma jurídica exigir o seu cumprimento apenas em uma determinada medida, tem-se uma regra. Portanto, a diferença se encontra no aspecto da estrutura dos princípios e das regras, na sua forma, fazendo com que regras sejam aplicadas de maneira silogística (tudo ou nada), e os princípios, através da técnica de ponderação.

Ao analisar a obra de Alexy (2008), Virgilio Afonso da Silva (2010) destaca duas grandes diferenças entre princípios e regras na estrutura dos direitos que essas normas garantem. A primeira seria que nas regras se garantem direitos ou se impõem deveres de forma definitiva, significando que "[...] se um direito é garantido por uma norma que tenha a

---

[274] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 144-153.

[275] LIMA, Francisco Meton Marques de. **O resgate dos valores na interpretação constitucional**: por uma hermenêutica reabilitadora do homem com ser moralmente melhor. Fortaleza: ABC Editora, 2001. p. 133.

[276] ALEXY, 2008., p. 153.

estrutura de regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto".[277]

Já nos princípios os direitos ou deveres somente são garantidos *prima facie*, não se podendo falar de uma realização sempre que total daquilo exigido pela norma, pois, contrariamente ao que se pensa, essa realização é apenas parcial já que "[...] há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente".[278]

Outra diferença apontada por Silva (2010) é quanto à definição de Alexy (2008), já citada, de que os princípios são mandados de otimização, devendo ser realizados na maior medida possível diante das possibilidades fáticas ou jurídicas. De tal conceito, decorre a afirmação de que há graus de realização dos princípios, maximizando tal realização caso as possibilidades fáticas ou jurídicas sejam ideais, porém com chances diminutas quando ocorrerem casos difíceis, pois há concorrência de aplicação de princípios, ensejando a ponderação[279] ou balanceamento[280] dos princípios (valores) em colisão. Thomas Bustamante apresenta a seguinte distinção entre regras e princípios, considerando a possibilidade de ponderação:

> Enquanto os princípios devem ser otimizados segundo a máxima da proporcionalidade para que sejam determinadas as possibilidades fáticas e jurídicas em que eles devem ser aplicados, de sorte que a operação básica de sua aplicação é a ponderação, as regras contêm mandados definitivos e a operação básica para sua aplicação é a subsunção.[281]

O questionamento que surge neste momento é saber se os preceitos normativos trazidos no Art. 2º da Lei 9.874/99 são princípios à luz da teoria de Alexy (2008). Antecipando a resposta, pode-se dizer que, primrdialmente,[282] sim, pois na sua maioria a estrutura normativa dos preceitos trazidos se identifica com o modelo de Alexy (2008), principalmente pela ampla possibilidade de colisão com outros princípios do ordenamento jurídico nacional. Por isso, sua realização pode sofrer limitações após a ponderação dos valores conflitantes.

---

[277] SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45.
[278] SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45.
[279] *Ibid*., p. 46.
[280] Segundo Canotilho, princípios, ao constituírem exigências de *otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses, não obedecendo suas regras à lógica do tudo ou nada. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1161.
[281] BUSTAMANTE, Thomas. **Princípios, regras e conflitos normativos**: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. Disponível em < http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo7%20Thomas.pdf>. Acesso em 18 mai.2012, p. 154.
[282] As exceções que entendemos existir serão tratadas no tópico seguinte.

Quanto a possíveis questionamentos sobre a possibilidade de caracterização de um princípio em norma infraconstitucional, vale à pena colacionar o entendimento de Mello (2012), que, partindo da ideia de que princípios seriam normas que não descreveriam situações fáticas nem determinariam consequências, afirma que a natureza normativa dos princípios independe de sua topologia no ordenamento jurídico, pois:

> Não há duvida, inicialmente, de que a problemática relativa à natureza normativa dos princípios foi suscitada e é estudada com maior ênfase pela doutrina do direito constitucional, preocupada com a efetivação dos direitos fundamentais enunciados nas constituições mais recentes. Essa circunstância, contudo, não faz com que constitua matéria exclusiva do direito constitucional, nem restrita, apenas, à doutrina dos direitos fundamentais. Princípios que sejam enunciados em textos legislativos infraconstitucionais, como direito civil, direito administrativo, direito penal, têm a mesma natureza e devem ter tratamento igual àqueles que se encontram postos em constituições.[283]

Mesmo que a conclusão de Mello (2012) parta de uma estrutura normativa que considera princípio como norma, desde que atendidas às exigências de: 1) "[...] uma formal, referente à completude de sua estrutura proposicional, que deve conter, essencialmente, a descrição do suporte fático e a prescrição de um preceito [...]"[284] e 2) "[...] outra de natureza material, concernente ao poder de incidência, decorrência da qual as condutas previstas ficam vinculadas a seus comandos[....]",[285] diferente da pensada por Alexy (2008), a qual foi adotada aqui, é relevante tal proposta, justamente por desmistificar a ideia de que princípios somente seriam aqueles dispositivos previstos em ordenamentos constitucionais.

Meton Marques de Lima (2002) reconhece que os princípios gerais encontrados na legislação infraconstitucional "[...] cumprem todas suas funções normativas informadora, fundamentadora, supletória, integrativa e interpretativa".[286] Porém, ressalva que a principiologia mais avançada se encontra na Constituição Federal de 1988, "[...] razão pela qual deve nortear a interpretação e aplicação de todo direito nacional, estabelecendo uma *tendência principialista*".[287]

Muito embora Canotilho (2003) trabalhe sua teoria sobre princípios no âmbito de um sistema exclusivamente constitucional, são de grande valia seus ensinamentos, principalmente a concepção de que princípios podem ser concretizados através de outros

---

[283] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da existência. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50-51.
[284] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da existência. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 51.
[285] *Ibid*., *loc. cit.*
[286] LIMA, Francisco Meton Marques de. **O resgate dos valores na interpretação constitucional**: por uma hermenêutica reabilitadora do homem com ser moralmente melhor. Fortaleza: ABC Editora, 2001. p. 136.
[287] *Ibid*., *loc. cit.*

princípios ou servir como densificadores do princípio democrático ou do princípio do Estado de Direito.[288] Conforme Canotilho (2003), densificar uma norma significa "[...] preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos".[289]

A densificação, entende Canotilho (2003), é uma técnica bem mais prática do que a tentativa de se achar o real significado de um preceito, afirmando que "[...] a densificação do sentido constitucional dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado".[290] Entende, ainda, que as normas que densificam direitos fundamentais não interferem no conteúdo protegidos desses direitos, pois têm a função de precisar o conteúdo de tais direitos.[291]

Ainda sobre a densificação das normas jurídicas, é uma característica inerente aos princípios gerais, pois segundo Dimoulis (2006):

> O texto das normas jurídicas deve ser visto como filtro ou tecido, cuja textura é mais ou menos densa. O grau de porosidade (abertura, abstração) do texto normativo é indicado pelo número e pela diversidade das alternativas de interpretação que esse texto autoriza, isto é, das alternativas que podem passar pela "peneira" do próprio texto. [292]

Vê-se claramente que o intuito dos legisladores responsáveis pela criação da Lei 9.784/99 foi concretizar vários dispositivos constitucionais, não o fazendo apenas por normas tidas por regras, mas também por normas principiológicas, especialmente porque as normas constitucionais a serem concretizadas apresentavam baixo grau de densidade em sede de processo administrativo, como o princípio democrático e do devido processo legal administrativo.

Dúvidas não há, por exemplo, que a previsão do princípio da razoabilidade na Lei 9.784/99, em seu art. 2º, *caput*, veio densificar o mesmo princípio, que, de maneira implícita, é previsto na Constituição Federal de 1988. Isso quer dizer que, no caso concreto, a decisão administrativa deverá afirmar uma relação de coerência entre a citada e a interpretação da Constituição, afastando qualquer dúvida sobre a aplicação de tal princípio no âmbito do processo administrativo.

---

[288] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1182.
[289] *Ibid*., p. 1201.
[290] *Ibid*., p. 248.
[291] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1276.
[292] DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 248.

Há clamores sociais de uma efetivação da democracia na atuação administrativa, requerendo a densificação das decisões administrativas, tendo o processo administrativo importante papel nessa súplica social, principalmente por ter a Lei 9.784/99 pormenorizado e até mesmo reafirmado condutas a serem obedecidas pela Administração. Importa dizer, também, que o processo administrativo é um densificador de direitos fundamentais, na medida em que é um instrumento de fazer valer tais direitos no caso concreto, não sendo atributo exclusivo do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário.[293]

Embora sejam tais princípios autoaplicáveis por conta do constitucionalismo atual, adverte Gilmar Mendes (2012) que para todas as normas, em certo sentido, falta-lhes a completude, até mesmo por serem, por definição, detentoras de abstratividade e generalidade, "[...] necessitando, por isso mesmo, do trabalho do intérprete para serem aplicadas aos casos da vida social. As normas autoaplicáveis, de seu lado, não excluem necessariamente novos desenvolvimentos por meio de legislação ordinária".[294]. Porém, tal tarefa pode ser exercida pelo julgador administrativo, desde que realizada em uma ambiente de harmonia com os preceitos constitucionais relacionados com as normas densificadoras.

3.2 Resolução de conflito principiológico pelo administrador

Com a ideia assentada de que as normas do Art. 2º da Lei 9.784/99 constituem princípios à luz da teoria de Alexy, descartada não está a possibilidade da ocorrência de colisão entre eles, ou entre eles e outros princípios, quer de origem infraconstitucional, quer com assento na própria Constituição.

Assim, por conta de tal natureza jurídica atribuída àquelas normas previstas na Lei 9.784/99, deve o administrador público, tanto no início, quanto no desenvolvimento e conclusão de um processo administrativo, usar tais princípios para chegar a sua conclusão de forma mais justa, devendo ponderar os valores em conflito para atingir tal fim. Não será para o administrador um terreno de superfície linear, principalmente pelo fato de que deverá tomar decisões baseadas em valores não tão precisamente determinados e também de pouca densidade normativa.

---

[293] Sobre a densificação dos princípios constitucionais, ver: AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

[294] MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 78.

Deverá o administrador, forçosamente, para poder gerar uma decisão democraticamente legítima, ingressar no campo da Axiologia para produzir resultados coerentes aos valores veiculados,[295] sendo estes polarizados, implicando-se reciprocamente, no sentido de que nenhum realiza sem influir na realização dos demais. Tal tarefa pode aparentar certa dificuldade, mas poderá ser facilitada desde que atendidos os valores constitucionais contidos no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no princípio democrático pelo aplicador do direito em pauta.

Dúvidas não restam quanto à natureza principiológica, em regra, dos preceitos veiculados no Art. 2º da Lei 9.784/99. Assim, conforme Alexy (2008), em face de uma colisão entre princípios, será dado um valor decisório ao princípio, o qual terá, naquele caso concreto, um maior peso relativo, sem que isso signifique a invalidação do princípio conflitado com aquele de peso maior. Sobre o conflito entre princípios afirma Willis Guerra Filho (2009) que: "[...] a decisão tomada, em tais casos, sempre irá privilegiar um (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro(s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia".[296]

Assim, caso haja a colisão principiológica em um processo administrativo, deverá o administrador, ao prolatar sua decisão, fazer sua opção por aquele princípio que mais se aproxime da dignidade da pessoa humana e, em face do caráter democrático da Lei 9.784/99, deverá aquele escolher o princípio que mais efetive o princípio democrático, cuja incidência é fundamental para a legitimidade da decisão a ser tomada. Para encontrar o princípio que tenha maior peso naquele caso concreto, resolve-se a colisão "[...] na dimensão do valor, utiliza-se a cedência, em que um cede ao outro, sem, contudo, perder a validade".[297]

Quanto à dignidade da pessoa humana como valor, não há hesitação de que a mesma seja critério para a resolução de colisão entre princípios,[298] embora seja um princípio cujo conteúdo não tenha um conceito fixo, porém, conforme Fernanda Rivabem, é-lhe atribuída máxima relevância jurídica, "[...] cuja pretensão é a de ter plena normatividade, uma

---

[295] De acordo com Miguel Reale, várias são as características dos valores, entre eles a polaridade, a implicação, a referibilidade, a incomensurabilidade e a graduação hierárquica. Destaca-se, dentre estas, a polaridade, justamente por ser inerente à teoria dos princípios, especialmente quando se trata da ponderação de princípios em colisão. Cf. REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 163.

[296] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: SRS Editora, 2009. p. 67.

[297] LIMA, Francisco Meton Marques de. **O resgate dos valores na interpretação constitucional**: por uma hermenêutica reabilitadora do homem com ser moralmente melhor. Fortaleza: ABC Editora, 2001. p. 133.

[298] Sobre a dignidade da pessoa como valor, cf. BARCELOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2011. p. 103-121 e BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 250.

vez que colocado, pelo Constituinte brasileiro, em um patamar axiológico-normativo superior e, por isso, a importância do estudo desse princípio como valor fonte".[299]

Quanto à democracia como valor, colaciona-se o pensamento de Paulo Márcio Cruz que, entendendo a democracia não como um mero procedimento, afirma: "[...] Ela é, acima de tudo, um valor que pressupõe a aplicação de outros princípios, como o da liberdade de expressão e opinião, liberdade de obtenção de informação imparcial e correta e publicidade dos fatos que se referem à esfera pública". [300]

Muitos valores democráticos estão disseminados pela Constituição Federal, como a participação, a transparência, a representatividade, o controle, todos retratados no conteúdo deste trabalho, devendo eles ser observados como parâmetros para resolução de um caso concreto a ser resolvido em um processo administrativo, caso haja princípios em tensão conflitiva em que se irá privilegiar um em detrimento de outro.

Deve-se lembrar de que todos os princípios se mantêm íntegros em sua validade, porém apenas diminuídos, de forma circunstancial e pontual, em sua eficácia, sem revogar ou retirar o princípio menos influente do mundo jurídico.[301]

Assim, o administrador, ao decidir eventual conflito principiológico, deve concluir por uma decisão que atribua máxima efetividade ao princípio democrático, estimulando, inclusive, a que ele se manifeste em outras situações futuras, pois somente assim terá ele a consciência de que pode e deve influenciar na decisão a ser tomada.

Como já falado no capítulo primeiro, os valores defendidos em uma democracia puramente representativa são substancialmente frágeis e, com isso, deve estar atento o administrador ao resolver uma colisão de princípios, pois o substrato material contido nos artigos 1º e 3º, bem como em vários outros espalhados pelo corpo da Constituição Federal, amplia, e muito, o poder de participação do administrado, restringindo assim a amplitude de um princípio que, no caso concreto, seja contrário a tais valores, pois é inerente ao princípio democrático a limitação do poder.[302]

---

[299] RIVABEM, Fernanda Schaefer. **A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro**. Disponível em: <ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/download/7003/4981>. Acesso em: 14 mai. 2012.

[300] CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e pós-modernidade. *In*: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2006, Manaus. **Anais**... Manaus: CONPEDI, 2006. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/paulo_marcio_cruz.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2012.

[301] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: SRS Editora, 2009. p. 67.

[302] BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade** (algumas observações sobre o Brasil). Disponível em < http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>. Acesso em: 14 mai. 2012.

É assim que se deve pensar e resolver um conflito principiológico em sede processual administrativa. A teoria de Alexy (2008) é perfeitamente aplicável para se chegar à resolução de tal modelo de conflito, isso por se entender que os princípios previstos na Lei 9.784/99 têm a mesma estrutura normativa proposta pelo autor supracitado, assim como a ponderação entre eles é que vai dizer qual dos dois (ou mais princípios) deve(m) prevalecer para aquele caso concreto.

Faz-se necessário ressaltar que o princípio da proporcionalidade é muito utilizado no momento da aplicação do método da ponderação quando se apresenta uma situação de conflito entre princípios, porém se deixará para analisá-lo quanto forem tratados os princípios administrativos da Lei 9.784/99 de forma individualizada.

Por último, quanto a este item, faz-se mister consignar que há doutrina pátria que crítica a proposta normativa de Alexy (2008), de lavra de Humberto Ávila (2009), o qual optou por uma metodologia diferente da do mestre alemão, propondo a superação do modelo dicotômico proposto por tal jurista, ao criar uma terceira categoria de norma, denominada de "postulados normativos aplicativos"; definiu-os como: "[...] normas imediatamente metódica que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação".[303]

Este trabalho não entrará no mérito se a teoria de Ávila é adequada ou não, ou merecedora da crítica de Virgílio Afonso da Silva,[304]. Quer-se, na verdade, registrar que o entendimento de Ávila sobre regras e princípios não retira o caráter normativo destes, nem sua possibilidade de ponderação, ao afirmar que os princípios para serem aplicados "[...] exigem uma avaliação, correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado das coisas que deve ser promovido".[305]

Outra similitude à proposta aqui desenvolvida é o fato de Ávila encontrar certa carga de valores nos princípios. Afirma que estes são relacionados, porém não se confundem. Os princípios se situam no plano deontológico; os valores, por sua vez, no plano axiológico.[306]

Assim, resta incontroversa a natureza normativa dos princípios elencados pela Lei 9.784/99. Esses princípios são normas de aplicação diferentes das regras. Nestas prevalece o caráter subsuntivo; naqueles só o caso concreto é que definirá o que vai prevalecer, pois a

---

[303] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 122.
[304] Cf. SILVA, V. A. da. **O proporcional e o razoável**. Disponível em: <www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/.../1179>. Acesso em: 15 mai. 2012.
[305] ÁVILA, 2009, p. 83.
[306] *Ibid*., p. 80.

carga valorativa de cada princípio incidente na situação que vai determinar a sua aplicabilidade. Para ser democrático o processo, não pode o administrador esquecer que sua decisão deverá considerar como valores, para fins de ponderação, a dignidade da pessoa humana e a democracia, valores estes fundamentais à legitimidade da decisão a ser prolatada.

3.3 Compõem as normas da Lei 9.784/99 o chamado bloco de constitucionalidade?

Ao analisar a natureza normativa das normas da Lei 9.784/99, nos deparáramos com tal questionamento. Sobre a indagação, é importante assumir uma posição. Tais normas, por conta da cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, configuram-se como direitos fundamentais materiais,[307] integrando assim o denominado pela doutrina e jurisprudência de bloco de constitucionalidade.[308]

Porém, é de bom alvitre, antes que a afirmação acima provoque confusão, explicar o entendimento sobre a expressão bloco de constitucionalidade, para, ao final, responder-se a indagação apresentada no parágrafo anterior. A tarefa de definição do que seja e do que se compõe o bloco de constitucionalidade não é de fácil realização. Afirma Ângelo Vargas que a imprecisão do termo é determinada pela variação em cada Estado, pois:

> Essa tarefa de definir quais são as normas que compõem a Constituição e, portanto, aquelas aptas a tornearem o instituto do Bloco de Constitucionalidade, demonstrando as balizas constitucionais de determinado país, acabam por se tornar mais árdua quando visualizada de uma maneira global, ou seja, sem definir previamente um ordenamento jurídico em específico. O conceito do Bloco de Constitucionalidade está enrijecido nessa problemática.[309]

José Alfredo de Oliveira Baracho (1996), ao tratar do princípio da subsidiariedade, enquadrando-o no conteúdo do bloco de constitucionalidade, afirma que: "[...] o bloco de constitucionalidade está constituído por um conjunto de normas que não

---

[307] Constituição Federal de 1988, art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[308] Tal expressão foi apresentada pela primeira vez no Conselho da França, em 1971, no clássico caso em que se estendeu a juridicidade de texto constitucional aos valores materiais proclamados no preâmbulo da Carta de 1958. De forma simples, é de se entender o bloco de constitucionalidade como a extensão da valoração da Constituição a dispositivos e a princípios externos ao texto formalmente constitucional, atribuindo a tais normas externas àquela uma força cogente, condicionante da atividade legislativa. Cf. MELLO, Vitor Tadeu Carramão. **O bloco de constitucionalidade como parâmetro de proteção dos direitos fundamentais**. Disponível em: < http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris_2/artigo4.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2012.

[309] VARGAS, Ângelo Miguel de Souza. **O bloco de constitucionalidade**: reconhecimento e consequências no sistema constitucional brasileiro. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5710>. Acesso em: 11 mai. 2012.

pertencem formalmente à Constituição".[310] Para Bernardo Coelho, trata o bloco de constitucionalidade de: "[...] uma condensação de princípios que se situa num plano supra-constitucional e que servirá de parâmetro para decisões que envolvam os temas nele inseridos".[311]

A noção de bloco de constitucionalidade é de grande valia e de uso frequente em questionamentos existentes referentes a controle de constitucionalidade, afirmando Vargas que: "[...] a importância do bloco de constitucionalidade se apresenta, justamente, por estar inserido dentro da estrutura constitucional no estudo do controle de constitucionalidade das leis e, também, na hierarquia das normas jurídicas".[312] Vargas, ao analisar a teoria sobre o bloco de constitucionalidade na França, na Espanha e no Brasil, sustenta que cada país construiu isoladamente o seu próprio conteúdo, variando de Estado para Estado, porém havendo um conteúdo em comum.[313]

Inerente à ideia de bloco de constitucionalidade é a compreensão do ordenamento constitucional pátrio como um sistema, formado não só pelas normas formalmente escritas, promulgadas na Constituição de 1988, bem como pela integração a estas de normas constitucionais fora do texto constitucional, com fundamentos no § 2º, do art. 5º, bem como nos princípios constitucionais implícitos. A noção de sistema remonta à Grécia clássica com Platão e Aristóteles,[314] mas a de sistema jurídico é bem identificada com Kelsen, recorrendo ao argumento de validade de uma norma à sua hierarquicamente superior, para afirmar que a ordem jurídica é um sistema, pois "[...] pode-se testar se uma norma pertence a certo sistema de normas, a certa ordem normativa, apenas verificando se ela deriva a sua validade da norma fundamental que constitui". [315]

Outro conceito de sistema é o apresentado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2006), consistindo em: "[...] conjunto de objetos e seus atributos, mais as relações entre eles, conforme certas regras. Os objetos são os componentes do sistema, especificados pelos seus atributos, e as relações dão o sentido de coesão ao sistema".[316] Porém, para efetivamente se ter um sistema jurídico, é relevante saber se "[...] o conjunto dos elementos que compõem a

---

[310] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade:** conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 80.
[311] COELHO, Bernardo Leôncio Moura. **O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança**. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176262>. Acesso em: 10 mai. 2012.
[312] VARGAS, 2012, p. 14.
[313] *Ibid*., *loc. cit.*
[314] NAY, Olivier. **História das ideias políticas**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 39-50.
[315] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 116.
[316] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 140.

ordem (repertório do sistema) é fixo ou variável ou se o conjunto das regras que relacionam os elementos entre si (estrutura do sistema) é estável ou instável".[317]

Inerente também à análise do que consista o bloco de constitucionalidade, é a noção de fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porém, antes da exposição de tal noção, convém apresentar a ideia dicotômica das normas constitucionais classificadas como constituição formal e constituição material, principalmente pelo fato de que tal ideia permite diferenciar, com mais precisão, quais as normas que se apresentam como essencialmente constitucionais daquelas que adquirem tal *status* pelo simples fato de constarem naquele catálogo.

