



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “Prof. Jacy de Assis”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO PÚBLICO



PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO: GARANTIA
FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

OCIMAR BARROS DE OLIVEIRA

2011



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “Prof. Jacy de Assis”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO PÚBLICO**



OCIMAR BARROS DE OLIVEIRA

Participação do cidadão no processo administrativo: garantia fundamental do Estado Democrático de Direito

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia, CMDIP/FADIR, como requisito para aquisição do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo.

**UBERLÂNDIA
MINAS GERAIS - BRASIL
2011**

PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO:
GARANTIA FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO
CMDIP/FADIR

AUTOR: OCIMAR BARROS DE OLIVEIRA
DATA DA DEFESA: 23/09/2011

ORIENTADOR: PROF. DR. LUIZ CARLOS FIGUEIRA DE MELO

UNIVERSDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal de Uberlândia e à Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” por mais uma oportunidade de qualificação. E mais do que qualificar, testemunhar a importância de uma Universidade Pública, autônoma, gratuita e que cumpre a sua função social.

Ao Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo, que mais uma vez se dispôs a aceitar o desafio de me orientar na realização desta dissertação, desempenhando o encargo com competência, dedicação e amor à docência, características que, de tão peculiares a esse grande homem, já têm se amalgamado à sua personalidade e existência.

Aos meus queridos professores aos quais