Para Bonavides (2009), Constituição material: "[...] é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais".[318] Já sob o ponto de vista formal, afirma Bonavides (2009) que:

> As Constituições, não raro inserem matéria de aparência constitucional. Assim se designa exclusivamente por haver sido introduzida na Constituição, enxertada no seu corpo normativo e não porque se refira aos elementos básicos ou institucionais da organização política.[319]

Jorge Miranda (2011) também reconhece tal dicotomia, analisando-a sob duas perspectivas pelas quais pode ser considerada uma Constituição, quais sejam: uma perspectiva material – a qual atende ao seu objeto, ao seu conteúdo ou à sua função, bem como, a uma perspectiva formal – em que se atende à posição das normas constitucionais em face das demais normas jurídicas e do modo como se articulam e se recortam no plano sistemático do ordenamento jurídico.[320] Interessante é o entendimento de constituição material para Canotilho (2003), que conceitua no seguinte:

> [...] é o conjunto de fins e valores constitutivos do principio efectivo da unidade e permanência do ordenamento jurídico (dimensão objetiva), e o conjunto de forças políticas e sociais (dimensão subjectiva) que exprimem esses fins e valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da constituição escrita.[321]

Para Gilmar Mendes (2012), constituição, em sentido formal, é "[...] o documento escrito e solene que positiva as normas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por

---

[317] *Id*. **Concepção de sistema jurídico no pensamento de Emil Lask**. Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/107> . Acesso em: 13 mai. 2012.
[318] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 80.
[319] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 81.
[320] MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 321.
[321] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1139.

um processo constituinte específico". [322] Já constituição, em sentido material, para Gilmar Mendes, é conceituada a partir do novo constitucionalismo como:

> [...] o conjunto de normas que instituem e fixam competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como serão dirigidos e por quem, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais órgãos. Compõem a Constituição também, sob esse ponto de vista, as normas que limitam a ação de órgãos estatais, em beneficio da preservação da esfera de autodeterminação dos indivíduos e grupos que se encontram sob a regência desse Estatuto Político.[323]

Não se poderia deixar de apresentar a conceituação apresentada por Vargas (2012), que traz, de forma simples, o seu conceito de constitucionalidade material, clareando alguma dúvida que possa surgir das concepções acima apresentadas, consistindo nas normas que evidenciam as características de um Estado, sendo "[...] aquelas que delineiam a real estrutura do Estado demonstrando a divisão de competências, a distribuição e organização do poder, a forma de governo, os direitos e garantias fundamentais".[324] São normas que na verdade "[...] representam toda a estrutura mínima, necessária e essencial para a formação de qualquer Estado".[325]

Como se vê, é ínsita à noção de constituição material, em todas as conceituações apresentadas, a defesa, a preservação e a concretização dos direitos fundamentais. Porém, as noções apresentadas, em momento algum, descartam a ideia da Constituição como sistema, tendo cada norma, seja de conteúdo material, seja de conteúdo formal, suas respectivas funções, estando elas, inclusive, no mesmo plano hierárquico no corpo constitucional, desde que oriundas da formação original de uma constituição.

No entanto, é característica do sistema constitucional brasileiro ser aberto, permitindo que se a capte a constante evolução da realidade social do Estado, fazendo com que tal sistema evolua. Necessária à tal evolução é a aplicação da teoria normativa dos princípios proposta por Alexy, justamente por apresentar uma possibilidade de conformação normativa à nova realidade social que desponta.

---

[322] MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 64.

[323] *Ibid*., p. 62.

[324] VARGAS, Ângelo Miguel de Souza. **O bloco de constitucionalidade**: reconhecimento e consequências no sistema constitucional brasileiro. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5710>. Acesso em: 11 mai. 2012. p. 52.

[325] VARGAS, Ângelo Miguel de Souza. **O bloco de constitucionalidade**: reconhecimento e consequências no sistema constitucional brasileiro. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5710>. Acesso em: 11 mai. 2012. p. 52.

Imaginar um sistema jurídico só regido por regras, rígido em sua adequação, é praticamente impossível, pois se exigiria do legislador infraconstitucional uma atividade impraticável de esgotar legislativamente todas as possibilidades de ocorrências sociais.[326]

Da mesma forma, é impensável um sistema com exclusividade normativa de princípios, estando ele fadado ao fracasso por conta da insegurança gerada pela indeterminação principiológica e a inexistência de regras precisas capazes de reduzir sua complexidade.[327]

No caso brasileiro, deve-se destacar a importância dos direitos fundamentais para a caracterização do sistema constitucional ora tratado, especialmente pelo fato de que eles não constituem um rol taxativo do art. 5º, estando eles disseminados por toda a Constituição, bem como pela cláusula do art. 5º, § 2º, a qual traz para o ambiente material daquele documento positivações normativas, inclusive em tratados internacionais, mesmo após a inclusão do parágrafo terceiro ao mesmo art. 5º, após a sua inclusão pela Emenda Constitucional 45.

Nesse diapasão, a configuração plena de um direito fundamental pode não ser encontrada no corpo constitucional, pois a concepção sistêmica do conjunto de direitos fundamentais faz com que o intérprete e o aplicador das normas busquem em outros segmentos normativos, além do constitucional, proposições jurídicas que decorram daqueles direitos previstos preliminarmente no âmbito da Carta, completando assim o sentido da própria Constituição.

Assim, os direitos fundamentais proporcionam o reconhecimento da materialidade constitucional em outros textos normativos fora da Constituição, ou seja, de fundamentalidade em normas de natureza infraconstitucional, formando todos estes um grande sistema material, onde a fundamentalidade é o ponto em comum. Sarlet (2009), após ponderar várias teorias contrárias à fundamentalidade material da legislação infraconstitucional, afirma que tais normas podem ser dotadas de fundamentalidade, pois:

> [...] a despeito desse entendimento, não nos parece de todo desarrazoada uma interpretação de cunho extensivo que venha a admitir uma abertura do catálogo de direitos fundamentais também para posições jurídicas reveladas, expressamente, antes da legislação infraconstitucional, já que, por vezes, é ao legislador ordinário que se pode atribuir o pioneirismo de recolher valores fundamentais para determinada sociedade e assegurá-los juridicamente, antes mesmo de uma constitucionalização. [328]

---

[326] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1162.
[327] *Ibid*., *loc. cit.*
[328] SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 88.

Desta forma, vê-se que os direitos fundamentais, além de outros papéis no âmbito de sua teoria, exercem a função de identificar, através de sua materialidade, o sistema constitucional aqui tratado, representando, também, um núcleo a ser protegido em qualquer local em que se encontre, quer no âmbito interno da Constituição, quer no âmbito infraconstitucional, caracterizado este por meio de tratados internacionais ou mesmo mediante normas que decorram dos princípios exarados por aquela norma.

Boa parte da doutrina não mais discute a fundamentalidade material dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil que veiculassem direitos fundamentais.[329] Muito menos agora com a vigência da Emenda Constitucional 45, a qual passou a dar a esses tratados o *status* de emenda constitucional, caso atendido o procedimento formal exigido. Era notório que os tratados internacionais serviam de instrumento para veicular os direitos e garantias fundamentais, sendo tal fato requisito à sua admissão como mecanismo de ampliação do campo constitucional, atividade necessária para a sua admissão no bloco de constitucionalidade.

Pelo visto, a teoria sobre bloco constitucional decorre do urgente reconhecimento de uma doutrina que consolide e amplie o rol de direitos fundamentais no âmbito jurídico, principalmente pelo fato de que:

> [...] a Constituição se apresenta como uma obra aberta e compromissória, por possuir expressão de compromisso, os valores nela inseridos são como seres vivos, sempre em contínuo movimento de fluxo e refluxo, dependendo, sempre e sempre, de fatores circunstanciais e históricos.[330]

Canotilho (2003), ao tratar dos parâmetros para controle da constitucionalidade da legislação portuguesa, considerando as posições doutrinárias que se enfrentam em torno do tema, ministra que:

> [...] Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema

[329] Conforme Flávia Piovesan (2006), a Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes a natureza de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes dos tratados internacionais integram e completam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais. Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 58.

[330] JOSINO NETO, Miguel. **O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14343-14344-1-PB.htm>. Acesso em: 17 mai. 2012.

> oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.[331]

Entende Canotilho (2003), na primeira perspectiva, que o parâmetro da constitucionalidade (bloco de constitucionalidade) se reduz às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; já quanto à segunda posição, o parâmetro constitucional é mais amplo do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, alargando-se, no mínimo, aos princípios reclamados pelo "[...] 'espírito' ou pelos 'valores' que informam a ordem constitucional global".[332]

Pelo visto, Canotilho (2003) concorda com o entendimento que expande o bloco de constitucionalidade, alcançando as normas infraconstitucionais, ampliando o alcance da materialidade constitucional mesmo diante do texto formal de uma Constituição, sendo uma realidade não só na Constituição brasileira, mas também na Constituição portuguesa, revelando uma identidade quanto aos reflexos da cláusula de abertura contidos nestes dois textos normativos ora citados.

Assim, se for necessária a veiculação dos direitos com fundamentalidade material, para que uma norma infraconstitucional faça parte do bloco de constitucionalidade, poder-se-ía afirmar, com precisão, que a Lei 9.784/99 faz parte deste bloco. Ora, tal lei efetiva vários direitos fundamentais previstos no corpo da Constituição Federal de 1988. Veja-se o art. 2º, que diz: "[...] Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência".

Não há dúvidas de que a citada norma traz para o processo administrativo um conjunto de preceitos e princípios decorrentes da Constituição, inclusive implícitos, não havendo como negar, também, sua vocação para efetivar em sua plenitude os direitos fundamentais previstos na Carta de 1988. Sobre tal assertiva, pode-se colacionar parte do voto do ministro Celso de Melo na ADI nº 595/ES, quando tratava, em parte do voto, sobre o bloco de constitucionalidade:

---

[331] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 919.
[332] *Ibid*., p. 920.

> [...] É por tal motivo que os tratadistas - consoante observa JORGE XIFRA HERAS ("Curso de Derecho Constitucional", p. 43) -, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explicita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da ideia de ordem constitucional global. Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar - quer elastecendo-as, quer restringindo-as - as próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política.[333]

Em todo corpo deste trabalho, propõe-se o entendimento de que o processo administrativo deve ser visto como um instrumento capaz de propiciar uma participação do administrado de forma democrática. Na verdade, propõe-se um aumento do referencial democrático no âmbito da Administração. Assim, não se pode negar a importância da Lei 9.784/99 para tal mister.

Além de ratificar princípios previstos constitucionalmente como o contraditório, a segurança jurídica, a ampla defesa, propicia tal norma uma real e efetiva participação democrática ao prever, em seus artigos 31, 32 e 33, a possibilidade de realização de consultas públicas, audiências públicas pela Administração Pública. Essa norma ainda cria para o administrador a faculdade de usar outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas (art. 33).

Como se verá no capítulo seguinte, tanto as consultas públicas, como as audiências públicas, são instrumentos de grande valia para a efetivação do princípio democrático. Princípio este que decorre de vários dispositivos constitucionais, em especial de todo art. 1º da Constituição Federal de 1988.

Assim, como uma das principais funções do bloco de inconstitucionalidade é resolver conflitos normativos no âmbito do ordenamento jurídico, deve-se entender que tal norma não pode ser passível de interpretação que venha a prejudicar a efetivação do princípio participativo, bem como do princípio democrático, não podendo, também, o legislador ordinário atuar no sentido de restrição a tais princípios, editando norma que revogue os

---

[333] Voto do ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 595/ES. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=37&dataPublicacaoDj=26/02/2002&incidente=1524873&codCapitulo=6&numMateria=16&codMateria=2>. Acesso em: 15 mai. 2012.

dispositivos daquela lei que veiculam direitos e garantias fundamentais. Leia-se que na expressão legislador ordinário também se encontra a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo, ao efetivar o controle de constitucionalidade, quer em sede controle abstrato, quer em sede de controle concreto.

É fato que a proposta deste estudo tem fundamento no todo construído sobre a doutrina do bloco de constitucionalidade. Sua compreensão requer reflexões, principalmente do administrador na hora de interpretar e aplicar as normas da Lei 9.784/99, sendo um grande paradigma para tal atividade o acompanhamento das decisões judiciais que efetuarem controle de constitucionalidade de direitos fundamentais veiculadas em normas infraconstitucionais.

3.4 Princípios do processo administrativo federal

Princípios, como já exposto, são encontrados nos mais diversos preceitos jurídico-normativos, e não só no ambiente constitucional. Ou seja, os princípios não são exclusividade da Constituição, localizando-se, também, no restante do ordenamento jurídico pátrio. Porém, os princípios constitucionais são os que mais se destacam pelo fato de se encontrarem na norma (Constituição) que serve de fundamento para o restante de todas as outras normas do ordenamento.

Na função de normas orientadoras de todo o sistema jurídico, aqui tendo aquela qualificação proposta por Bandeira de Mello (2010),[334] já apresentada, exercem os princípios a orientação das outras normas, interferindo na interpretação de todas as normas que irradiam seus valores, bem como na atuação dos aplicadores do direito, construindo o sentido de todas as normas aplicáveis a cada caso concreto.

Neste sentido, denota-se a importância dos princípios constitucionais que exercem tais funções no âmbito do processo administrativo, em especial os constantes no art. 37, *caput,* da Constituição Federal de 1988, porém não esquecendo que princípios implícitos têm profunda importância na consecução dos objetivos traçados pelo legislador constituinte originário, como se pode concluir, a título de exemplo, do princípio da razoabilidade.

Neste trabalho, sobreleva-se o estudo sobre princípios em todos os capítulos até aqui expostos, especialmente os previstos na Constituição. No entanto, não descartando a importância de tais princípios para as conclusões a serem finalizadas, bem como por

[334] Vide nota 265, pag. 100.

necessidade metodológica, este estudo se limitará a investigar apenas os princípios veiculados pela Lei 9.784/99, pelo fato de tais normas apresentarem a alma de tal lei.

Apresentaremos nosso entendimento sobre tais normas, especialmente, e também como já exposto, à luz da teoria normativa de Robert Alexy (2008), não descartando a qualificação na forma pensada por Bandeira de Mello (2010), por não ser esta caracterização[335] descartada pelo próprio Alexy (2008), mas sempre vendo a influência de tais normas quanto ao seu caráter participativo conforme proposição deste estudo.

Entender os princípios consoante Alexy (2008) é perceber que eles são mandados de otimização que devem ser realizados na sua maior medida possível, não constituindo deveres definitivos, mas sim *prima facie*, nos quais, para sua aplicação, devem ser ponderados os valores a eles ínsitos, com o objetivo de que a decisão final atenda preceitos iluminadores do sistema constitucional ao qual estão vinculados.

É necessário, então, para uma compreensão da estrutura das normas tidas como princípios pela Lei 9784/99, fazer-se uma incursão por tais preceptivos, na tentativa de saber se eles comportam a possibilidade de ponderação quando de sua aplicação, possibilidade esta que levará uma maior efetivação do processo administrativo como instrumento de participação democrática, desde que o exercício de ponderação sobreleve o valor da democracia como instrumento de sopesamento.

Embora a Lei 9784/99 apresente uma ordem, conforme o seu Art. 2º, nos seguintes termos: "[...] Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência [...]", analisar-se-á a norma apresentada ora de forma pontualizada, ora de forma agregada. Isso ocorrerá por conta da vinculação existente entre eles, podendo uma análise individualizada prejudicar o sentido que será atribuído a cada norma.

3.4.1 Princípio da legalidade

Conforme Eros Roberto Grau (2011), "[...] o princípio da legalidade consubstancia, em sua origem, um dado fundamental para a construção da noção de Estado de Direito [...] consubstancia extensão da teoria da soberania popular e da representação

[335] Conforme nota 265, principio seria um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racional idade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

parlamentar".[336] Ainda para Grau, fazendo uma leitura crítica quanto ao princípio da legalidade, a Constituição contém a ação do Estado, encontrando a burguesia, no instituto da separação dos poderes, condições adequadas à defesa de seus interesses, em especial os econômicos e de propriedade, pois somente através de um consenso da própria burguesia é que poderia ser alterado tal *statu quo*.[337]

Para Marcelo Harger (2008), o Estado de Direito tem como elemento central a submissão da atividade estatal à lei, correspondendo tal concepção ao dogma de Rousseau de que o povo é o detentor do poder, o qual é exercido pelos seus representantes.[338]

No ordenamento jurídico pátrio, a legalidade como norma tem assento no Art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, retratado pela máxima: "[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Segundo Nohara e Marrara (2009), isso representa uma das maiores garantias aos cidadãos, os quais não serão obrigados a fazer ou coagidos a não fazer, a não ser em virtude de lei, exigência que vincula tanto os particulares como o próprio Estado.[339]

De acordo com Odete Medauar (2010), uma das decorrências de um Estado ser visto como Estado decorre do princípio da legalidade, o qual informa as atividades da administração, criando o estigma, com o decorrer de sua aplicação, de que a submissão da Administração à lei tornava o poder objetivado e de que obedecer à Administração era obedecer à própria lei, e não à vontade instável da autoridade.[340]

A dúvida aqui apresentada é saber, se tal norma pode ser entendida sob os olhos da teoria de Alexy (2008) como princípio, especialmente se há possibilidade de ser ponderada quando de sua aplicação. Bustamante (2005), ao analisar a obra de Alexy (2008), afirma que a diferença de tais normas (regras e princípios) estaria no âmbito de sua aplicação:

> [...] Enquanto os princípios devem ser otimizados segundo a máxima da proporcionalidade para que sejam determinadas as possibilidades fáticas e jurídicas em que eles devem ser aplicados, de sorte que a operação básica de sua aplicação é a ponderação, as regras contêm mandados definitivos e a operação básica para sua aplicação é a subsunção.[341]

---

[336] GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 171.
[337] *Ibid*., *loc. cit.*
[338] HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 92-93.
[339] NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo**: lei 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009. p. 46.
[340] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 127.
[341] BUSTAMANTE, Thomas. **Princípios, regras e conflitos normativos:** uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. São Paulo: Renovar, 2005. p. 154.

Ressalte-se que, na obra de Alexy (2008), não há lugar para existência de princípios absolutos, ou seja, princípios que não cederiam frente a outros princípios. Caso ocorressem, a definição de princípio deveria ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em colisão, não haveria limites jurídicos, mas apenas fáticos, acarretando a não aplicação do teorema da colisão principiológica.[342]

Medauar (2010) afirma, com fundamento no Art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que: "[...] o princípio da legalidade se traduz na seguinte fórmula: A Administração deve sujeitar-se às normas legais. Essa aparente simplicidade oculta questões relevantes quanto ao modo de aplicar, na prática, esse princípio".[343] Em todos os entendimentos esposados por Medauar (2010) sobre a aplicação do princípio da legalidade posteriores a esta afirmação, vê-se claramente que seu comando se resume aos seguintes direcionamentos lógicos: 1) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena; 2) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme uma hipótese abstrata fixada explicitamente pela norma legislativa e 3) a Administração poderá justificar cada uma de suas decisões por uma disposição legal, mas exige-se base legal para o exercício de seus poderes.

Como se percebe, a aplicação do princípio da legalidade pela Administração Pública comporta a possibilidade de ponderação aos olhos da doutrina de Alexy (2008), pois princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, considerando as possibilidades jurídicas e fáticas existentes, aplicando-se com variação de graus de acordo com o caso concreto.

Ora, a aplicação do princípio da legalidade no âmbito do processo administrativo pode se dar em um escalonamento gradativo – relativizando-a em certos casos; fixando-a em um maior ou um menor grau. A norma do Art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/99, que trata da legalidade no processo administrativo federal, de acordo com a teoria de Alexy (2008), é um princípio, pois seus efeitos normativos podem ser reduzidos pelo seu caráter *prima facie*.

Pode-se ponderar sobre qual norma legal deve ser aplicada, mas jamais se pode concluir pela aplicação de nenhuma norma, pois o exercício lógico do administrador é sempre aplicar a legalidade, a qual determina que sua conduta deva ser fundamentada em um preceito normativo, sob pena de sua conduta ser anulada ou não produzir algum efeito.

---

[342] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94.

[343] MEDAUAR, 2010, p. 128.

Diferente de Dworkin (2007), que aproxima o direito da moral,[344] Alexy (2008) cria sua teoria com fundamento no positivismo jurídico constitucional alemão.[345] Assim, sua acepção de regras e princípios implica que, no caso de conflito entre regras ou colisão entre princípios, sempre haverá a aplicação de uma norma jurídica escrita.

Deve-se lembrar de que nosso entendimento é feito em concordância com a teoria de Alexy (2008), e mesmo frente a outras classificações, a legalidade veiculada pela Lei 9.784/99 tem a natureza de princípio, inclusive se enquadrando à função ordenadora de tais normas, proposta por Jorge Miranda (2011) por exercer "[...] uma ação imediata enquanto diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformar as relações político-constitucionais".[346] Ressalte-se que o aqui se defende é a caracterização da legalidade como estrutura normativa sujeita à ponderação ou norma com qualidade *prima facie*, sujeita à redução de seu conteúdo aplicativo, podendo ela, ao ser aplicada, ser interpretada, bem como dela ser extraída o seu sentido, obtendo-se, então, do seu preceito, uma significação qualitativa.

Humberto Ávila (2009), mesmo adotando a possibilidade de que um determinado dispositivo possa admitir a coexistência das três espécies normativas, dá à legalidade tributária o mesmo entendimento aqui já mencionado à legalidade prevista no Art. 2º da Lei 9.784/99, ao afirmar que aquela norma da Constituição "[...] condiciona a validade da criação ou aumento de tributos à observância de um procedimento determinado que culmine com a aprovação de uma fonte normativa especifica – a lei".[347]

Ressalte-se que a nossa leitura feita a respeito da superação da legalidade pela juridicidade é ratificada aqui por tal posição, pois é clara a possibilidade de ponderação de tal norma em sede de processo administrativo, pois, em sua essência, a juridicidade significa uma construção doutrinária do positivismo normativista, que deve ser reinterpretado à luz do neoconstitucionalismo, acarretando, assim, ao administrador que ele fundamente sua decisão

---

[344] A doutrina de Ronald Dworkin (2007) notabiliza-se pelo esforço de tentar legitimar a atividade jurisdicional, bem como por sua pretensão de dar coerência à interpretação do direito. Nota-se que ele implementa, em seus estudos, uma aproximação da moralidade ao direito, aperfeiçoando tal ideia ao formular a concepção de que o ordenamento jurídico não é composto apenas por normas, mas também por princípios, dando àquele a ideia de integralidade. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 23-72.

[345] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.31-33.

[346] MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 297.

[347] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 69.

com esteio em uma norma escrita ou que decorra de uma interpretação constitucional, mesmo que às vezes mitigada por outro princípio.[348]

Assim, defende-se a possibilidade de ponderação da legalidade prevista no Art. 2º da Lei 9.784/99 quando de sua aplicação no âmbito do processo administrativo, já que ela tem a estrutura normativa proposta por Alexy (2008). Pode-se, ainda, vislumbrar sua natureza principiológica em atenção à doutrina de Celso Antonio Bandeira de Melo (2010), pelo fato de que aquela norma representa um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, bem como a autores que defendem a fundamentalidade como característica inerente aos princípios, porém tal caracterização não é o objeto principal da presente análise.

3.4.2 Princípio da finalidade e princípio do interesse público

Pode-se entender a finalidade em um processo administrativo como seu intento finalístico. É a orientação da correta aplicação da lei. Como todo ato administrativo procura atingir uma finalidade de interesse da administração pública, diferente não é para o processo administrativo, pois o princípio da finalidade determina que os atos processuais sejam praticados sempre com o intuito de atingir uma finalidade pública, ou seja: "[...] vale considerar o princípio da finalidade, o qual afirma que o administrador deve buscar sempre o fim específico da norma, que, certamente, será coincidente com a finalidade maior da Administração, ou seja, o bem comum".[349]

Nota-se grande inclinação da doutrina, especialmente nos ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello (2010), em atrelar a finalidade administrativa à legalidade, entendida esta por nós como princípio, porém à luz da teoria de Alexy (2008), como se verá mais à frente. Veja o que diz Celso Mello (2010):

> [...] Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja: na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é buscar a lei sob o pretexto de cumpri-la.[350]

---

[348] VIEIRA, Gabriel Antonio de Abreu**.** Os princípios da legalidade, juridicidade e supremacia do interesse público, parâmetros de controle administrativo e jurisdicional: um exemplo concreto na decisão da ADPF nº 1/DF. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 2167.

[349] PARAHYBA, Andrea Joffily. Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa no estado democrático de direito**.** *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 2009.

[350] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 106.

Odete Medauar (2010) cita que Helly Lopes associa a impessoalidade ao principio da finalidade, daí decorrendo o atendimento ao interesse público, ficando o administrador impedido de buscar interesses próprios ou de terceiros.[351] Medauar (2010) trata o princípio da finalidade como princípio da impessoalidade, afirmando que há intrínseca relação entre a impessoalidade, a moralidade e a publicidade – a aplicação de um sempre reflete a observância dos outros dois.[352]

Analisando a Lei 9.784/99, vê-se que o princípio da finalidade é colocado como um dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública, sendo compulsório na sua aplicação o uso do critério do "[...] atendimento a fins de interesse gerais vedados a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei".[353]

Desta forma, este princípio é o preceptivo contido na Lei 9.784/99 que trata dos interesses da coletividade. Tem por objetivo, pelo exposto, contribuir com a maioria dos indivíduos da sociedade, tendo o Estado papel relevante em tal desiderato, pois sua criação visa garantir, no processo, que a Administração cumpra os interesses gerais da sociedade.

Inerente ao princípio da finalidade é a ideia de interesse público, tendo a supremacia deste o *status* de princípio, quer decorrente da interpretação do texto constitucional, sendo implícito neste, quer de forma explícita ao ser previsto como princípio explícito no *caput* do art. 2º da Lei 9.784/99, tendo como critério de aplicação a objetividade no seu atendimento, sendo vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades.[354]

Problemático é o ato de se conceituar com precisão o que seja interesse público, pois tal expressão é um conceito jurídico indeterminado, o qual precisa ser completado com informações extraídas do convívio social, realidade para definir, pelo menos *a priori*, o seu conteúdo. Tratar-se-á também do conceito de interesse público no próximo capítulo, adianta-se, de pronto, que tal expressão não tem precisão semântica definida, aproximando-se da expressão interesse geral. Tais expressões assemelham-se quanto à deficiência de se encontrar um real sentido jurídico para si.[355]

---

[351] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 129-130.

[352] *Ibid*., p. 129.

[353] Art. 2º, inciso II, da Lei 9.784/99: "II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei".

[354] Art. 2º, inciso II, da Lei 9.784/99: "III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades".

[355] Sobre a discussão doutrinária acerca do conteúdo da expressão interesse público, veja-se: ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *In:* SARLET, Ingo Wolfgand (Org.). **O direito público em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99-127; BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo

Contudo, existe um conteúdo essencial capaz de caracterizar o que seja interesse geral, capaz de delimitar a sua natureza, assemelhando-o ao interesse público. Pode-se afirmar que o interesse geral seria o resultante de uma interpretação conjunta da própria Constituição com o restante do ordenamento jurídico, já que a Carta Magna não regula apenas aspectos públicos, mas também aspectos privados destes interesses,[356] consistindo em uma fusão ideal de interesses de todas as pessoas concomitantemente e de cada uma delas separadamente.

Como o escopo do presente tópico é saber se tais normas são princípios de acordo com os ensinamentos de Alexy (2008), pode-se afirmar que tanto o princípio da finalidade quanto o princípio do interesse público são mandamentos de otimização, não expressando deveres definitivos, mas sim deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios com os quais colidem.

Tais princípios não são absolutos, não são aplicáveis sob o argumento do tudo ou nada. Devem eles ser ponderados, aplicados em um escalonamento gradativo, pois a possibilidade de ferimento a outros interesses além do público são inesgotáveis. O abuso estatal ocorre quase diariamente. Não se pode concluir que o seu cumprimento se identifique com o bem comum.

Embora Humberto Ávila (2007) tenha um acepção de princípio como norma diferente de Alexy (2008), percebe-se que há a possibilidade de ponderação do interesse público ao afirmar que:

> [...] Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo da atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há como cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.[357]

Assim, torna-se indiscutível a questão da possibilidade de ponderação de tais princípios, pois tanto a finalidade pública como o interesse público são passíveis de uma aplicação ponderada de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas em sede de processo

---

paradigma para o direito administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, jan./mar. de 2005; SADDY, André. Conceito de interesse público em um Estado em transformação. **Fórum Administrativo** - Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 10, n. 108, p. 29-42, fev. 2010.

[356] SANTOS, José Aparecido dos. Construção normativa do interesse público e dever de motivação. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 2147.

[357] ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2012.

administrativo. Como bem leciona Ávila (2007), necessária é a ponderação entre os interesses em conflito para ver qual o grau do interesse público será atingido pela atuação administrativa, não podendo o fim público, em certos casos, comprometer a realização de direitos fundamentais inerentes ao administrado.

Na teoria de Alexy (2008), há uma clara diferenciação entre as normas quanto à sua estrutura (princípios e regras), tornando-se mais nítida quando se considera a regra sobre as colisões de princípios, as quais denominou de "lei de colisão". Para ele, uma colisão principiológica ocorre, principalmente, nos casos em que estes têm igual peso abstrato ou importância, onde o que vai determinar a resolução da colisão será o estabelecimento de relações de prioridade condicionada entre os princípios colidentes.[358]

São infinitas as possibilidades de conflito entre um interesse privado e um interesse público ou com a finalidade pública, e só uma fixação de prioridades é que determinará, de forma plausível, qual interesse prevalecerá. Em sua aplicação, os princípios devem ser otimizados segundo a máxima da proporcionalidade, a qual será vista mais à frente, para que se determinem as possibilidades fáticas e jurídicas em que eles devem ser aplicados, de sorte que a operação básica de sua aplicação é a ponderação.[359]

Ora, o âmbito de aplicação dos princípios da finalidade pública, bem como do interesse público, é em um ambiente de ponderação, pois somente com a verificação das possibilidades fáticas e jurídicas é que se vislumbrará em que grau se dará a sua incidência.

Por último, lembre-se de que nós elegemos a dignidade da pessoa humana e democracia como valores fundamentais que devem ser usados pelo administrador como parâmetros para a ponderação caso haja conflito entre o princípio da finalidade ou do interesse público com outros princípios, não podendo aquele esquecer que tais valores são essenciais à legitimidade da decisão a ser prolatada no âmbito do processo administrativo, por retratar, também, valores escolhidos pelo constituinte originário.

3.4.3 Princípio da motivação

A motivação de todos os atos praticados em um processo, seja judicial, seja administrativo, encontra estreita vinculação com o princípio republicano. Ela é imprescindível para a concretização de diversas normas constitucionais, ou que dela decorram, como a

---

[358] BUSTAMANTE, Thomas. **Princípios, regras e conflitos normativos:** uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. São Paulo: Renovar, 2005. p. 156.
[359] *Ibid*., p. 154.

legalidade, a moralidade, a razoabilidade, a isonomia, a impessoalidade, o contraditório, a ampla defesa, havendo uma capilarização em tais normas ao se motivar as citadas decisões.[360]

Hugo de Brito Machado (2009) fala que a fundamentação ou motivação dos atos administrativos e judiciais é indispensável para efetividade do exercício de direitos em tais searas, sendo um direito fundamental estabelecido na Constituição e independente de qualquer dispositivo infraconstitucional específico.[361]

Embora tenha havido a tentativa de colocar no texto da Constituição de 1988 a regra da motivação, como princípio constitucional, esta não permaneceu no texto final. Subsistiu apenas a exigência de motivação das decisões administrativas dos tribunais, conforme preceitua o Art. 93, inciso X, da Constituição Federal de 1988. Ressalte-se que motivação não se confunde com motivo, sendo este as "[...] as circunstâncias de fato e os elementos de direito que provocam e precedem a edição do ato administrativo".[362]

Sob os ensinamentos de Humberto Ávila e Ari Sundfeld, Germana Moraes e William Paiva (2010) entendem a motivação como princípio diretivo da Administração Pública, sendo "[...] norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico".[363] Germana Moraes e William Paiva (2010) afirmam também que a motivação, em certos casos, pode ceder lugar a outros valores, pois:

> [...] É inegável que em certas situações, a motivação do ato administrativo revela-se desnecessária, impossível, impraticável e até mesmo há de ceder ante outros valores igualmente prestigiados pela Constituição, como o direito à intimidade, por exemplo. Entretanto, hodiernamente, com a constitucionalização dos princípios da Administração Pública, que viabilizam o controle pelo Poder Judiciário, também de aspectos não vinculados dos atos administrativos, não mais se sustenta a exclusão dos atos discricionários - apenas por ostentarem esta característica de serem praticados ao alvedrio do administrador público, da obrigatoriedade de motivação clara, congruente, tempestiva e explícita. [364]

Na Lei nº 9.784/99, o princípio da motivação é previsto no Art. 2º, *caput*, havendo, no parágrafo único, inciso VII, exigência de indicação dos pressupostos de fato e de

---

[360] TAGILARI. Carlos Agustinho. **Os princípios e a construção da norma jurídica tributária**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp041062.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2012. p. 98.

[361] MACHADO, Hugo de Brito. **Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade de jurisdição**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 51.

[362] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 143.

[363] MORAES, Germana de Oliveira; MARQUES JÚNIOR, William Paiva. O aspecto instrumental do princípio da motivação administrativa. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 3056.

[364] MORAES, Germana de Oliveira; MARQUES JÚNIOR, William Paiva. O aspecto instrumental do princípio da motivação administrativa. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 3055-3056.

direito que determinarem a decisão. Além de tais previsões, o Art. 50 da mesma lei estabelece várias hipóteses em que se exige a motivação, determinando inclusive a forma como ela deve se dar no processo administrativo.[365]

Entende-se que há bastante proximidade entre a legalidade e a motivação prevista no *caput*, do Art. 2º da Lei nº 9.784/99. Tal aproximação decorre de que sempre a fundamentação de determinado ato em um processo administrativo deve estar pautada em uma norma, quer escrita, quer oriunda de uma interpretação constitucional, decorrendo à prática de ato no processo sem fundamentação, com motivação obscura ou incongruente, a nulidade daquele. Tal vinculação faz com que o ente público motive e fundamente suas decisões, tanto do ponto de vista normativo, quanto do ponto de vista fático, tendo por objetivo convencer o administrado do acerto da providência, para possibilitar àquele a insurgência em face da decisão.[366]

Embora Germana Moraes e William Paiva (2010) afirmem a possibilidade de ponderação da motivação, entendendo-a como princípio,[367] percebe-se que tal norma, no âmbito do processo administrativo, refere-se a uma regra abordada pela teoria de Alexy (2008), e não a princípio. É imprescindível, no processo administrativo, que todos os atos praticados no processo, bem como todas as decisões decorrentes, sejam fundamentados. A motivação não comporta ponderação com outra norma no processo administrativo, não permitindo, ainda, que ela seja realizada em graus conforme as possibilidades fáticas e jurídicas presentes.

Afirma Virgílio Afonso da Silva (2003), citando Friedrich Müller, que a norma não é apenas o produto da interpretação do texto, sendo aquela apenas a parte inicial de um processo mais complexo, resultando em um produto da interpretação de um sinal linguístico,

---

[365] Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I- neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1o A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2o Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3o A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

[366] HISSA, Miguel Rocha Nasser. As garantias constitucionais do devido processo legal ante o redirecionamento da execução fiscal ao administrador da empresa. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 4248.

[367] MORAES, Germana de Oliveira; MARQUES JÚNIOR, William Paiva. O aspecto instrumental do princípio da motivação administrativa. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 3056.

quase sempre um texto.[368] Analisando o texto do Art. 2º, *caput*, em conjunto com o Art. 50 da Lei 9.784/99, vê-se que o conjunto de tais normas tem um único comando, qual seja, o dever do administrador de fundamentar todos os atos que pratique no curso de um processo administrativo, sendo, portanto, uma regra conforme a teoria de Alexy já exposta.

A aplicação da regra da motivação pelo administrador se dá através de um processo de subsunção, sendo sua ausência motivo para a anulação do ato praticado no processo ou da decisão final tomada, impedindo que efeitos sejam gerados por ser o produto de tal dever uma parte essencial à formação, quer do ato, quer da decisão.

3.4.4 As regras da proporcionalidade e da razoabilidade

É notória a confusão existente na doutrina entre o princípio da razoabilidade e o chamado princípio da proporcionalidade, parecendo melhor para Medauar (2010) englobar no conceito de proporcionalidade o sentido de razoabilidade, consistindo este:

> [...] principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições, ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios as fins.[369]

Ressalta Medauar (2010) que, no âmbito administrativo, tal princípio aplica-se a "[...] todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social".[370]

Celso de Mello (2010), sob os auspícios de sua teoria, ao tratar dos dois "princípios" acima, afirma que ambos descendem do "princípio" da legalidade, dispondo que, quanto à razoabilidade, detém a Administração de certa liberdade para eleger o comportamento cabível em determinada situação concreta, não devendo fazê-la de forma desarrazoada, ilógica ou incongruente. Quanto à proporcionalidade, assevera que deve haver proporcionalidade entre o ato praticado e a situação que demandou sua expedição, pois a lei

---

[368] SILVA, Vírgilio Afonso da. **Princípios e regras**: mitos e equívocos acerca de uma distinção. São Paulo: Malheiros: 2003. p. 617.

[369] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 135.

[370] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 135.

outorga competências para certos fins, todavia o excesso desnecessário ao atendimento de tais fins configura uma superação do seu escopo normativo.[371]

Virgilio Afonso da Silva (2002) critica em dois flancos a confusão em torno do princípio da razoabilidade e da regra da proporcionalidade, não sendo apenas um fenômeno que ocorre no âmbito do STF,[372] mas também na doutrina, citando Luis Roberto Barroso e Suzana de Toledo Barros, os quais afirmaram que a preferência por um ou outro termo refere-se às suas origens, pois seria a proporcionalidade de origem germânica e a razoabilidade de origem norte-americana.[373] Virgilio Afonso entende que a proporcionalidade e a razoabilidade não são sinônimas, tendo estruturas normativas diferentes, pois:

> [...] enquanto aquela tem uma estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), esta ou é um dos vários *topoi*[374] dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins.

Virgilio Afonso da Silva (2010) ressalta bem a ideia da razoabilidade como *topoi* e não como princípio ou regra à luz da teoria de Alexy (2008) quando de sua aplicação em casos concretos, mesmo que aquela Corte use do termo "princípio da proporcionalidade". Para Afonso da Silva (2010), a razoabilidade, conforme proposta por autores como Luis Roberto Barroso, não corresponde à regra da proporcionalidade, por ser aquela corresponde apenas à primeira das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade. Para ele, a regra da proporcionalidade não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins, característica que é inerente à razoabilidade.

---

[371] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 79.

[372] Para Virgilio Afonso da Silva, o recurso à regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a ideia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos. Cf. SILVA, Luís Virgilio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 798, p. 31, 2002.

[373] Conforme Virgilio Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso afirma que "[...] é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira. Já Suzana de Toledo Barros iguala ambos os conceitos, nos seguintes termos: 'O princípio da proporcionalidade, [...] como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos'". Cf. SILVA, Luís Virgilio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 798, p. 31, 2002.

[374] Conforme Tércio Sampaio Ferraz, a expressão topos significa lugar (comum). Trata-se de fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva, e que se usam, com frequência, mesmo nas argumentações não técnicas das discussões cotidianas. Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Prefácio à obra tópica e jurisprudência, de Theodor Viehweg**. Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/95>. Acesso em: 31 mai. 2012.

Fica clara a concepção para Virgílio Afonso da Silva (2010) de que tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade não seriam princípios, mas sim regras. Ressalte-se que as estas seriam regras de aplicação de outras regras, e não regras de condutas a serem observadas pelos aplicadores do direito. Seriam regras, mas não regras comuns, das quais já se tratou, não sendo novidade a ocorrência destas no mundo jurídico, pois há casos de regras de aplicação de outras normas como as que tratam da resolução das antinomias.[375]

Humberto Ávila (2009) aborda tanto a proporcionalidade como a razoabilidade como postulados normativos aplicativos, ou seja, normas que tratam da forma como outras normas seriam aplicadas, consistindo em normas de segundo grau, metanormas, diferente das regras e princípios que seriam normas de segundo grau.[376]

Apesar das divergências entre Virgílio Afonso e Humberto Ávila, vê-se aqui uma grande aproximação entre as duas teorias. Em primeiro lugar, os dois autores não classificam a proporcionalidade como regra ou como princípio de acordo com as teorias que seguem. Em segundo lugar, tanto Afonso como Ávila tratam a proporcionalidade e a razoabilidade como normas que dispõem sobre a aplicação de outras normas. Para Afonso, aquelas normas seriam regras especiais; para Ávila, ambas seriam postulados normativos aplicativos, ou seja, "[...] normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano objeto da aplicação.[377]

Para nós, ambos criam uma terceira categoria normativa, embora Virgílio Afonso da Silva (2010) seja enfático em dizer que tais regras possuem a mesma estrutura normativa das regras de conduta e das regras de competência, criticando a terminologia adotada por Ávila (2009), propondo a sua, que é denominar a proporcionalidade como uma regra especial, uma metanorma.

Diante de tais fundamentos, são a proporcionalidade e a razoabilidade princípios ou regras jurídicas à luz da teoria de Alexy (2008)? Podem tais normas ser ponderadas ou são aplicadas estabelecendo deveres ou obrigações definitivas? Para nós, a resposta é que ambas são regras, mas por caráter de exclusão, justamente pela impossibilidade de se ponderar a proporcionalidade, tanto quanto a razoabilidade. É visível e inquestionável o caráter instrumental da proporcionalidade, consistindo em três sub-regras fundamentais: a da adequação, a da necessidade e a da proporcionalidade em sentido estrito.

---

[375] SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 169.
[376] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 122.
[377] *Ibid*., *loc. cit.*

Cada sub-regra tem a sua função, devendo a da adequação buscar uma precisa correspondência entre meios e fins, no sentido de que os meios empregados sejam logicamente compatíveis com os fins pretendidos. A sub-regra da necessidade determina a verificação da inexistência de meios menos gravosos para o atingimento dos fins visados. A proporcionalidade, em sentido estrito, determina uma avaliação geral da situação, com a intenção de estabelecer uma correspondência jurídica entre meios e fins. Devem esse itens ser encarados como etapas ou procedimentos, pois:

> [...] Somente em caso de necessidade devemos passar de uma sub-regra para outra, *i.e.*, nem sempre precisaremos esgotar as três sub-regras da proporcionalidade na aplicação de um determinado comando ou resolução de um conflito. Dessa maneira, deve a adequação ser examinada em primeiro lugar, para depois se examinar a necessidade e só ao final, havendo necessidade, examinar-se a proporcionalidade em sentido estrito.[378]

Nota-se, assim, que a proporcionalidade, pelo seu caráter instrumental, é uma regra, uma norma que serve para o fim de otimização dos princípios diante de determinadas possibilidades fáticas e jurídicas em que eles devem ser aplicados.

A razoabilidade também, diante da teoria de Alexy (2008), é entendida por nós como regra. É impossível o aplicador do direito, em especial o administrador, ponderar a razoabilidade em colisão com outro princípio. Por sinal, tal situação de colisão passa a ser ilógica, pois a razoabilidade é um comando imediatamente descritivo de uma conduta específica a ser observada pelo aplicador do direito, qual seja, um dever de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.[379]

É bom reiterar que a nossa interpretação sobre tais normas se dá em atenção à teoria principiológica apresentada por Alexy (2008), não descartando a existência de outras classificações em relação às mesmas, pois a fundamentalidade existente e os valores nelas consagrados, tanto na regra da proporcionalidade, como na regra da razoabilidade, são

---

[378] RANGEL, Helano Márcio Vieira. **Proteção da cultura ou proteção dos animais?** Uma análise da "farra do boi" à luz da máxima da proporcionalidade e da jurisprudência do STF. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2012.

[379] Para Ávila, a razoabilidade também proporciona a aplicabilidade de outras normas. Fala que há três acepções de aplicação da razoabilidade: 1) diretriz que a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar da norma geral; 2) diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referencia, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir; 3) diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.152.

inquestionáveis. Porém, as normas ora em análise são regras e, como tais, devem ser tratadas e aplicadas, isso à leitura de Robert Alexy (2008).

3.4.5 Princípio da moralidade

O princípio da moralidade tem assento expresso no Art. 37 *caput* da Constituição Federal, o qual exige do administrador comportamentos compatíveis com o interesse público que lhe cumpre atingir.[380] É um princípio que traz uma maior preocupação quanto aos atos oriundos da Administração Pública, por ser a moral de definição bastante complexa, em vista de ter ela um conteúdo bastante amplo, muitas vezes confundindo-se com a ética.[381]

Como está previsto expressamente Art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o princípio da moralidade exige do administrador comportamentos compatíveis com o interesse público que lhe cumpre atingir, mesmo sabendo que o conceito de interesse público seja controverso como já assinalado anteriormente. A consequência de tal asserção é, por conta da positivação da moral na Carta Constitucional, não restando dúvida, a de que o ato administrativo imoral é tão inválido quanto o ato administrativo ilegal. O fim do ato administrativo, bem como o meio adotado para produzi-lo, são aspectos característicos da moralidade administrativa. O ato que alcança interesse imoral, apesar de ser realizado por instrumentos legais e morais, será considerado, portanto, ilegal.

Com sua positivação, o princípio da moralidade ganhou contornos jurídicos, pois conforme Andrea Parahyba (2010):

> [...] o princípio da moralidade, de forma pioneira, estabeleceu-se no campo da ciência jurídica, sendo capaz de fornecer, ao lado da noção de legalidade, o fundamento para a invalidação de seus atos pelo vício denominado desvio de poder. Essa moralidade jurídica deveria ser entendida como um conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da própria Administração, uma vez que ao agente público caberia também distinguir o honesto do desonesto, a exemplo do que faz entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno.[382]

Porém, diante da complexidade daquilo que se acha moral, principalmente por conta da possibilidade de modificação e entendimento do que seja moral para determinada

---

[380] PEREIRA, Claúdia Fernanda de Oliveira. O controle da discricionariedade administrativa e as cortes de contas. *In*: PEREIRA, Claúdia Fernanda de Oliveira (Org.). **Controle externo**: temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 271.

[381] BOFF, Leonardo. **Ética e moral**: a busca dos fundamentos. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 13.

[382] PARAHYBA, Andrea Joffily. Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa no estado democrático de direito**.** *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 2011.

sociedade, a moralidade não pode ser aplicada reiteradamente em casos similares, devendo ela sempre ser analisada em cada caso concreto, considerando as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Ou seja, a moralidade é um princípio nos termos da teoria de Alexy (2010), podendo ser ponderada por conta de sua estrutura lógica quando estiver em colisão com outros princípios.

Caso clássico de tal colisão é a apresentada por Humberto Ávila (2009), que entende a moralidade como princípio. O princípio ora em análise encontra-se em colisão com o princípio da segurança jurídica. O caso retratado por Ávila refere-se a um sujeito que pede transferência de uma universidade federal para outra, tem seu pedido deferido, transfere-se, cursa longo período, porém, após tal período, a autoridade administrativa constata que foi desobedecida uma formalidade, razão pela qual pretende anular a transferência já consumada.[383]

Ora, é claro que o comportamento da Administração aí foi contraditório, ferindo expectativa criada e consumada perante o aluno que teve sua transferência deferida. Note-se que deve o administrador – ao analisar tal fato sob as ordens veiculadas pela regra da proporcionalidade – afastar a moralidade, na medida do possível, para incidir ao caso o princípio da segurança jurídica, o qual deve preponderar na resolução de tal situação posta.

3.4.6 Princípio da ampla defesa e do contraditório

Sobre a ampla defesa e o contraditório por demais já se falou no capítulo segundo. Tais normas são entendidas como princípios – considerando a teoria de Robert Alexy (2008). A ponderação do contraditório e a ampla defesa implicam tanto a possibilidade de redução do âmbito de aplicação de tal princípio, bem como a otimização do mesmo frente a outros princípios.

No primeiro caso, não há um cancelamento integral do contraditório, mas uma relativização de sua aplicação, como, em uma situação emergencial, na possibilidade de existência de um risco concreto ao interesse público, na ponderação da possibilidade de sua concessão após a prática do ato que possa efetivar o citado risco. Cite-se, como exemplo, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que teve como princípios em colisão o contraditório e a ampla defesa frente ao princípio do interesse público, os quais regem o processo administrativo, como já mencionado acima:

---

[383] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 96.

> Não há ofensa ao princípio do devido processo legal porque, embora a suspensão da licença tenha se dado em caráter inicial, sem a possibilidade de manifestação da recorrente, o contraditório e a ampla defesa serão (ou deverão ser) respeitados durante a sindicância aberta para averiguar as fraudes (Portarias n. 72/2006 e 105/2006). Trata-se, portanto, de contraditório e ampla defesa diferidos, e não inexistentes.[384]

Outro caso de restrição do direito ao contraditório e da ampla defesa, já efetivamente reconhecido como constitucional, é a impossibilidade de concessão desses elementos em inquérito civil ou administrativo, pois, frente ao princípio do inquisitório, que rege vários procedimentos inerentes à natureza processual, esses mecanismos podem ser relativizados.

Porém, a otimização do princípio do contraditório e da ampla defesa deve ser perseguida pela Administração Pública de forma constante, por serem tais normas corolários do princípio democrático, como também já tratado neste trabalho. Assim foi o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que anulou ato de suspensão de aposentadoria de servidor público concedida há mais de 10 anos, sem a concessão do contraditório e da ampla defesa. Usando da ponderação principiológica, decidiu o TRF que:

> O princípio da segurança jurídica e o princípio da boa-fé estão diretamente ligados à inevitável presunção de legalidade que têm os atos administrativos, bem como a necessidade de defesa dos administrados frente à fria e mecânica aplicação da lei, com a anulação de atos que geraram benefícios e vantagens de há muito incorporados ao patrimônio jurídico de certos indivíduos.[385]

Entende-se, portanto, ser o contraditório e a ampla defesa princípios à luz da teoria de Alexy (2008). Sua aplicação pode ser ponderada quando em colisão com outros princípios. Ressalve-se que, em hipótese alguma, deve a aplicação daqueles ser completamente afastada, sob pena de descaracterização do processo, conforme concepção neste trabalho defendida, que considera o processo como procedimento qualificado pelo contraditório.

3.4.7 Princípio da segurança jurídica

---

[384] RMS 25488 MT 2007/0251505-8, Segunda Turma, DJe 16/09/2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev2/files/JUS2/STJ/IT/RMS_25488_MT_1263893306577.pdf >. Acesso em: 6 jun. 2012.

[385] MS Nº 87382 /PE. TRF 5ª Região. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev0/files/JUS2/TRF5/IT/AMS_87382_PE_26.01.2006.pdf>. Acesso em: 06 jun.2012.

Apesar de não positivado quando da formatação da atual Constituição Federal, o princípio da segurança jurídica decorre de uma interpretação do texto constitucional, restando, decorrente da opção do legislador constituinte originário, tal fato, mas, por conta da forma de Estado Democrático de Direito adotada, consubstancia-se em um princípio geral de conformação de todo ordenamento jurídico, sendo certo que sua observância deve ser obrigatória, sobretudo "[...] porque concede ao sistema a previsibilidade e harmonia esperada pelo cidadão, pressuposto de toda carta política que se presta ao controle democrático e legal do poder estatal". [386]

Como já se antecipou, a segurança jurídica trazida pelo Art. 2º, da Lei 9784/99 é um princípio nos termos da teoria de Alexy (2008). Sua estrutura normativa comporta a ponderação com outros princípios caso haja tal colisão normativa. É um princípio que tem estreita relação com a previsibilidade do enquadramento normativo das relações jurídicas, enquadrando-se, entre tais garantias previstas na Constituição, o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, dele decorrendo, ainda, outro princípio que deve ser observado pelo administrador, qual seja, o da proibição de retrocesso.[387]

Canotilho (2003) assenta o princípio da segurança jurídica em dois pressupostos: a previsibilidade e a estabilidade – não sendo para ele a segurança jurídica apenas um elemento essencial do princípio do Estado de Direito relativamente a atos normativos, pois:

> [...] As idéias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimentos legalmente exigidos, não deve poder ser arbitrariamente modificados, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) *previsibilidade* ou *eficácia ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz a exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.[388]

A segurança jurídica nas relações administrativas deve ser buscada. Isso é determinado tanto no Art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/99, bem como pelo inciso IX do mesmo artigo, o qual prescreve o seguinte critério de aplicação daquele princípio: "[...] IX - adoção

---

[386] SOARES, Leopoldo Rocha**.** Fundamento constitucional de validade e reconhecimento da certificação digital no Brasil. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 4114.

[387] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 412-425.

[388] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 264.

de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados".

A jurisprudência do STF trata de várias colisões entre o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica.[389] Porém, uma colisão rotineira entre princípios se dá no âmbito da própria Lei 9.784/99, quando administrativamente se pleiteia a busca da verdade real

3.4.8 Princípio da eficiência

Insculpido no Art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, o princípio da eficiência decorre de que toda atividade da Administração Pública deve ser pautada pelo atendimento. Ele surgiu no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, implementando uma política gerencial ao Estado brasileiro, a qual teve como decorrência uma reforma administrativa responsável por mudanças na máquina governamental.

Em uma ideia geral, o princípio da eficiência significa que as ações administrativas devem ocorrer com racionalidade, implicando uma mensuração dos custos para a satisfação das necessidades públicas em relação ao grau de utilidade alcançado, orientando, também, a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios que dispõe e a um menor custo. É um conceito da Administração que foi positivado em ordenamento jurídico nacional.

É inquestionável que tal princípio é uma norma que comporta ponderação, especialmente por conta de sua origem, a qual privilegia valores muitos distantes da dignidade da pessoa humana e da democracia.

A aplicação do princípio da eficiência no processo administrativo, o qual norteia toda a Administração Pública, liga-se à ideia de ação, ensejando que o administrador produza um resultado rápido e preciso que satisfaça as necessidades da população.[390] No entanto, tal rapidez pode acarretar colisão entre tal princípio e o contraditório, por exemplo, pois, apesar deste princípio poder ser mitigado, conforme acima já mencionado, não pode ele ser afetado, já que acarretará uma deficiência na manifestação do administrado no âmbito de um processo administrativo.

---

[389] Sobre o princípio da segurança jurídica, veja-se Informativo 310 do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo310.htm>. Acesso em: 3 jun. 2012.

[390] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 133-134

Finalizando este capítulo, considera-se que o estudo dos princípios que regem o processo administrativo é fundamental para a efetiva atuação, tanto da Administração como do administrado. Aqui se adotou a teoria dos princípios de Alexy (2008) como modelo de aplicação e interpretação dos princípios e regras que regem o processo administrativo federal. Fez-se tal escolha por ser, para nós, a mais coerente, pois somente a partir de uma análise qualitativa de tais normas é que se pode chegar a critérios de subsunção ou ponderação hábeis para fundamentar uma decisão.

Por último, reitera-se que a opção por tal teoria visa à aplicação dos valores democráticos e de dignidade como os mais importantes para fins de sopesamento e ponderação, aproximando-se, assim, do valor justiça quando a fundamentação da decisão administrativa considere tais valores num julgamento de um caso concreto em que há colisão entre princípios.

4 CONSULTA PÚBLICA E AUDIÊNCIA PÚBLICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Destacou-se, no segundo capítulo deste trabalho, que o contraditório é elemento indispensável para a caracterização do processo. Assim é requisito para que exista uma real participação do cidadão na formação da vontade estatal através de uma decisão final. Porém, existem na legislação federal outros mecanismos que também facultam ao administrado a participação nessa formação da vontade pública, tendo também a mesma ascendência constitucional que o princípio do contraditório.

Ressalte-se que, apesar de se ter elegido o modelo de democracia participativa de Paulo Bonavides como o que mais efetiva a chamada participação democrática, alguns instrumentos aqui apresentados, como o contraditório, também podem ter destaque em outros modelos democráticos, entretanto é de se considerar que eles são otimizados em uma real democracia participativa, pois suas características, como se verá, são as manifestações explícitas da participação popular.

Tais mecanismos de participação são a consulta pública e a audiência pública. Esses dispositivos serão objeto de estudo para que se possa contribuir na resolução da problemática proposta, a qual questiona se o processo administrativo pode ser realmente um instrumento de participação democrática.

É necessário esclarecer que, apesar destes instrumentos de participação terem características e aplicação tanto na Política como na Ciência Política, seu estudo aqui se dá no campo jurídico, ou seja, no mundo do Direito, deixando que a análise dos seus resultados práticos seja objeto de estudo da Sociologia Jurídica.

O que se pretende aqui é a avaliação jurídica da consulta pública, da audiência pública e de suas potencialidades como instrumentos de democratização da Administração Pública, bem como da possibilidade de que sirvam, juridicamente, para a aproximação do atuar administrativo dos interesses comunitários. O diálogo interdisciplinar é relevante, porém não é o objeto do presente estudo.

Contudo conceitos como o de “capital social”, entendido este como “[...] como a qualidade obtida a partir do fortalecimento do exercício dos direitos civis e políticos em uma coletividade que situe a participação popular como prioridade nos processos democráticos”,[391]

[391] ROTHBERG, Danilo. Por uma agenda de pesquisa em democracia eletrônica. **Opinião Pública** [online], v. 14, n.1, p. 149-172, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/op/v14n1/06.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2012.

serão levados em consideração, principalmente porque são justificativas sociais que levam a efetivação de tais instrumentos participativos.

Maria das Graças dos Santos Dias (2009) afirma que a justiça do Direito consiste em sua legitimação democrática, significando que ele deve ser politizado. Para isso, traz o pensamento de Lopez Calera, o qual afirma que "[...] para a construção de um Direito legítimo é preciso consultar os interessados para que eles decidam democraticamente o que é justo, equitativo e saudável para seu destino social e político".[392] Vê-se assim a participação como fenômeno também jurídico, não restrito ao âmbito das outras ciências acima citadas.

Afirma Dias (2009) que Lopez Calera preleciona que uma verdadeira vida na democracia demanda uma democracia renovada, referindo-se esta a um modelo não estático, como é o modelo representativo, que leva à identificação do representante com o poder ou sistema, acarretando o afastamento, a falta de sintonia com as necessidades e anseios da sociedade.[393]

Destaca-se, ainda, retratando o pensamento de Calera, que esta modificação do *status* democrático permitiria, assim, uma dialética não negativista, porém de diálogo entre sociedade e poder: "[...] e constituiria uma fonte rica de autonomia social, de real e efetiva legitimação social do direito".

Não se deve esquecer que a implementação de processos de participação democrática não é simples, principalmente pela tensão existente entre setores que defendem um maior envolvimento da sociedade nas decisões políticas e os setores nos quais a participação representa uma ameaça ao poder que possui.[394]

A ampliação dos instrumentos de participação influencia diretamente o cidadão pelos reflexos que este sente com a sua atuação, sendo assim importante o estudo de tais institutos, pois "[...] quanto maior forem as oportunidades de intervenção do cidadão no delineamento desse tipo de ação, maiores serão as chances de atendimento dos interesses mais gerais da população".[395]

Vislumbra-se também com tais instrumentos de participação um maior controle por parte da sociedade sobre a formação da vontade pública, exercendo assim um controle social. É assim o que pensa Paulo Todescan Lessa Mattos, ao afirmar que as consultas

---

[392] DIAS, Maria das Graças dos Santos. Justiça: referente ético do direito. In: DIAS, Maria das Graças dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Mota da. **Política jurídica e pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 38-39.
[393] *Ibid*., p. 39.
[394] MENDES, Valdelaine. **Democracia participativa e educação**: a sociedade e os rumos da escola pública. São Paulo: Cortez, 2009. p. 131.
[395] *Ibid*., *loc. cit*.

públicas e audiências públicas, em se tratando da atividade reguladora do Estado exercida pelas agências, são mecanismos de *accountability*, podendo ser qualificados como mecanismos de participação pública ou de deliberação pública em processos decisórios sobre a formulação do conteúdo da regulação.[396]

Para Paulo Todescan, teria o termo *accountability* sido traduzido para o português como responsabilização, prestação de contas ou, ainda, responsabilização com prestação de contas. Porém, na literatura inglesa, a citada expressão tem o sentido de formas de controle democrático exercido sobre instituições políticas, sendo no caso brasileiro a consulta pública e audiência pública instrumentos de tal forma de controle.[397]

Ainda sobre o instituto da *accountability*, deve-se trazer a classificação feita por Roberto Codorniz Leite Pereira, enquadrando-se o controle realizado pela consulta e audiência pública como *accountability vertical*:

> Neste contexto, a democracia é capaz de criar os meios de controle dos cidadãos sobre os atos praticados pelo governo. A democracia fornece os meios para que a população exerça a sua fiscalização e controle dos atos praticados pelos seus representantes eleitos (*accountability* vertical). Por outro lado, os atos praticados por quaisquer dos poderes envolvidos no processo de formulação orçamentária estão sujeitos ao controle recíproco, exercido também pelo Judiciário, denominado sistema de freios e contrapesos (*accountability* horizontal).[398]

Tais instrumentos ampliam os horizontes da participação democrática e, para Odete Medauar (2008), o princípio democrático realiza-se através das possibilidades de colaboração dos interessados no processo administrativo, com significativas vantagens para a Administração Pública, além do aumento do controle por parte da sociedade:

> Realmente a colaboração ou participação dos sujeitos no processo administrativo exerce influência no teor do resultado final. Com isso o administrado conhece melhor a Administração; esta, de seu lado, mediante fatos, provas e argumentos oferecidos pelos sujeitos, detecta melhor as situações e mais de aproxima dos administrados, propiciando abertura das muralhas administrativas. Os vários pontos de vista, os vários argumentos, as várias interpretações dos fatos expressam a realidade do pluralismo, característico da democracia, e muito difícil de ser verdadeiramente aceito por autoridades, apegadas, de regra, a sua própria visão unilateral das situações ou à visão do partido político a que pertencem. Por outro

---

396 MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Regulação econômica e social e participação pública no Brasil**. Disponível em: <http://www.cebrap.org.br/v1/upload/biblioteca_virtual/MATTOS_Regulacao%20Economica%20.pdf>. Acesso em: 9.abr. 2012.

397 *Ibid*., p. 3.

398 PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Tributação, justiça distributiva e desenvolvimento. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 20., 2011, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p 7077.

> lado, a colaboração dos sujeitos amplia as possibilidades de controle da atividade administrativa, aspecto também ligado à democracia.[399]

A análise destes instrumentos aqui proposta passa necessariamente pela verificação de serem a consulta e a audiência pública realmente instrumentos eficazes de participação democrática e, em caso positivo, o que representam como mecanismo de melhora da atividade pública e daí uma maior satisfação da comunidade na recepção do exercício desta atividade.

Passa-se agora ao estudo destes institutos, não se restringindo apenas à Lei 9.784/99, mas considerando todo o conjunto normativo federal em que há a previsão da consulta pública e da audiência pública como instrumentos participativos. Contudo, dar-se-á maior destaque à aplicação destes no âmbito da citada norma.

4.1 Consulta pública e participação

A Lei 9.784/99 trouxe para a seara do processo administrativo como norma geral alguns institutos para instruir de um modo mais democrático o seu conteúdo. Destacam-se entre eles a consulta e a audiência pública, institutos estes que não perderam sua característica maior de ser uma das formas de participação e de controle popular da Administração Pública no Estado Social e Democrático de Direito.

Embora as duas sejam formas de participação popular na gestão e controle da Administração Pública, estas não se confundem, devendo-se logo distinguir audiência pública de consulta pública, para uma melhor verificação de seu conteúdo democrático, a fim de, logo em seguida, fazer-se um estudo individual de cada instrumento.Segundo José dos Santos Carvalho Filho (1999), tem a consulta pública a finalidade de "[...] compulsar a opinião pública através da manifestação firmada através de peças formais, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo".[400]

Conforme Irene Nohara e Thiago Marrara (2009), a consulta pública configura um mecanismo de comunicação entre a Administração e a sociedade como um todo, permitindo

---

[399] MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 89.

[400] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal**: comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 186.

que "[...] pessoas físicas ou jurídicas participem do processo na qualidade de interessados, podendo apresentar sugestões, críticas e comentários acerca do objeto do processo".[401]

Acrescentam que a consulta pública consagra o ideário do Estado Democrático de Direito, pondo-se de lado outros instrumentos de participação como o plebiscito e o referendo, porém diferenciando-se destes mecanismos por diversos fatores:

> A participação em mecanismos de consulta pública é facultativa. O objeto da consulta envolve atos de Administração e não atos legislativos. A forma de expressão dos participantes na consulta pública é muito mais ampla e flexível do que no plebiscito e no referendo, pois nestes, em regra, os indivíduos participam por meio do voto individual, secreto e de igual peso. Já na consulta pública, os indivíduos podem participar de modo individual ou em grupo; suas manifestações não consubstanciam votos, mas verdadeiras razões escritas. Além disso, o peso de suas manifestações não é o mesmo, ou seja, cada manifestação pode influenciar em graus distintos a decisão do Estado.[402]

Embora a consulta pública seja um precioso instrumento de participação democrática, entende-se que a determinação de sua abertura seja um ato discricionário e não vinculado,[403] havendo ainda vários requisitos para a sua realização como a confirmação do interesse geral do objeto devidamente motivado, inexistência de prejuízo para a parte interessada e o momento de sua realização, pois ela só existirá se houver decisão administrativa pendente.

Quanto a tal ponto, discorda-se aqui da doutrina. Caso o objeto em discussão seja de interesse geral, é lógico que o resultado terá repercussão para fora do processo administrativo, devendo-se facultar a todos os possíveis atingidos por tal decisão a mais ampla participação para fins da tomada da decisão final. Isso também é o que pensa Paulo Todescan Lessa Mattos (2012), ao tratar da consulta pública no âmbito dos procedimentos normativos da Anatel, ao preceituar que estas devem ser compulsórias, e não ficar a critério discricionário do administrador, pois:

> Do ponto de vista do modelo de democracia com o qual estou trabalhando, isso representa um déficit de controle democrático, pois, se não estiver prevista na legislação setorial a realização obrigatória de consultas públicas (ou audiências públicas) no exercício de função normativa, tal prática sempre dependerá de juízo de conveniência do administrador.[404]

---

[401] NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo:** Lei nº 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009. p. 230.
[402] *Ibid*., *loc. cit.*
[403] *Ibid*., p. 233.
[404] MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Regulação econômica e social e participação pública no Brasil**. Disponível em: <http://www.cebrap.org.br/v1/upload/biblioteca_virtual/MATTOS_Regulacao%20Economica%20.pdf>. Acesso em: 9.abr. 2012. p. 8.

O grande problema está no fato de se conceituar com precisão o que seja interesse geral, já que tal expressão é um conceito jurídico indeterminado, que precisa de preenchimento com dados extraídos da realidade, não se podendo, assim, estabelecer, *a priori*, que ele prevalece sobre outros interesses.

Essa falta de precisão semântica da expressão interesse geral muito se assemelha à deficiência de se encontrar o real sentido jurídico da expressão interesse público, locução esta que gera sérios embates na doutrina.[405] Porém, existe um conteúdo mínimo naquilo caracterizado como interesse geral capaz de delimitar a sua essência. À semelhança do interesse público, pode-se afirmar que o interesse geral é tudo aquilo que resulta da "[...] interpretação da própria Constituição da República em conjunto com o restante do ordenamento jurídico, inclusive porque a Constituição não regula apenas os aspectos públicos, mas também os aspectos privados desses interesses".[406]

É também difícil, senão impossível, corroborar a ideia de que existe um interesse geral a toda a sociedade, pois, em certo momento, poderá haver interesse que, em alguma medida, contraria uma parte, ainda que pequena, da sociedade. Ainda assim, há a possibilidade de que, em outros momentos, um interesse, ainda que diminuto, pode prevalecer sobre o interesse geral da maioria, como no caso de conflitos de interesses gerais com direitos fundamentais do cidadão.[407]

Dessa forma, faz sentido a afirmação de José Aparecido dos Santos de que a argumentação de falta de interesse geral ou restrições do sentido de tal expressão podem levar à redução do exercício de direitos fundamentais, parecendo equivocada a afirmação de que o interesse público legitimador da atuação da Administração Pública, aplicável ao caso da realização da consulta pública, só se verifique na exata medida em que corresponda à expressão da vontade geral da sociedade, democraticamente expressa, positiva ou não, relativamente a determinado momento histórico-sociológico.[408]

---

[405] Acerca da discussão doutrinária sobre o conteúdo da expressão interesse público, Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *In*: SARLET, Ingo Wolfgand (Org.). **O direito público em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127; BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade**: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005; SADDY, André. Conceito de interesse público em um Estado em transformação. **Fórum Administrativo**: Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 10, n. 108, p. 29-42, fev. 2010.

[406] SANTOS, José Aparecido dos. Construção normativa do interesse público e dever de motivação. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 2147.

[407] *Ibid*., p. 2141.

[408] *Ibid*., *loc*. cit.

A discricionariedade é imprescindível para o exercício da função administrativa, não se concebendo, nos dias atuais, especialmente pela incidência inegável dos princípios no atuar da Administração, que esta fique atrelada a ditames legais fechados e determinados. É próprio da atuação administrativa o aparecimento de situações imprevisíveis que surpreendam o agente público, surgindo assim para este a possibilidade jurídica de agir com liberdade na escolha da melhor opção que venha a satisfazer o juízo de interesse público.

A discricionariedade tem como núcleo o mérito do ato administrativo, sendo este pressuposto daquela, sem, no entanto, com ela se confundir, sendo ele insuscetível de previsão pelo legislador, bem como de controle pelo Poder Judiciário.[409]

Porém, mesmo diante da assertiva acima, é de se deixar claro que pode o Poder Judiciário investigar o ato para verificar se a opção feita pelo administrador público se manteve nos limites da juridicidade, requerendo do magistrado um juízo de cognição plena, não cabendo a este "[...] apenas invocar laconicamente que se trata de mérito de um ato administrativo, como se essa expressão fosse algo tão preciso e determinado que prescindiria de fundamentação".[410]

Nessa mesma linha de pensamento, Germana Moraes (2004) assegura que o mérito, como elemento nuclear da discricionariedade, tem nova feição, consistindo "[...] nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados".[411]

Para Germana Moraes (2004), os critérios não positivados hoje são reduzidos aos cânones da conveniência e oportunidade, significando estes a idoneidade do ato para que seja concretizado o interesse público. Ressalta que parâmetros hoje consagrados como princípios constitucionais, destacando-se a moralidade, a proporcionalidade e a razoabilidade, passaram para o domínio da juridicidade, reduzindo, assim, a possibilidade de atuação do administrador quando do seu exercício discricionário.[412]

Gustavo Henrique Justino de Oliveira (1997) tem posicionamento interessante a respeito da discricionariedade administrativa em relação aos institutos participativos, ao

---

[409] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública.** 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 49.

[410] DAVI, Kaline Ferreira. **Dimensão política da administração pública sob a ótica do direito administrativo constitucionalizado**. 2007. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufba.br/tde_arquivos/17/TDE-2008-11-04T152132Z-822/Publico/KDavi%20seg.pdf>. Acesso em: 13 out. 2011. p. 97.

[411] MORAES, 2004, p. 50.

[412] *Ibid*., *loc. cit.*

afirmar que a própria população pode limitar a atuação administrativa ao se manifestar sobre certo assunto não apreciado ou desconsiderado pela Administração Pública.

> [...] constatando que os institutos participativos têm lugar, notadamente, no âmbito da atividade administrativa discricionária, eventual posicionamento da população firmado em sede de audiência pública é mais um elemento na limitação da liberdade de atuação da Administração. Ainda que não vinculante, as exposições dos interessados devem ser minuciosamente consideradas pelo órgão "decididor" podendo inclusive constituir-se na motivação expressa de sua decisão.[413]

Para Odete Medauar (2003), a modernização do Estado e da Administração Pública parte do princípio da valoração dos direitos dos cidadãos. O incentivo da participação destes se dá, além do decréscimo da discricionariedade, pela identificação do interesse público de modo compartilhado com a população e com a atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos.[414]

O que é importante destacar então é que a expressão interesse geral não tem um conceito exato, definido, podendo variar de acordo com os valores que estariam por traz de determinado interesse. Porém, a procedimentalização decorrente do debate democrático é o instrumento mais adequado para definir o conteúdo mais preciso do que seja interesse público diante de certo caso, já que é impraticável, considerando a dinâmica a que os interesses estejam submetidos, predefini-lo, quer de forma mais reducionista, quer de forma mais generalizante.

Destaque-se que a Lei 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações) prevê, nos artigos 42 e 44, mecanismos básicos de participação pública direta no processo decisório de competência da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Segundo o artigo 42, as minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na biblioteca.[415]

Deve-se destacar que a Lei 9.472/97, em seu art. 42, cria uma espécie de presunção de existência de interesse geral quando da edição de atos normativos, pois o descrito no texto normativo impõe a realização de consulta pública como requisito essencial à formação da normatização pretendida, pois "[...] o acionamento do mecanismo de consulta

---

[413] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 153-167, jul/set. 1997.

[414] MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 230.

[415] Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.

pública é obrigatório, não cabendo, como no caso das audiências públicas, juízo discricionário dos membros do Conselho Diretor".[416]

Já a Lei nº 9.427/96, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, estabelece a compulsoriedade somente para a audiência pública, sem sequer prever a possibilidade de realização de consulta pública.[417]

Ambas pressupõem, portanto, a ocorrência de um interesse geral em abstrato, mas o que mais se destaca nas normas acima é a importância dada pelas citadas leis à consulta pública, no caso da Anatel, e à audiência pública, no caso da Aneel, apresentando-se tais instrumentos como os mais importantes para se aferir o grau de participação pública direta nos processos decisórios daquelas agências.[418]

Assim, a negativa de realização de consulta sob a alegação da falta de interesse há de ser devidamente fundamentada pela mitigação que vem incidindo sobre a discricionariedade administrativa, especialmente quando ela vier a reduzir a amplitude de aplicação de um direito fundamental.

O participante de uma consulta pública age na qualidade de defensor dos interesses da sociedade, gerando deveres para a Administração dos quais destacamos o de conceder a oportunidade de contraditório, o qual deve ser manifestado através de resposta devidamente motivada, a qual considere todos os argumentos apresentados pelo participante. Sobre a possibilidade de limitação dos participantes, Rodrigo Galvão (2007) faz severas críticas à Lei 9.784/99 ao afirmar que:

> A este respeito andou mal a Lei 9.784/99, pois conceituou o interessado no art. 9º pelo viés privatista-patrimonialista, a concepção processualista antiga e ultrapassada, como se uma pessoa natural, por exemplo, não pudesse ser a interessa em relação a direitos difusos (a impropriedade acaba sendo corrigida, em parte, pelo art. 58, que trata dos legitimados a interpor recursos administrativos e inclui os cidadãos no que concerne a estes direitos). Os autores têm inclusive aproximado a noção de interesse público e interesses difusos.[419]

---

[416] MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Regulação econômica e social e participação pública no Brasil**. Disponível em: <http://www.cebrap.org.br/v1/upload/biblioteca_virtual/MATTOS_Regulacao%20Economica%20.pdf>. Acesso em: 9.abr. 2012. p. 7.

[417] Art. 4º [...] § 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.

[418] MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. *In*: FILHO, Salomão (Org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 204.

[419] GALVÃO, Rodrigo. **Democracia, processo administrativo e direitos fundamentais**. 2007. Disponível em: <http://virtual.cesusc.edu.br/portal/externo/direito/wp-content/uploads/2010/05/Democracia-Processo-Administrativo-e-Direitos-Fundamentais-Prof.-Rodrigo-Galv%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 28. fev. 2012. p. 16.

Mesmo que não seja um contraditório tão amplo, deve ser garantida ao participante uma resposta objetiva e que venha a esgotar todas as possibilidades de discussão levadas pelo participante, não se podendo admitir respostas evasivas por parte da Administração a questionamentos pontualmente problematizados através dos participantes.

A consulta pública é um mecanismo de democratização administrativa com índole assentada no princípio da participação democrática, permeando todo o corpo constitucional, não cabendo ao administrador autorizado realizar a consulta que tenha um comportamento inerte quanto a esta.

Assim pensa David Duarte (1996) ao afirmar que o direito à participação prescinde de prévia autorização legal expressa, já que se trata de um direito fundamental procedimental, uma liberdade e uma garantia do administrado frente ao Estado, tratando-se de um verdadeiro direito fundamental de que são titulares todos aqueles a quem a decisão administrativa possa, de algum modo, dizer respeito.[420]

Segundo Patrícia Baptista (2003), ao tratar da ausência de dispositivo infraconstitucional para o exercício de direitos fundamentais, o direito à participação dos administrados é resultado de uma interpretação sistemática da Constituição, especialmente considerando os dispositivos que elegem o Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito, pois, segundo a moderna teoria constitucional, a qual advoga a máxima efetividade das normas integrantes do texto constitucional: "[...] impõe-se concluir que a eventual ausência de legislação infraconstitucional não pode, sob pena de frustrar-se a vontade do legislador constituinte, impedir que o direito de participação venha a ser exercido ou reclamado desde logo".[421]

O direto à participação, ressalta ainda Patrícia Baptista (2003), é um direito que se extrai de vários dispositivos constitucionais, como o do contraditório e o da ampla defesa (artigo 5º, LV), do devido processo legal (artigo 5º, LIV), do direito de petição (artigo 5º, XXXIV, a), do princípio da informação administrativa (artigo 5º, XIV e XXXIII), bem como de um direito genérico de participação nos negócios públicos toda vez que haja a

---

[420] DUARTE, David. **Procedimentalização, participação e fundamentação**: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 143.

[421] BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. p. 155.

possibilidade de afetação de um interesse particular ou coletivo, o que acima se entende como interesse geral.[422]

Discorda-se aqui de Gustavo Henrique Justino de Oliveira (2006), o qual diz que, se os mecanismos de participação estão previstos em lei como obrigatórios, serão eles condição de validade do ato administrativo que nasce do procedimento para o qual estavam previstos. Porém, caso sejam facultativos ou não previstos, a sua não realização em nada importará quanto à legalidade do ato emanado.[423]

Ora, caso isso ocorra, nenhum efeito prático teria a lei que cria tal mecanismo efetivador de dispositivo constitucional. Para combater essa possibilidade, criou o legislador o dever de manifestação da autoridade em relação aos comentários apresentados, além de estabelecer a obrigatoriedade da recepção dos comentários dos participantes, com sua respectiva análise e consideração.[424]

Ao analisar o princípio da participação, a sua efetiva observação no âmbito das agências reguladoras e a inexistência de dispositivo legal para que fixe a sua obrigatoriedade, Marçal Justen Filho (2002) afirma que "[...] a conquista de autoridade por parte das agências reguladoras depende da adoção, até mesmo independentemente de previsão legislativa, de todos os instrumentos possíveis de legitimação em face da comunidade". [425]

Entende-se que há necessidade de valoração do princípio da participação ao se afirmar a obrigatoriedade da consulta pública, caso haja transcendência dos efeitos da decisão a ser prolatada além dos interesses dos meramente interessados relatados no art. 9º da Lei 9.784/99.

A análise do dispositivo da Lei 9.784/99, que prevê a realização de consulta pública, não pode ser feita de forma discricionária pela Administração, não podendo uma desculpa formalista considerar o direito fundamental à participação como um simples registro sem qualquer efeito legal. Isso também é o que pensa Carolina Barros Fidalgo:

> Com efeito, não se pode, sob a escusa formalista de que não há previsão em lei, desconsiderar de plano a participação administrativa, sob pena de convolar o respectivo direito constitucional em letra morta e, pior, de adotar-se uma postura condescendente com práticas administrativas que, sem qualquer motivo, rejeitam os métodos de participação, não obstante os seus comprovados benefícios para o

---

[422] BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. p. 155.

[423] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Participação Administrativa. *In*: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 416.

[424] NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo:** Lei nº 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009. p. 237.

[425] JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 587.

> atendimento dos objetivos de eficiência, transparência, economicidade, moralidade, transparência administrativa, dentre outros.[426]

A consulta é um grande instrumento de participação popular, tendo-se hoje notícias, especialmente quanto aos desdobramentos de consultas efetivadas através de portais digitais, de que o governo federal brasileiro já pratica graus de democracia digital que acolhem a participação através de consultas públicas *online* sobre temas de grande relevância e alcance.[427]

Como já pensado por Bonavides, as novas tecnologias de comunicação representam a possibilidade de efetivação dos mecanismos de participação democrática e, por conseguinte, da democracia, ao se poder facultar a possibilidade de participação aos mais diversos setores da sociedade, não se esquecendo, também, do alargamento da participação nos processos de definição de políticas públicas.[428]

Questionamentos como os que a consulta pública, bem como a audiência pública, podem acarretar uma demora no processo de tomada de decisão e ainda onerar os cofres públicos ainda ocorrem, pois a participação mais ampla de novos atores amplia o número de fases para a conclusão final do processo.

Contudo, ressalva Carolina Fidalgo, mesmo havendo certa demora com a realização de consulta pública ou audiência pública, tal ato faz com que a participação da comunidade permita uma maior eficiência da Administração, para que esta encontre a solução mais adequada para a hipótese apresentada.[429]

Os processos participativos provocam uma revisão de papéis em relação ao cidadão, passando de mero expectador e recebedor de favores sociais para ser protagonista das decisões administrativas. Todavia, é obvio que toda essa distribuição de poder não interessa aos setores privilegiados que tradicionalmente definiram os rumos políticos e econômicos no Estado. Com isso, "[...] não surpreende que um conjunto de forças que

---

[426] FIDALGO, Carolina Barros. **Déficit democrático e legitimação do modelo brasileiro de agências reguladoras independentes através da criação de mecanismos de participação dos administrados**. 2007. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2007/tema_2/estudantes/3_lugar_tema_2.pdf>. Acesso em: 07.abr. 2012.

[427] ROTHBERG, Danilo. Por uma agenda de pesquisa em democracia eletrônica. **Opinião Pública** [online], v. 14, n.1, p. 149-172, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/op/v14n1/06.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2012. p. 151.

[428] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 571-572.

[429] FIDALGO, 2007, p. 45-46.

representem os interesses desses setores se mobilize para deslegitimar processos participativos".[430]

Desta forma, pode-se concluir que a elevação de custo e de tempo necessários à tomada das decisões da Administração Pública pode até ser pensada como prejudicial à instituição de mecanismos de participação, mas não necessariamente compromete a eficiência da atuação administrativa. Pelo contrário, pode até tornar o ato mais eficaz, gerando economia, caso a decisão não atenda o fim almejado.

Ressalve-se que, em casos em que a consulta for impraticável, desnecessária ou contrária ao interesse público, há a possibilidade de ponderação entre as vantagens e desvantagens que tal ato possa acarretar, sendo, porém, indispensável a justificação da exceção que conclui pela não participação dos interessados.[431]

Verônica Teixeira Marques (2010) entende que a interlocução, o debate e a discussão sobre temas e decisões que tratem de questões públicas influenciam a tomada de decisões políticas, indo além da democracia procedimental, ou representativa, gerando um "espaço deliberativo" como resultado de "[...] um processo de ação política, que abre caminhos para o exercício da cidadania, viabilizando a emancipação pela escolha do melhor argumento, dentro de um processo livre e igualitário de discussão". [432]

Na pesquisa de Paulo Todescan Lessa Mattos (2002), a qual tratava do controle do processo decisório sobre a formulação do conteúdo da norma regulatória junto à Anatel, observa-se como objeto de análise um controle substantivo dos argumentos e justificativas apresentados ao órgão regulador nas manifestações dos atores interessados, principalmente no momento da formulação de normas.

Concluiu o elaborador da pesquisa que o controle de incorporação fora representativo, especialmente no que diz respeito às categorias de interesses mais representadas, quais sejam, interesse empresarial privado e interesses difusos, indicando o seguinte das 613 sugestões analisadas:

> Quanto ao número de sugestões incorporadas no texto das normas editadas por categoria de interesse, o principal aspecto a ser destacado é que o índice geral de incorporação de sugestões por parte da Anatel é baixo (24,31%). O índice de

---

[430] MENDES, Valdelaine. **Democracia participativa e educação**: a sociedade e os rumos da escola pública. São Paulo: Cortez, 2009. p. 132.

[431] NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo:** Lei nº 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009. p. 233.

[432] MARQUES, Verônica Teixeira. Democracia e novos espaços deliberativos para efetivação da participação como direito. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 7088.

> incorporação de interesses difusos (31,37%) é maior do que o índice de incorporação de interesses empresariais privados (24,49%).[433]

Embora a pesquisa conclua por um déficit procedimental, considerando para este a falta de confiança na efetividade do uso desses mecanismos pelas agências reguladoras, bem como a falta de conhecimento dos procedimentos decisórios e garantias democráticas à participação, devem-se vislumbrar que os resultados da pesquisa empírica realizada "[...] demonstram que os mecanismos de participação pública adotados na Anatel têm potenciais democráticos, especialmente considerando as características da ação regulatória do Estado no Brasil antes das reformas da década de 90".[434]

Deve-se destacar então que a participação da sociedade na tomada de decisões do agir administrativo possui um papel fundamental, legitimando o processo de obtenção de uma decisão final, na medida em que permite que se congregue um maior número de informações e uma noção mais completa dos fatos e das questões relacionadas ao seu objeto, assegurando, assim, melhores resultados, bem como a diminuição de possíveis conflitos entre a Administração e os administrados.

Como visto no início deste capítulo, a efetivação de vários direitos fundamentais dos administrados passam pela efetivação de princípios sistematicamente vinculados ao princípio da participação democrática, em que a prática deste leva, consequentemente, à realização daqueles.

Desta forma, o aperfeiçoamento dos instrumentos existentes de participação importará na maior eficiência na realização do interesse público (princípio da eficiência), maior transparência das atividades administrativas (princípio da publicidade), maior moralidade das decisões administrativas (princípio da moralidade), ampliação da imparcialidade conferida às decisões (princípio da impessoalidade), maior estabilidade (princípio da segurança jurídica) e, consequentemente, maior legitimidade às decisões administrativas (princípio democrático).

Por último, é de se destacar que, caso tal prática democrática seja levada a sério, possui a audiência pública relevante potencial de concretização de direitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, e o princípio democrático, na medida em que sua execução pode propiciar a defesa, a proteção e a promoção daqueles direitos destacados pelo legislador constituinte a que fazem jus os administrados.

---

[433] MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. *In*: FILHO, Salomão (Org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 18.

[434] *Ibid*., p. 19.

4.2 Audiência pública

A audiência pública, da mesma forma que a consulta pública, tem assento no texto constitucional, especialmente no seu preâmbulo e art. 1º, os quais preveem a instituição de um Estado Democrático, fundamentado em valores, ressaltando-se, no parágrafo único do art. 1º, que o povo exercerá o poder não só através dos seus representantes, mas também diretamente.

Porém, não só em tais dispositivos constitucionais há a previsão da audiência pública, havendo expressa disposição de tal instituto no art. 58, § 2º, inciso II, mesmo que limitada às Comissões e às duas Casas do Congresso Nacional. Há ainda no texto constitucional menção à participação nas seguintes normas: artigos 10; 187; 194; 194, inciso VII; 198, inciso III; 204, inciso II; 206, inciso VI e 216, § 1º.

Tem a audiência pública formato diverso da consulta pública, embora tenham o mesmo objetivo, pois ocorre em uma instância no processo de tomada da decisão administrativa ou legislativa, em que a autoridade competente faculta às pessoas que possam sofrer os reflexos dessa decisão se manifestar de forma preliminar à formação da vontade pública.

Contudo, embora tenha a audiência pública forma de exercício diferente da consulta pública, na essência as duas representam manifestação real do princípio da participação na formação da vontade estatal, aplicando-se àquela todas as nossas manifestações quanto à restrição em sua participação, à possibilidade de ser usada como instrumento de *accountability* e à flexibilização do poder discricionário quando da análise da necessidade de sua realização. Isso se vê claramente com Lúcia do Valle Figueiredo (2003) que, ao analisar a Lei 8.666/93, diz que a audiência pública seria um direito de toda a coletividade e, ao tratá-la como direito difuso, afirma que ela "[...] ela não se trata de um direito individual, porém de direito público subjetivo de defesa da comunidade, somente reflexamente será individual".[435]

Segundo Evanna Soares, "[...] é através da audiência pública dela que o responsável pela decisão tem acesso, simultaneamente e em condições de igualdade, às mais variadas opiniões sobre a matéria debatida, em contato direto com os interessados".[436] Destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1992) a natureza democrática da audiência

---

[435] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Instrumentos da administração consensual**: a audiência pública e sua finalidade. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, mar. 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30802>. Acesso em: 4 mai. 2012.

[436] SOARES, Evanna. **A audiência pública no processo administrativo**. Disponível em: <http://www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan34.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2012.

pública, afirmando que esta é um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, tendo por fim a legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções, podendo conduzir a Administração Pública a uma decisão com um maior grau de consensualidade[437].

Apesar de não ser uma novidade no plano normativo infraconstitucional nacional, considerando sua previsão na Lei 8.666/93, quando previstos certos valores para futuras licitações,[438] a previsão de audiência pública em processos administrativos caracterizados pelo contraditório é uma novidade trazida pela Lei 9.784/99.

Várias normas federais e nacionais, aplicáveis não só à União, mas também a outros entes federativos, trazem em seu conteúdo a audiência pública como instrumento de participação democrática. Isso pode ser visto claramente na Lei 10.257/2001 (Estatuto das Cidades), art. 40, § 4º, em que se garante, através da obrigatoriedade da promoção de audiências públicas e debates, da publicidade dos documentos e informações produzidos, e da possibilidade de acesso por qualquer cidadão aos documentos e informações produzidos, a participação popular na escolha das diretrizes da política urbana e no desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

A audiência pública no âmbito da legislação federal, bem como no dos Regimentos Internos do Senado e da Câmara dos Deputados, conforme Carolina Elisa Suptitz e Ana Paula de Almeida Lopes (2008), tem algumas finalidades bem claras e outras que podem decorrer das particularidades dos casos examinados. Dentre as finalidades mais objetivas, podem ser citadas as seguintes:

> [...] a) dar publicidade a determinada questão; b) possibilitar um maior controle da comunidade com relação à conformação de ato público; c) informar a comunidade sobre aspectos essenciais de um assunto; e d) colher informações da comunidade de modo a instruir a tomada de um posicionamento ou de uma decisão por parte do órgão público. Apesar de se ter constatado a prevalência de uma ou duas destas finalidades em cada uma das audiências públicas referidas, na maioria delas é

---

[437] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de participação política**: legislativa, administrativa, judicial: fundamento e técnicas constitucionais de legitimidade, Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 129.

[438] 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 art. 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 direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados**.

> possível visualizar todas estas finalidades, em maior ou menor grau de intensidade, que é exatamente o que as diferencia.[439]

Vê-se claramente, diante de tal preposição, que a audiências públicas previstas no plano normativo federal estão embebidas de preceitos democráticos, não podendo se concluir o contrário, mesmo que isso ocorra apenas no plano abstrato.[440] Sobre esse caráter democrático da audiência pública no Estatuto das Cidades, em especial no fato de ser um dos instrumentos legitimadores e afirmadores da função social das cidades, afirma Edson Ricardo Saleme que as audiências públicas são um dos subsídios da citada norma efetivadores da gestão democrática das cidades, pois a "[...] participação dos munícipes legitimaria a atuação do Poder Público Municipal e traria maior transparência as suas atividades".[441]

Para Isaac Ribeiro de Moraes, uma das premissas institucionalizadas pelo Estatuto das Cidades foi a gestão democrática, sendo a audiência pública uma das alternativas de manifestação popular das mais importantes, não havendo como desvincular a política urbana da participação popular, devendo o Poder Público Municipal reconhecer no patrimônio histórico sua identidade com a população.[442]

4.2.1 Audiência pública e contraditório

Outro aspecto da audiência pública prevista na Lei 9.784/99 é da sua possibilidade de contribuir efetivamente com o contraditório, elemento este, conforme já exposto no segundo capítulo desta dissertação, fundamental para a caracterização do processo e essencial para a função democrática que tal instrumento pode realizar. Interessante é a opinião de Antônio Cabral sobre a relação entre a audiência pública e o contraditório:

---

[439] SUPTITZ, Carolina Elisa; LOPES, Ana Paula de Almeida. Audiência pública: democracia participativa e plural? *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília. **Anais**... Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/03_903.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2012.

[440] Nas duas obras analisadas, de autoria de Carolina Suptitz, as quais se dedicam a analisar o caráter democrático da audiência pública jurisdicional de competência do STF, vê-se a crítica clara da autora aos ritos estabelecidos por aquela Corte Constitucional, principalmente pelo fato de que a escolha de pessoas aptas a participarem da audiência limita-se à comunidade de especialistas, provocando assim um déficit democrático de tais institutos em tal sede, ficando de fora grande gama da população e seus interesses, aqueles cuja participação autorizaria a falar numa legítima democracia.

[441] SALEME, Edson Ricardo. **Parâmetros sobre a função social da cidade**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Edson%20Ricardo%20Saleme.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2012.

[442] MORAES, Isaac Ribeiro de. **O estatuto da cidade e a proteção jurídica do patrimônio histórico cultural urbanístico.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/novos_desafios_isaac_ribeiro_de_moraes.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2012.

> A audiência pública é 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. Cabe frisar que não só o consenso é objetivado na audiência pública, tendo também o dissenso preciosa valia. Isto porque os institutos de consulta pública se inserem na abertura do cânone interpretativo do princípio do contraditório como direito de influenciar a formação da decisão estatal no processo administrativo, sendo este o primeiro grande efeito processual da audiência que procuraremos aqui ressaltar.[443]

Ressalta ainda Cabral (2008) que é importante conceber as manifestações sociais em processos deliberativos como um requisito à tomada de decisões estatais vinculativas, tendo tal ato característica republicana de uma sociedade policêntrica, pois a diversidade de nichos decisórios implica em não concentração de poderes, mas sim na "[...] possibilidade de equilíbrio entre os pontos de vista existentes no corpo comunitário, o balanceamento centrífugo das forças sociais, ainda que divergentes".[444] Tais processos são essenciais em um Estado que se quer entender como democrático, tendo a audiência pública aptidão natural para que tal papel seja exercido.

Qual a relação existente entre contraditório e audiência pública? Em primeiro lugar, deve-se lembrar que já foi afirmada no capítulo segundo a importância do contraditório como elemento caracterizador do processo, inclusive o administrativo, e ainda como necessário à realização do viés democrático por parte daquele instrumento, pois somente se pode pensar em uma estável realização do princípio democrático quando se puder facultar ao cidadão a participação da feitura do querer da Administração, que na verdade deve ser o querer da sociedade, pois:

> Para tanto, imprescindível é que se assegure ao cidadão o postular junto à Administração, com a mesma corte de garantias que lhe são deferidas no processo jurisdicional (particularmente, as certezas do contraditório, da ampla defesa e da publicidade). Por sem dúvida, a participação democrática no processo administrativo representa a verdadeira contraface do autoritarismo. É dizer, o tema radica-se, fundamentalmente, na dramática e emocionante tensão dialética autoridade X liberdade. [445]

Como já exposto, tem a audiência pública o potencial para influenciar decisões processuais a serem tomadas, inclusive no plano judicial,[446] onde o ministro Gilmar Mendes

---

[443] CABRAL, Antônio. Os efeitos processuais da audiência pública. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**, Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, n. 12, nov./dez./jan. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 3 mai. 2012.

[444] *Ibid*., p. 4.

[445] FERRAZ, Sérgio. Processo administrativo e Constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 1, p. 84-87, 1993.

[446] Veja-se nota 65.

destacou a importância de tal instrumento. Assim, ela se aproxima muito da atual concepção de contraditório caracterizada por representar:

> [...] o direito de influenciar, condicionar as decisões do Estado, a partir do direito de expressão aberto e pluralista. E o princípio, na sua decomposição contemporânea, pressupõe: 1) informação prévia (*Rechf auf Benachrichfigung*); 2) direito de manifestação (*Rechf auf Ausserung*); e 3) o direito de ver seus argumentos levados em consideração (*Rechf auf Berücksichfigung*), correlato ao dever de atenção imposto à autoridade responsável pela decisão.[447]

O intercâmbio de ideias e opiniões nas audiências públicas faz parte da essência desse instrumento, pois, para que ela atenda a seu mister democrático, deve haver uma interação entre a Administração e o corpo de participantes. Não se concebe a audiência pública a partir de uma ideia preconcebida de sua futura decisão. É necessário que haja um relacionamento recíproco entre a Administração e a comunidade com o intuito de que ambos sejam informados, não cabendo a manifestação unilateral, pois se estaria ferindo a própria concepção apresentada de contraditório como poder de influenciar, de forma recíproca, uma deliberação a ser tomada.

Isso não quer dizer que a ideia exposta pela comunidade em audiência pública seja vinculante à tomada de posição por parte da Administração, não invalidando o processo administrativo a decisão administrativa que contrarie os fundamentos expostos naquele instrumento, pois podem estes ser os mais diversos possíveis. Porém, os participantes apresentam à Administração o pensamento da sociedade, ou parte dela, sobre o assunto a ser discutido, atuando como vetor interpretativo e concretizador do interesse público, servindo assim como elemento identificador do interesse posto em discussão.

Ressalte-se que a audiência pública efetiva a ideia de contraditório como garantia constitucional, pois estende aos administrados o direito de apresentar suas razões, suas visões sobre o assunto de forma efetiva, real. Deve ainda aduzir que tal prática leva ao exercício de um devido processo legal em sentido material e não simplesmente material, pois tem a Administração a obrigação de exercer sua função em obediência aos parâmetros da "[...] publicidade, moralidade, da proteção à boa-fé, sem embargos de outros... onde [...] não será devido o processo administrativo em que a Administração Pública proceda de forma oposta ao acima pontuado".[448]

---

[447] CABRAL, Antônio. Os efeitos processuais da audiência pública. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**, Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, n. 12, nov./dez./jan. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 3 mai. 2012. p. 4.

[448] FORTINI, Cristiana. Processo administrativo disciplinar no estado democrático de direito: o devido processo legal material, o princípio da eficiência e a súmula vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal. **Revista**

Assim, pode-se entender que há intima relação entre a audiência pública e o princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo, pois aquele instrumento, como corolário do princípio da participação, serve de forma dupla a este, já que, em seu desenvolvimento, efetiva-se a ampliação da participação de interessados da comunidade, bem como instrumentaliza o contraditório necessário à existência do processo administrativo, alimentando-o com ideias e valores, tornando tal modelo de processo mais democrático, legitimando, de forma mais enfática, as decisões prolatadas no exercício da função administrativa.

4.2.2 Audiência pública no processo administrativo regulatório

Muito se tem percebido a manifestação deste instrumento de participação democrática, na sua percepção mais efetiva, no ambiente regulador exercido pelas agências reguladoras, conforme já em parte analisado no item referente à consulta pública.

Sobre o poder regulador de tais agências, fala Daniel Gassem Misse (2008) que o mesmo não se constitui em usurpação de função legislativa, mas atividade administrativa de intervenção no domínio econômico, não podendo se falar em delegação de poderes para a edição de normas pelo regulador, pois para isto se exigiria o procedimento previsto no art. 68, da Constituição Federal de 1988, através de Lei Delegada.[449] Conforme o citado autor, vários princípios devem ser obedecidos pela ação reguladora, pois:

> [...] tem se de observar os princípios constitucionais que regem a administração pública, tais como: o princípio da eficiência (a intervenção na atividade econômica exige ponderação entre custos e benefícios e equilíbrio do sistema); o princípio da proporcionalidade (para identificar, sopesar e ponderar os interesses) impõe-se a realização de audiência pública e de coleta de opinião); o princípio da motivação (os instrumentos de participação não se limitam à questão relevante, pois a legitimação da ação administrativa se dá pelo procedimento, devendo, assim, a regulação, como instrumento de intervenção, ser motivada, considerando as contribuições da sociedade na audiência pública – princípio do *hard look review*)[450]; o princípio da especialidade (essa motivação deve ser técnica, devendo ser exercida por quem tenha conhecimento específico sobre o setor em que atua); e o princípio da moralidade (essa a motivação deve evitar as capturas econômicas e políticas – para

---

Brasileira de Direito Público, v. 23, p. 123-136, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-CRISTIANA_FORTINI.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2012.

[449] MISSE, Daniel Ganem. **A consolidação das agências reguladoras no Brasil**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2008. Disponível em: <http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/daniel_ganem2008.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2012.

[450] Sobre tal princípio ver: MONCADA, Luís S. Cabral de. **Estudos de direito público**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001. p. 127-134, conforme SOUTO, Marcos Juruena Villela. Audiência pública e regulação. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, n. 4, ano 1, out./dez. 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12751>. Acesso em: 7 mai. 2012.

> tanto deve se ter a nomeação de dirigentes com conhecimento no segmento regulado e as regras de quarentena remunerada).[451]

São identificadas por Misse (2008) restrições à participação popular, no que concerne à estrutura organizacional das agências, identificadas aquelas "[...] pela ausência de sufrágio popular preferencialmente, fracionamento da competência para nomeação dos membros das agências, mandatos descoincidentes com os dos representantes eleitos pelo povo.[452] Porém, tais restrições devem ser compensadas pela garantia dos princípios e valores fundamentais, com a participação mais ampla dos extratos da sociedade, através de:

> 1) Repressão a qualquer modalidade de atuação autoritária ou prepotente dos seus quadros; 2) Consagração do Devido Processo Administrativo (legitimação pelo procedimento e pelas vias democráticas clássicas, consagração do processo administrativo democrático); 3) Participação popular e da sociedade (necessidade de audiência prévia aos diversos segmentos da sociedade para todas as decisões proferidas pelas agências, publicidade "ativa" e convocatória para setores especializados e interessados do terceiro setor, participação externa relevante, controle externo não hierárquico pelo Poder Executivo, fiscalizatório pelo Poder Legislativo e revisivo ou desconstitutivo pelo Poder Judiciário).[453]

Desta forma, não se concebe que tal poder regulatório seja exercido por meio de processos e procedimentos unilaterais, produzindo decisões regulatórias sem submissão a mecanismos democráticos à sua disposição, como a consulta e a audiência pública, pois "[...] o sistema democrático exclui a utilização do argumento da natureza técnico-científica para criar agências reguladoras não sujeitas a mecanismos de controle democrático".[454]

Percebe-se, assim, mais uma função democrática das audiências públicas em sede de processo administrativo, qual seja, a de legitimar a regulação (exercida por agentes não eleitos) quando do exercício da edição de norma regulatória, ratificando socialmente a escolha pela opção normativa efetuada pelos detentores do poder regulatório, desde que tenha ocorrido a participação de todos os interessados através da mais ampla publicidade e pela intervenção destes por meio do contraditório, entendido este, conforme mencionado acima, como o poder de influenciar, de forma recíproca, uma deliberação a ser tomada.

Além da legitimação dos diretores das Agências Reguladoras, as audiências públicas têm o poder de legitimar as próprias instituições responsáveis pela regulação, por

---

[451] MISSE, 2008, p. 82-83.
[452] *Ibid*., p. 119.
[453] *Ibid*., p. 119-120.
[454] JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe déficit democrático na "regulação independente"?. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos. (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 330.

passarem estas por questões relativas à sua própria legitimidade, sendo as audiências públicas meios para atingir tal desiderato, pois, conforme Misse (2008):

> [...] percebemos que para que perdurem e se consolidem definitivamente no Brasil, as agências precisam ampliar os dispositivos de participação e controle pela sociedade (accountability). Isso passa pela necessidade de maior freqüência de Audiências Públicas, que estimulariam a formação de um capital social, como mecanismo de compensação do predomínio do grande empresariado em outras formas de participação como as Consultas Públicas[...]. [455]

Supitz (2008), citando Bobbio, analisa a democracia sob o viés procedimental em três grandes perspectivas: 1) a participação mais próxima do centro do poder, o que é oportunizada especialmente pelas democracias direta e participativa, bem como pela representativa pelos mandatários; 2) maior participação popular e 3) participação mais ativa, mediante debates, sendo uma democracia deliberativa.[456] Como se pode depreender do ora exposto, a audiência pública para fins regulatórios tem potencial para atender a todas essas perspectivas, inclusive quanto à quarta perspectiva proposta, a que visualiza a abertura supostamente capaz de possibilitar a real consideração, por parte dos responsáveis, das manifestações feitas pelos participantes da audiência.[457]

4.2.3 Audiência pública no âmbito do Supremo Tribunal Federal

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, observa-se a possibilidade de realização de audiência pública, com previsão legal no art. 9º, parágrafo 1º, da Lei 9.868/99,[458] tendo a primeira audiência pública determinada pela Primeira Turma do (STF), designada pelo

---

[455] MISSE, Daniel Ganem. **A consolidação das agências reguladoras no Brasil**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2008. Disponível em: <http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/daniel_ganem2008.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2012. p. 148.

[456] SUPITZ, Carolina Elisa. **O instrumento jurisdicional da audiência pública e os movimentos de sincronia e anacronia em relação à comunidade contemporânea**. 2008. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio Sinos, São Leopoldo (RS), 2008. Disponível em: <http://bdtd.unisinos.br/tde_arquivos/11/TDE-2009-08-18T163822Z867/Publico/CarolinaSuptitzDireito.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2012. p. 105.

[457] SUPITZ, Carolina Elisa. **O instrumento jurisdicional da audiência pública e os movimentos de sincronia e anacronia em relação à comunidade contemporânea**. 2008. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio Sinos, São Leopoldo (RS), 2008. Disponível em: <http://bdtd.unisinos.br/tde_arquivos/11/TDE-2009-08-18T163822Z867/Publico/CarolinaSuptitzDireito.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2012. p. 105.

[458] Lei 9868/99, artigo 9º, § 1º: "Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou 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".

ministro Carlos Ayres Britto, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3510,[459] na qual era questionada a permissão legal para utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias, determinada para subsidiar os ministros daquela Corte, além de possibilitar maior participação da sociedade civil, conferindo mais legitimidade à decisão que viesse a ser tomada.

Embora a audiência em epígrafe se dê no âmbito de um processo judicial, e o estudo aqui desenvolvido se concentre em processo administrativo, foi muito rica a análise deste instrumento democrático, tendo em apreço as discussões geradas tanto no curso das audiências, quanto as que decorreram das conclusões tomadas pelos ministros do STF. Estes, conforme relatos nas transcrições à frente, foram influenciados pelos debates ocorridos. Notou-se claramente a satisfação dos ministros em terem implementado essa medida democrática.

É bom lembrar que outras normas também regulamentam o instituto da audiência pública no âmbito dos julgamentos em sede de controle abstrato de constitucionalidade, tanto para a inconstitucionalidade por omissão, Capítulo II-A da Lei no 9.868/99, especificamente no *caput* do art. 12-E, onde se afirma que são aplicáveis ao procedimento daquelas as disposições da Seção I, do Capítulo II, como na Lei 9.882/99, completando o regramento atual da audiência pública jurisdicional, regulando o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Princípio Fundamental, disponibilizando ao relator a convocação de audiência pública, nos termos do §1° do art. 6°.[460]

Mesmo havendo limitação explícita dos indivíduos autorizados a participar como expositores na audiência pública, pois se exigem "[...] pessoas com experiência e autoridade na matéria", não ficaram estabelecidos quais os parâmetros necessários para a aferição do que se entende por experiência e autoridade. Concluiu-se que, em uma interpretação mais conservadora, parece-se indicar que a escolha deve recair em pessoas que auxiliem os ministros com informações técnicas sobre a matéria colocada em votação, legitimando um

---

[459] [...] 4. Daqui se deduz que a matéria veiculada nesta ação se torna de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida. Tudo a justificar a realização de audiência pública, a teor do § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99. Audiência, que, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará u'a maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte. (Decisão monocrática do Min. Carlos Britto, de 19.12.2006, publicada no D.J. em 1.2.2007).

[460] Lei 9882/99, artigo 6º, § 1º: "Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria".

pouco mais as decisões daquela Corte quando o clamor público fizer parte da pauta a ser julgada.

Destaque-se que tal análise deste instrumento em sede processual é importante, pois vai além da mera pesquisa bibliográfica não se limitando à simples reprodução do que foi escrito sobre o assunto, mas sim à demonstração dos efeitos da audiência pública como elemento democrático, capaz de transformar o clássico entendimento que o Poder Judiciário é um órgão fechado às incursões e anseios populares, podendo contribuir fortemente para a aplicação deste instrumento em sede administrativa, tendo em apreço a repercussão no mundo jurídico de atos praticados pelo Supremo Tribunal Federal que incidam de forma abstrata e genérica.

Assim, atendendo ao ideal democrático estabelecido pelas normas acima citadas, o STF, desde 2007, realizou audiências públicas para decidir sobre assuntos de alta relevância social, os quais incorriam em questões que mobilizaram grande parte da sociedade brasileira através de manifestos contrários ou não aos fundamentos apresentados. Cinco foram as audiências públicas: a) em 2007, ADI 3510 sobre a Lei da Biossegurança; b) em 2008, ADPF 101 sobre importação de pneus usados e c) ADPF 54 acerca da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos; em 2009, d) da Saúde e, por último, e) ADPF 186 sobre cotas no sistema nacional de educação.[461]

Sem entrar no mérito do objeto discutido, é de se registrar que os próprios ministros condutores das audiências públicas em foco, em especial a audiência da ADI 3510, manifestaram-se de forma que tal ato seria um instrumento significativo e definidor da atuação do STF no cenário político-jurídico brasileiro, principalmente por adicionar mais pressão argumentativa sobre os assuntos em julgamento, mesmo colocando os ministros diante de uma grande quantidade de informações complexas, porém legitimando-os quanto às futuras decisões.

No encerramento da audiência da ADI 3510, o ministro Gilmar Mendes, citando Peter Häberle, entendeu que tal inovação institucional, além de ter contribuído para a qualidade da prestação jurisdicional, garantiu novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal no âmbito de sua tarefa precípua de guarda da Constituição e,

[461] Vale a pena a leitura das notas taquigráficas de algumas audiências públicas, destacando-se: 1) Notas taquigráficas da Audiência pública ADPF 186. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processo AudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Notas_Taquigraficas_Audiencia_Publica.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2012; 2) Notas taquigráficas da ADPF 54/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processo AudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54__notas_dia_26808.pdf >. Acesso em: 29 abr. 2012 e 3) Cronograma da audiência pública da ADI 3510, onde constam todas as manifestações tomadas em audiência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublica Saude&pagina=Cronograma>. Acesso em: 29 abr. 2012.

também, no exercício de sua competência de proteção do interesse público e uniformização das decisões.[462]

Gilmar Mendes, no supracitado pronunciamento, destaca a importância da audiência pública nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, pois para estes é notável a necessidade de participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade, cumprindo tal participação uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito:

> Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica apresentados pelos "amigos da Corte".[463]

Gilmar Mendes afirmou ainda que a boa qualidade da prestação dos serviços públicos aos cidadãos é dos elementos caracterizadores e identificadores do Estado Democrático e Social de Direito, pois a democracia social depende da qualidade dos serviços gerais prestados e garantir essa qualidade é um dever de todos, restando "[...] consignada a importância de se abrirem espaços de consenso e de se construírem soluções compartilhadas, inclusive pela via administrativa".[464]

Embora haja críticas sobre a audiência pública em sede de controle concentrado de constitucionalidade, pois, conforme Carolina Elisa Supitz (2008), a audiência pública que ocorreu no âmbito dos julgamentos de lei em tese no STF, da forma como foi realizada, não foi democratizante.[465] Porém, para a citada autora, há a possibilidade de que tal instrumento seja extremamente salutar para a resolução dos conflitos normativos, pois é de bom alvitre a audiência de pessoas que estudam e trabalham com os assuntos que irão a julgamento, tanto pelo interesse profissional e científico que tais sujeitos detêm, quanto pela sua própria oitiva em audiência, por ser esta um dos modelos mais evoluídos em termos de espécies de prova.[466]

Conclui-se então que o pensamento de Carolina Supitz (2008) é relevante para o presente trabalho, por afirmar que, apesar de ser a audiência pública jurisdicional, entre

---

[462] Encerramento do tópico "Assistência Farmacêutica do SUS", no dia 07.05.2009, da audiência pública da ADI 3510. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_da_Aud_Pub__Min_GM.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2012.

[463] *Ibid*.

[464] *Ibid*.

[465] SUPITZ, Carolina Elisa. **O instrumento jurisdicional da audiência pública e os movimentos de sincronia e anacronia em relação à comunidade contemporânea**. 2008. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio Sinos, São Leopoldo (RS), 2008. Disponível em: <http://bdtd.unisinos.br/tde_arquivos/11/TDE-2009-08-18T163822Z-867/Publico/CarolinaSuptitzDireito.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2012.

[466] *Ibid*.

aquelas por ela analisadas (ADI 3510, ADPF 101 e ADPF 54), um instrumento que não gera democracia participativa em sua mais ampla acepção, foram tais audiências de suma importância para democratizar o Poder Judiciário, "[...] por aproximar a comunidade do centro de poder jurisdicional, o que fez de modo bastante satisfatório".[467]

Sob a perspectiva de potência democrática, concorda-se plenamente com o pensado por Carolina Supitz (2008), representando a audiência pública jurisdicional instrumento eficaz de participação democrática desde que adotadas certas medidas, pois, mesmo se mantendo o modelo até agora praticado de democracia representativa adotado pelo STF, com a ampliação da pluralidade dos participantes, o aprimoramento das deliberações realizadas em audiência e com a consideração dos valores comunitários compartilhados pelas decisões proferidas, não restam dúvidas de que tal instrumento leva à efetiva democratização do Poder Judiciário.

Desta forma, há que se considerar que, se a audiência pública jurisdicional, com suas particularidades aqui analisadas, pode ser tida como instrumento de participação democrática em exercício no Poder Judiciário, considerado um dos poderes constituídos mais fechados, não há como ser hesitante em concluir pelo potencial das audiências públicas previstas na legislação administrativa federal. Estas devem ser entendidas, no âmbito do processo administrativo, como real instrumento de participação e emancipação comunitária.

Embora sejam relevantes os comentários aqui apresentados sobre o caráter democrático da audiência pública jurisdicional, é no âmbito administrativo do Poder Executivo que há mais potencial de se tornar efetivo o princípio democrático, pois tal Poder está diariamente frente a uma variedade de situações colocadas à sua apreciação, devendo perseguir em seus resultados o interesse público com a satisfação das necessidades coletivas subjacentes.

Os administradores públicos, de forma constante, posicionam-se de forma relevante sobre os mais variados assuntos, sendo, não raro, necessário que se debata publicamente sobre interesses que atingem os membros da comunidade, quer de forma individual, quer de forma coletiva. Assim, através do debate coletivo, podem ser atingidas as finalidades públicas da forma mais democrática possível, pois se estará legitimando a atuação estatal com a captação da vontade coletiva e, ao mesmo tempo, estar-se-á dando publicidade

---

[467] SUPITZ, Carolina Elisa. **O instrumento jurisdicional da audiência pública e os movimentos de sincronia e anacronia em relação à comunidade contemporânea**. 2008. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio Sinos, São Leopoldo (RS), 2008. Disponível em: <http://bdtd.unisinos.br/tde_arquivos/11/TDE-2009-08-18T163822Z 867/Publico/CarolinaSuptitzDireito.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2012.

ao discutido, podendo-se cobrar, de forma mais direta, as conclusões resultantes da apresentação de ideias.[468]

Concluindo este capítulo, refere-se os ensinamentos de Friedrich Müller, que, ao analisar a democracia e a exclusão social em face da globalização, fala que:

> [...] atividades dos Poderes Executivo e Judiciário, que, afinal de contas, também devem ser "demo"craticamente justificadas [...] havendo uma contradição no discurso da democracia, pois, [...] por um lado, faz sentido dizer que os governantes, os funcionários públicos e os juízes estariam democraticamente vinculados; mas não faz sentido dizer que, aqui, o povo ativo ainda estaria atuando "por intermédio" de seus representantes.[469]

Para Müller, a exclusão gerada pela globalização afeta diretamente a ambiência econômica, refletindo-se na negação das garantias jurídicas e políticas. Ele entende que de tal processo "[...] as vítimas não são apenas as pessoas; com elas, vitima-se também a democracia, o Estado de Direito, o Estado de Bem-Estar Social e o direito de defesa contra o Estado, bem como os direitos de participação".[470] Porém, ressalta o autor que a democracia possui soluções para restabelecer tais imperfeições, propondo que a prática destas seja voltada para o povo, pois "[...] a democracia justifica-se a partir do povo, deve servir ao povo ativo, ao povo enquanto instância de atribuição e ao povo-destinatário".

Em verdade, o texto de Müller propugna por uma mudança do comportamento estatal e um efetivo controle dos poderes. Isso deve ocorrer através de uma práxis independente dos tribunais, por meio do aumento da participação e da diminuição da exclusão social.

Para tal fim, propõe-se aqui o processo administrativo como instrumento capaz de realizar tal função, não podendo tal proposta ser peremptoriamente negada, pois é imprescindível para os fins propostos pelo legislador constituinte que a sociedade participe, na forma mais ampla possível, das decisões que conduzam a coisa pública.

É bastante salutar que seja facultada a participação de todos os interessados e afetados, quer de forma direita, quer de forma indireta, pelas decisões administrativas, concluindo por aproximar, no maior contingente possível, a comunidade dos centros exaradores de decisões administrativas, e isso é democrático.

---

[468] RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 95.

[469] MÜLLER, Friedrich. **Democracia e exclusão social em face da globalização**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Friedrich_rev72.htm>. Acesso em: 1 mai. 2012.

[470] *Ibid*.

A Lei 9.784/99 veio a preencher um grande vazio existente na seara do processo administrativo nacional, e não só federal, sendo fértil no estabelecimento de normas que constituem a aplicação de princípios constitucionais, fazendo com que, além de garantir o equilíbrio entre os direitos individuais e difusos e as prerrogativas da Administração,[471] esta ouvisse e dialogasse com a sociedade.

Além de positivar a consulta e a audiência pública como norma geral, mesmo que sua abertura ou realização se dê forma facultativa, criou tal norma um critério residual de participação de interessados, coisa inimaginável até pouco tempo atrás, fortalecendo o contraditório no âmbito processual, ampliando o viés democrático nitidamente pretendido pela comissão de juristas capitaneados pela professora Odete Medauar.[472]

É de conhecimento de todos que a prática democrática no Estado brasileiro é recente, permanecendo ainda resquícios políticos de governos centralizadores e ditatoriais, aliado a tudo isso uma cultura individualista, característica marcante de todas as sociedades influenciadas pelo liberalismo. Porém, como ressalta Nohara (2011), é cristalino um novo atuar da sociedade decorrente dos novos ares trazidos pelos ditames democráticos da Carta Magna de 1988, pois:

> [...] A valorização do princípio participativo é uma forma de reação à sociedade de massas a sua tendência ao individualismo atomizante, pois propicia meios de superar a alienação imposta por um sistema que, via de regra, não incentiva que os integrantes da sociedade se preocupem em dar uma contribuição maior em nome do todo orgânico.[473]

O pretendido por todo o trabalho, e não só por este capítulo, foi reforçar a ideia já defendida por muitos aqui citados de que o processo administrativo e seus instrumentos geraram e geram uma maior democratização do agir administrativo, apresentando, ainda, grande potencial de ampliação, desde que a própria Administração tenha consciência disso e

---

[471] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A lei de processo administrativo: sua ideia matriz e âmbito de aplicação. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. **Processo administrativo**: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011. p. 200.

[472] Conforme Di Pietro (2011), a comissão responsável pela elaboração da citada lei fora composta de forma heterogênea, constituída por advogados públicos e privados, especialistas em Direito Administrativo e em Direito Processual, com um ponto em comum: todos eram professores universitários em suas áreas de especialização. De início fora designada como relatora a Odete Medauar, encarregada de apresentar a primeira minuta que serviria de base para o inicio das discussões. Tal incumbência coube pela obra "Processualidade Administrativa", à época, recentemente publicada pela ilustre relatora. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A lei de processo administrativo: sua ideia matriz e âmbito de aplicação. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. **Processo administrativo**: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011. p. 186.

[473] NOHARA, Irene Patrícia. Participação popular no processo administrativo: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos. *In*: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. **Processo administrativo**: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011. p. 77-100.

da sua importância nesse contexto. Defende-se que o viés democrático estabelecido pela Lei 9.784/99 está bem definido, sendo certo que três dimensões da participação viabilizam a efetivação do princípio participativo, sendo elas:

> [...] (1) a *dimensão da garantia*, com regras que substanciam expressão do contraditório e da ampla defesa; (2) a *dimensão de controle* dos atos, a partir dos múltiplos expedientes previstos; como a obrigação de motivação dos atos dos processos administrativos; e (3) a *dimensão de participação* dos administrados no *iter* de formação da vontade estatal, que torna mais transparente o processo, sendo sua expressão máxima a possibilidade de realização de audiências e consultas públicas, quando questões relevantes ou de interesse geral nos processos administrativos que justifiquem a interlocução com a sociedade civil (grifo do autor).[474]

Assim, dúvidas não há quanto à importância de tal norma no contexto democrático do Estado brasileiro, bem como de que é o processo administrativo um valoroso canal de exercício da democracia, devendo, no seu desenvolvimento, tentar-se alcançar, ao máximo possível, a efetivação do princípio democrático, pois o processo administrativo é um poderoso canal de exercício da soberania por parte dos administrados.

Finda este trabalho com as palavras de Bernardo Toro (2005), refletindo como foi, apesar de cansativo, prazeroso e enriquecedor, a realização deste estudo, o qual me levou a entender o Direito de uma forma diferente, de uma forma mais digna, de uma forma mais humana: "[...] **A democracia não é uma ciência, um dogma, um partido, uma política. É uma forma de ver e estar no mundo, um modo de ser e viver".** [475]

---

[474] NOHARA, Irene Patrícia. Participação popular no processo administrativo: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos. *In*: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. **Processo administrativo**: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011. p. 81-82.

[475] TORO, José Bernardo**. A construção do público**: cidadania, democracia e participação. Rio de Janeiro: Editora Senac Rio, 2005. p. 24.

CONCLUSÕES

A presente pesquisa voltou-se à análise da possibilidade do processo administrativo federal, o qual está vinculado à Lei 9.784/99, quer de forma subsidiária, quer de forma direta, de ser considerado instrumento de participação democrática. Partindo de uma crítica de Saramago sobre a democracia, analisou-se o instituto da participação democrática em vários momentos históricos. Na democracia clássica grega, ficou constatado que a participação democrática era restrita a grupos de nacionais, excluindo-se mulheres, escravos e metecos (estrangeiros). Em Platão, a democracia também era excludente, pois somente os competentes é que poderiam participar dos processos democráticos.

Para Aristóteles, a democracia é considerada uma forma degenerada de governo. Porém, apesar de sua crítica ao sistema democrático, o estagirita afirma que a liberdade de se submeter apenas às leis é a grande contribuição que tal regime de governo pode dar à sua República. Sua crítica à participação dirige-se aos pobres e ricos: aqueles permanecem ociosos, não os retendo em casa a preocupação com seus próprios negócios, formando uma massa que se sobressai nas assembleias; estes não assistem às assembleias, não se preocupando com o papel do juiz, dando oportunidade para que os demagogos predominem e, com eles, suas vontades.

No modelo de Estado liberal, a democracia deve ser analisada a partir da concepção da propriedade no modelo econômico burguês liberal clássico, o qual pregava que a propriedade era um direito seu natural, inalienável e inviolável, servindo a liberdade e a igualdade somente aos fins pretendidos pelo proprietário e restando aos cidadãos não proprietários apenas uma proteção de bens.

Na verdade, a doutrina da democracia liberal foi criada, ratificada no período pós-revolução na França, com assentimento, consciente ou não, da maioria, pois àquele momento o que beneficiava esta classe social desprovida de patrimônio material era uma proteção primordial de suas vidas, direito este bem volátil em épocas de monarquias absolutas. Destaque-se que o pensamento liberal democrático também foi influenciado por intelectuais anteriores à Revolução Francesa, dos quais se destaca John Locke como representante de tal tradição liberal.

Vários autores liberais foram analisados em tal trabalho, destacando-se John Locke, David Held, James Harrington, a partir de Norberto Bobbio, Robert Dahl, mas nenhum deles retratou melhor o pensamento democrático liberal como Schumpeter, pois para ele a democracia deve ser entendida como uma democracia representativa, que tem como

característica uma adequação aos fins do liberalismo, pois implica participação restrita do povo nas decisões políticas, criando um imaginário no povo ao ser tida, também, como um instrumento limitador do avanço da classe dominante por intermédio da escolha de representantes populares, mesmo que isso acontecesse somente a partir de uma vontade massiva dos legitimados a votar.

A participação democrática no liberalismo não vai além da simples manifestação do voto, não havendo, dentro de sua lógica capitalista, permissão para a igualdade social material, pois esta democracia legitima a ordem capitalista, tida por exploradora das massas.

A democracia representativa, a partir de Rousseau, traça as características da natureza de um sistema político, o qual entende ser o ideal, em que a participação democrática é o instrumento de maior relevância para o estabelecimento e a manutenção de uma democracia que queira realmente ser participativa. Pateman encontra dois pontos importantes para este estudo relativos ao sistema participativo de Rousseau: o primeiro é que a participação acontece na tomada de decisões; o segundo é que a constitui uma forma de proteção dos interesses privados e um modo de assegurar um bom governo. Porém, quanto a este último ponto, deve o cidadão ser o responsável pela ação política, considerando que existem interesses bem mais abrangentes do que os seus considerados individualmente.

A teoria participativa de Rousseau leva também a um grande vínculo entre participação e liberdade, já que, a partir da aquisição do estado civil e do exercício do ato de participar das decisões públicas, é levado o indivíduo a uma plena liberdade, inclusive moral. Embora haja críticas à proposta de Rousseau, não podem ser desconsiderados os aspectos da teoria participativa desse pensador, principalmente seu caráter educativo, a partir da participação na tomada de decisões e da ênfase na liberdade do indivíduo.

A democracia participativa proposta por Paulo Bonavides pode ser considerada um modelo de democracia substancial, e não meramente participativa, também propugnada por Ferrajoli, o qual entende que a democracia substancial seria aquela que ocorreria em um Estado de direito dotado de efetivas garantias liberais e sociais. Ambos concluem que a efetivação de uma democracia substancial passa necessariamente por uma ampliação da base de atuantes com uma interferência direta naquilo que é decidido.

Assim, a democracia, em termos atuais, não pode se restringir à simples extensão do sufrágio à maior parte possível da população. Além de superar a antiga ideia clássica de participação, cuja noção era excludente de várias classes sociais, bem como a concepção idealizada do pensamento liberal, a noção atual de democracia engloba, além da ampliação de sua base participativa, a percepção de que é, também, um direito fundamental.

O modelo democrático, em que há a maior possibilidade de participação, principalmente pelo alargamento da base de integrantes, seria o previsto por Paulo Bonavides, que, mesmo havendo compartilhamento ideias fortificadas no modelo representativo, é o modelo no qual o processo administrativo, como instrumento de participação, questionamento principal do presente trabalho, ganha mais força e possibilidade de real efetivação.

Ao se analisar o processo administrativo e a democracia, parte-se para uma releitura do Direito Administrativo a partir da superação do princípio da legalidade pela juridicidade, ampliando-se o conceito de legalidade do Estado Liberal, contendo aquele, além da ideia de cumprimento do estabelecido em lei, em sentido estrito, a noção de adequação desta aos princípios constitucionais ora explícitos, como os da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como aos implícitos, da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica, dentre outros. Tal releitura é fundamental pelo entendimento de que a interpretação principiológica leva a uma maior participação ao considerar a democracia também como um valor a ser buscado pelo administrador.

Faz-se uma opção pela terminologia processo administrativo em relação à expressão procedimento administrativo, justamente pelo entendimento feito de que o processo é uma espécie de procedimento qualificado pelo contraditório, a partir dos ensinamentos de Fazzallari e de Aroldo Plínio Gonçalves, superando a doutrina que entende o processo como uma relação jurídica.

Em tal opção doutrinária, é o processo uma espécie do gênero do procedimento, que possui o contraditório como elemento definidor de sua estrutura. Assim, o processo, como procedimento em contraditório, incluindo-se aí o processo administrativo, determina que todos os interessados, entendidos como os sujeitos atuantes que serão atingidos pela decisão, participem de forma isonômica durante todo o andamento processual, não havendo uma relação jurídica entre eles, mas sim uma sequência de normas, atos e posições subjetivas, que se interligarão até a concretização do ato final, em que a norma precedente, a qual fixa uma conduta valorada como lícita ou devida, é pressuposto para a realização da consequente.

Fundamental à ideia de processo é a noção de contraditório proposta por Fazzalari, o qual não entende o contraditório apenas como algo instrumentalizado pelo processo, mas sim como elemento definidor do processo, distinguindo-o do procedimento por ser uma especial estrutura dialética que ocorre neste. A estrutura dialética determinada pelo contraditório, como elemento de distinção do processo, permite superar definições antigas sobre o processo, como a de Carnelutti, que afirma que, onde há conflito de interesses, há

processo, bem como o de Bevenuti, que preceitua que, onde existe um interesse distinto daquele interesse do autor, também existe processo.

A teoria de Fazzalari é a mais que se adéqua à proposição de que o processo administrativo é um instrumento, entre outros previstos constitucionalmente, de participação democrática, justamente pela valorização do contraditório como elemento qualificador do processo. O processo, entendido como procedimento em contraditório, tem por exigência que o provimento final, inclusive o decorrente de processo administrativo, seja emitido através de uma decisão cuja formação apresente a mais ampla participação dos interessados, sendo ponto de convergência a noção de direito plural e participativo, base do Estado Democrático de Direito.

O processo administrativo, sob esse viés participativo, cria um novo vínculo com o cidadão, ou seja, essa percepção propicia uma nova visualização dos indivíduos nesse contexto de participação, passando estes de uma simples parte, no preliminar conceito de Bordenave, já citado, para o de agentes construtores de um ato público, correspondendo, na verdade, a um novo agente político.

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, explicitado no tópico referente à juridicidade, não há como não concluir que um dos referenciais do processo administrativo é a democracia, pois é esta um meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais, não sendo mero conceito político abstrato e estático, mas um processo de afirmação do povo e de garantia de tais direitos.

A atuação da administração pública deve perseguir, portanto, essa pauta democrática e participativa. Nesse conjunto, estará inserido o interesse público que, mesmo sendo um conceito difícil de determinar, deve ser qualificado pela ponderação de todos os interesses envolvidos, necessários à tomada da melhor decisão. O Estado, e por conseguinte a Administração pública, tem o dever de facultar aos cidadãos todas as possibilidades de participação, pois tal fato é condição essencial para a legitimidade, a eficiência, a sustentabilidade social e a viabilidade da atuação administrativa, pois não mais é concebível um Estado unicamente impositivo de regras.

A participação democrática no processo administrativo aqui proposta vislumbra não só uma participação para a mera resolução de conflitos, mas sim a ampliação da moldura de situações de relacionamento entre o particular e a Administração. Isso é feito a partir de uma valoração do contraditório, mesmo havendo incidências de outros princípios constitucionais, como o da publicidade, por exemplo, tendo como origem a Constituição

Federal de 1988, criando deveres objetivos procedimentais para a Administração e direitos subjetivos fundamentais, em termos de procedimento, para o administrado.

O estudo da principiologia veiculada pela Lei 9.784/99 é primordial para o atendimento da proposta de ser o processo administrativo um instrumento de participação democrática, especialmente pelo fato de que, em um estudo sobre princípios jurídicos, valores devem preponderar quando da colisão entre tais normas, optando este trabalho pela primazia dos valores dignidade e democracia. Para tal mister, adota-se uma das premissas mais importantes desse modelo interpretativo do direito, que seria a primazia das normas constitucionais, decorrendo de tal fato a principialização e a constitucionalização do Direito a partir de uma nova visão dos direitos fundamentais, excluindo-se a ideia única destes como meros direitos de defesa do cidadão em face do Estado ou como simples garantias.

A análise principiológica da Lei 9.784/99 é feita à luz da teoria de Robert Alexy, o qual propugna duas categorias de normas: as regras e os princípios. A natureza dos princípios, para Alexy, é de mandado de otimização. Esse autor faz um paralelo com valores para que sejam mais bem entendidos, não os igualando, pois estes são vistos em sua concepção axiológica, ou valorativa, fazendo ele, ainda, uma referência não ao plano do dever-ser (deontológico, inerente às normas), mas sim ao nível do que pode ou não ser considerado como bom.

Para Alexy, caso uma norma jurídica exija para seu cumprimento apenas uma determinada medida, tem-se uma regra, pois a sua aplicação será em definitivo. Portanto, a diferença que se encontra no aspecto da estrutura dos princípios e das regras está na sua forma, fazendo com que regras sejam aplicadas de maneira silogística (tudo ou nada), e os princípios, através da técnica de ponderação.

Caso haja colisão de princípios no caso concreto, por conta de tal natureza jurídica atribuída àquelas normas previstas na Lei 9.784/99, tem o administrador público o dever de, tanto no início, quanto no desenvolvimento e na conclusão de um processo administrativo, usar da ponderação dos valores em conflito para atingir tal fim. Não será para o administrador um terreno de superfície linear, principalmente pelo fato de que deverá tomar decisões baseadas em valores não tão precisamente determinados e também de pouca densidade normativa, não devendo esquecer que os valores democracia e dignidade da pessoa humana devem preponderar quando da resolução da citada colisão.

Outra acepção da análise principiológica da Lei 9.784/99 é que a citada norma traz para o processo administrativo um conjunto de preceitos e princípios decorrentes da Constituição, inclusive implícitos, não havendo como negar, também, sua vocação para

efetivar em sua plenitude os direitos fundamentais previstos na Carta de 1988. Tais normas também são revestidas de constitucionalidade material, formando, junto com outras normas constitucionais formais e materiais, o assim chamado bloco de inconstitucionalidade, tendo este a função de resolver conflitos normativos no âmbito do ordenamento jurídico, restringindo, ainda, a atuação do legislador ordinário, pois este não pode editar norma que venha a prejudicar a efetivação do principio participativo, bem como do principio democrático, revogando dispositivos daquela lei que veicula tais princípios.

Quanto às normas do Art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/99, pode-se concluir que há grande predomínio de princípios, somente sendo exceção as regras da proporcionalidade, da razoabilidade e da motivação. O entendimento aqui desenvolvido sobre tais normas, especialmente, e também como já exposto, é feito à luz da teoria normativa de Robert Alexy, não descartando a sua qualificação na forma pensada por Celso Antonio Bandeira de Mello, por não ser esta caracterização descartada pelo próprio Alexy, mas sempre vendo a influência de tais normas quanto ao seu caráter participativo conforme a proposta aqui desenvolvida.

Por último, conclui-se que tanto a consulta pública quanto a audiência pública, ambas previstas na Lei 9.784/99, apesar de não serem uma inovação em termos de processo administrativo, são instrumentos de participação democrática, destacando-se que a ampliação dos instrumentos de participação influencia diretamente o cidadão pelos reflexos que este sente com a sua atuação, sendo assim importante o estudo de tais institutos, pois quanto maior forem as oportunidades de intervenção do cidadão no delineamento desse tipo de ação, maiores serão as chances de atendimento dos interesses mais gerais da população.

Vislumbra-se também, com tais instrumentos de participação, um maior controle por parte da sociedade sobre a formação da vontade pública, exercendo assim um controle social, pois as consultas e audiências públicas, em se tratando da atividade reguladora exercida pelo Estado, são mecanismos de *accountability*, podendo ser qualificados como mecanismos de participação pública ou de deliberação pública em processos decisórios sobre a formulação do conteúdo da regulação.

O participante, tanto de uma consulta pública como de uma audiência pública, age na qualidade de defensor dos interesses da sociedade, gerando deveres para a Administração, dos quais se destaca o de conceder a oportunidade de contraditório, o qual deve ser manifestado através de resposta devidamente motivada, que considere todos os argumentos apresentados pelo participante.

Ambas são mecanismos de democratização administrativa com índole assentada no princípio da participação democrática, permeando todo o corpo constitucional, não

cabendo ao administrador autorizado realizá-las, tendo um comportamento inerte quanto às mesmas, devendo ser garantida ao participante uma resposta objetiva e que venha a esgotar todas as possibilidades de discussão levadas por aquele, não se podendo admitir respostas evasivas por parte da Administração a questionamentos pontualmente problematizados por intermédio dos participantes.

A Lei 9.784/99 veio a preencher um grande vazio existente na seara do processo administrativo nacional, e não só federal, sendo fértil no estabelecimento de normas que constituem a aplicação de princípios constitucionais. Estabeleceu um diálogo com a sociedade, além de garantir o equilíbrio entre os direitos individuais e difusos e as prerrogativas da Administração.

Além de positivar a consulta e a audiência pública como norma geral, mesmo que sua abertura ou realização se dê forma facultativa, criou tal norma um critério residual de participação de interessados, coisa inimaginável até pouco tempo atrás, fortalecendo o contraditório no âmbito processual, ampliando o viés democrático nitidamente pretendido pela comissão de juristas elaboradores de tal norma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, Helena. As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo. *In*: DIDIER JR, Fredie. **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 339-352.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Neoconstitucionalismo e superação do positivismo. *In*: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Orgs.). **Teoria do direito neoconstitucional**. 1. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 431-447.

AIETA, Vânia Siciliano. Democracia. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 189-196.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. **Juridicidade *contra legem* no processo administrativo:** limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; RODRIGUES, Geisa de Assis. Breves anotações sobre a garantia do devido processo legal no processo administrativo. **Revista Baiana de Direito**, Salvador, v. 1, p. 201-227, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMANDO DE BARROS, Laura Mendes. O dever fundamental de participação democrática e a sua efetivação no direito brasileiro. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 20., 2011, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 8556-8557.

ARISTÓTELES. **Política**. Traduzido por Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *In*: SARLET, Ingo Wolfgand (Org.). **O direito público em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99-127.

_____. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2012.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 80.

BARCELOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2011.

BARRETO, LEONARDO. **Quanto de quê**?: o debate teórico e os estudos de democratização. 2006. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10482/6607/>. Acesso em: 18 nov. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Entre o estado total e o estado social**: atualidade do debate sobre direito, estado e economia na República de Weimar. 2003. Tese (Livre Docência em Direito Econômico) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22092009-150501/>. Acesso em: 26 fev. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade**: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

_____. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Devido procedimento equitativo e vinculação de serviços públicos delegados no Brasi**l. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política**.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fair. São Paulo: Mandarim, 2000a.

_____. **Teoria geral da política**: a filosofia da política nas lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000b.

_____. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Brasiliense, 2005.

_____. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

BOFF, Leonardo. **Ética e moral**: a busca dos fundamentos. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **Constituinte e constituição**: a democracia, o federalismo e a crise contemporânea. São Paulo: Malheiros Editores, 2008a.

_____. **Do estado liberal ao estado social.** 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008b.

_____. **Teoria do estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008c.

_____. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Jurisdição constitucional e legitimidade** (algumas observações sobre o Brasil). Disponível em < http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851>. Acesso em: 14 mai. 2012.

BORDENAVE, Juan E. Diaz. **O que é participação**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

BRASIL. **Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUENO,Vera Scarpinella. Devido processo legal e a administração pública no direito administrativo norte-americano: uma "breve" comparação com o caso brasileiro. *In*: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Devido processo legal na administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 13-79.

BUSTAMANTE, Thomas. **Princípios, regras e conflitos normativos:** uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. São Paulo: Renovar, 2005.

_____. **Princípios, regras e conflitos normativos**: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. Disponível em < http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo7%20Thomas.pdf>. Acesso em 18 mai.2012

CABRAL, Antônio. Os efeitos processuais da audiência pública. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**, Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, n. 12, nov./dez./jan. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 3 mai. 2012.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Campinas: Millennium, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

_____. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho e lenguaje**. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1986.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal**: comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2010.

_____. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. São Paulo: Cortez, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Cafitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v.1.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CLEVE, C. M. O cidadão, a administração pública e a nova Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 106, p. 83, abr./jun. 1990.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. **O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança**. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176262>. Acesso em: 10 mai. 2012.

COSTA, Homero de Oliveira. Democracia e participação na teoria pluralista. **Cronos**, Natal, v. 8, n. 1, p.215-228, jan./jun. 2007.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civi**l: discursos, ensaios e conferências. 2. ed. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e pós-modernidade. *In*: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2006, Manaus. **Anais**... Manaus: CONPEDI, 2006. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/paulo_marcio_cruz.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2012.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O que é um principio. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coord.). **Estudos de direito constitucional:** em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 261. (grifo do autor).

DAHL, Robert. **Prefácio à teoria democrática**. Rio de Janeiro: Zahar, l996.

_____. **Poliarquia**: participação e oposição. São Paulo: Edusp, 1997.

_____. **Sobre democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UNB, 2001.

DAVI, Kaline Ferreira. **Dimensão política da administração pública sob a ótica do direito administrativo constitucionalizado**. 2007. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufba.br/tde_arquivos/17/TDE-2008-11-04T152132Z-822/Publico/KDavi%20seg.pdf>. Acesso em: 13 out. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A lei de processo administrativo: sua ideia matriz e âmbito de aplicação. *In*: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. **Processo administrativo**: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011. p. 200.

DIAS, Maria das Graças dos Santos. Justiça: referente ético do direito. *In*: DIAS, Maria das Graças dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Mota da. **Política jurídica e pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 38-39.

DIAZ BORDENAVE, Juan E. **O que é participação**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad, 1996.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ, Sérgio. Processo administrativo e Constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 1, p. 84-87, 1993.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 140.

_____. **Prefácio à obra tópica e jurisprudência, de Theodor Viehweg**. Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/95>. Acesso em: 31 mai. 2012.

FIDALGO, Carolina Barros. **Déficit democrático e legitimação do modelo brasileiro de agências reguladoras independentes através da criação de mecanismos de participação dos administrados**. 2007. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2007/tema_2/estudantes/3_lugar_tema_2.pdf>. Acesso em: 07.abr. 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Instrumentos da administração consensual**: a audiência pública e sua finalidade. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 5, n. 18, mar. 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30802>. Acesso em: 4 mai. 2012.

FORTINI, Cristiana. Processo administrativo disciplinar no estado democrático de direito: o devido processo legal material, o princípio da eficiência e a súmula vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 23, p. 123-136, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-CRISTIANA_FORTINI.pdf>. Acesso em: 6 mai. 2012.

FRANCO, Fernão. A fórmula do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n° 94, ano 24, p. 24-25, 1999.

GALVÃO, Rodrigo. **Democracia, processo administrativo e direitos fundamentais**. 2007. Disponível em: <http://virtual.cesusc.edu.br/portal/externo/direito/wp-content/uploads/2010/05/Democracia-Processo-Administrativo-e-Direitos-Fundamentais-Prof.-Rodrigo-Galv%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 28. fev. 2012.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Barcelona: Labor, 1936.

GONÇALVES, Haroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo**: o processo justo. 2005. Disponível em: < www.mundojuridico.adv.br.>. Acesso em: 23 nov. 2011.

GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia**: uma reavaliação da presunção de veracidade. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: SRS Editora, 2009.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. A participação no processo administrativo. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 9-51.

HABERMAS , Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HARTOG, François. Os antigos. *In*: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Orgs.). **Democracia**. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 89-96.

HELD, D. **Models of democracy**. Cambridge: Polity Press, 2006.

HISSA, Miguel Rocha Nasser. As garantias constitucionais do devido processo legal ante o redirecionamento da execução fiscal ao administrador da empresa. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 4248.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 587.

_____. Agências reguladoras e democracia: existe déficit democrático na "regulação independente"?. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos. (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LEISTER, M. A *polis* ateniense. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, n. 1, ano 6, p. 15-27, 2006. Disponível em: <http://www.fieo.br/edifieo/index.php/rmd/article/view File/22/32.> Acesso em: 30 set. 2011.

LESSA, Iris Jordão. **Gestão participativa e participação social**: um estudo a partir da Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde (2003 – 2007). Rio de Janeiro: [*s. n.*], 2010.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **O resgate dos valores na interpretação constitucional**: por uma hermenêutica reabilitadora do homem com ser moralmente melhor. Fortaleza: ABC Editora, 2001. p. 133.

LOCKE, J. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Mecanismos constitucionais de proteção dos direitos fundamentais perante os (ab)usos da internet. *In*: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2006, Manaus. **Anais**... Manaus: CONPEDI, 2006. p. 9. Disponível em: < http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Ana>. Acesso em: 15 ago. 2011.

MACEDO, Dimas. **Estado de direito e constituição**: o pensamento de Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito**. Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade de jurisdição**. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Verônica Teixeira. Democracia e novos espaços deliberativos para efetivação da participação como direito. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 7088.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Fundamentos constitucionais do processo**: sob a perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 321-381, 2004.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: FILHO, Salomão (Org.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 204.

_____. **Regulação econômica e social e participação pública no Brasil**. Disponível em: <http://www.cebrap.org.br/v1/upload/biblioteca_virtual/MATTOS_Regulacao%20 Economica%20.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2012.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **O direito administrativo moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da existência. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Vitor Tadeu Carramão. **O bloco de constitucionalidade como parâmetro de proteção dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris_2/artigo4.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Valdelaine. **Democracia participativa e educação**: a sociedade e os rumos da escola pública. São Paulo: Cortez, 2009.

MIRANDA, Maressa da Silva. **Democracia deliberativa e a dimensão normativo-institucional dos movimentos político-sociais**: uma análise da teoria discursiva do direito e sua compreensão na Constituição Brasileira de 1998. 2010. 102 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: < http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito _MirandaMS_1.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MISSE, Daniel Ganem. **A consolidação das agências reguladoras no Brasil**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2008. Disponível em: <http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/daniel_ganem2008.pdf>. Acesso em: 7 mai. 2012.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Estudos de direito público**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública.** 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira; MARQUES JÚNIOR, William Paiva. O aspecto instrumental do princípio da motivação administrativa. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 3056.

MORAES, Isaac Ribeiro de. **O estatuto da cidade e a proteção jurídica do patrimônio histórico cultural urbanístico.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/novos_desafios_isaac_ribeiro_de _moraes.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2012.

MORAIS, José Luiz Bolzan; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Por uma tradução democrática do direito: jurisdição constitucional e participação cidadã. *In*: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). **Constituição e ativismo judicial**: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 197-220.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito de participação política**: legislativa, administrativa, judicial: fundamento e técnicas constitucionais de legitimidade, Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Democracia e exclusão social em face da globalização**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Friedrich_rev72.htm>. Acesso em: 1 mai. 2012.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004.

NAY, Olivier. **História das ideias políticas**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007.

NIENKÖTTER, Giselle Christina Corrêa. **A democracia nas escolas públicas estaduais do Paraná: gestão democrática ou democratização da escola?** 2009. 176 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://www.ppge.ufpr.br/teses/M09_nienkotter.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2012.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo:** lei nº 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Participação popular no processo administrativo: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos. *In*: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. **Processo administrativo**: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011. p. 77-100.

OBER, Josiah. **Democracia direta**. *In*: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Orgs.). Democracia. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 191-200.

OLBERTZ, Karlin. O princípio do formalismo no processo administrativo. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Org.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. 2003. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=216>. Acesso em: 19 nov. 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 153-167, jul/set. 1997.

_____. Participação Administrativa. *In*: OSÓRIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 416.

PARAHYBA, Andrea Joffily. Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa no estado democrático de direito**.** *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 2009.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **O paradigma do estado democrático e as teorias do processo**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/O%20PARADIGMA%20DO%20ESTADO%20DEMOCRATICO%20DE%20DIREITO.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2011.

PEREIRA, Claúdia Fernanda de Oliveira (Org.). **Controle externo**: temas polêmicos na visão do Ministério Público de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Tributação, justiça distributiva e desenvolvimento. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 20., 2011, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 7077.

PINTAÚDE, Gabriel. Eficácia sobreprincipial do devido processo jurídico procedimental (perspectiva analítico-funcional). *In*: DIDIER JR., Fredie. **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 265-295.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PLATÃO. **A república**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RANGEL, Helano Márcio Vieira. **Proteção da cultura ou proteção dos animais?** Uma análise da "farra do boi" à luz da máxima da proporcionalidade e da jurisprudência do STF. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2012.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. **A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro**. Disponível em: <ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/download/7003/4981>. Acesso em: 14 mai. 2012.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROSA, Alexandre de Morais da. **O que é garantismo jurídico**. Florianópolis: Habitus, 2003.

ROTHBERG, Danilo. Por uma agenda de pesquisa em democracia eletrônica. **Opinião Pública** [online], v. 14, n.1, p. 149-172, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/op/v14n1/06.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**. 2. ed. São Paulo: CL Edijur, 2010.

SADDY, André. Conceito de interesse público em um Estado em transformação. **Fórum Administrativo**: Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 10, n. 108, p. 29-42, fev. 2010.

SALEME, Edson Ricardo. **Parâmetros sobre a função social da cidade**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Edson%20Ricardo%20Saleme.

pdf>. Acesso em: 23 abr. 2012.

SANTOS, Boaventura de S.; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. *In*: SANTOS, B. S. **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-84.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 412-425.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do estado de direito e da democracia. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 9-51.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Arli Pinto da. **Processo administrativo e município**: uma forma de participação democrática. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a constituição. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Vírgilio Afonso da. **Princípios e regras**: mitos e equívocos acerca de uma distinção. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **O proporcional e o razoável**. Disponível em: <www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/.../1179>. Acesso em: 15 mai. 2012.

SOARES, Evanna. **A audiência pública no processo administrativo**. Disponível em: <http://www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan34.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2012.

SOARES, Leopoldo Rocha**.** Fundamento constitucional de validade e reconhecimento da certificação digital no Brasil. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 4114.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Audiência pública e regulação. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, n. 4, ano 1, out./dez. 2003. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12751>. Acesso em: 7 mai. 2012.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. As várias faces do principio do contraditório no processo administrativo. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 109-173.

SUNDFELD, Carlos Ari. O processo administrativo e seu sentido profundo no Brasil. *In*: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de. **Processo administrativo**: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1-12.

SUPTITZ, Carolina Elisa; LOPES, Ana Paula de Almeida. Audiência pública: democracia participativa e plural? *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília. **Anais**... Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/03_903.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2012.

_____. **O instrumento jurisdicional da audiência pública e os movimentos de sincronia e anacronia em relação à comunidade contemporânea**. 2008. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Rio Sinos, São Leopoldo (RS), 2008. Disponível em: <http://bdtd.unisinos.br/tde_arquivos/11/TDE-2009-08-18T163822Z-867/Publico/CarolinaSuptitzDireito.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2012.

TAGILARI. Carlos Agustinho. **Os princípios e a construção da norma jurídica tributária**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp041062.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2012.

TORO, José Bernardo**. A construção do público**: cidadania, democracia e participação. Rio de Janeiro: Editora Senac Rio, 2005.

VARGAS, Ângelo Miguel de Souza. **O bloco de constitucionalidade: reconhecimento e consequências no sistema constitucional brasileiro**. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5710>. Acesso em: 11 mai. 2012.

VIEIRA, Gabriel Antonio de Abreu**.** Os princípios da legalidade, juridicidade e supremacia do interesse público, parâmetros de controle administrativo e jurisdicional: um exemplo concreto na decisão da ADPF nº 1/DF. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais**... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 2167.

VÍZENTINI, Paulo Fagundes. **O ressurgimento da extrema direita e do neonazismo**: a dimensão histórica e internacional. Disponível em: <http://www.derechos.org/nizkor/brazil/libros/neonazis/cap4.html>. Acesso em: 2 mai. 2012.

WOLFF, Jonathan. Platão contra a democracia [retirado de Introdução à Filosofia Política]. Tradução de Maria de Fátima St. Aubyn. **Revista Crítica de Filosofia**, ago. 2004. Disponível em: <http://criticanarede.com/fa_15excerto.html>. Acesso em 23 ago. 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. Crise de representação e cidadania participativa na constituição brasileira de 1988. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O direito público em tempos de crise**: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.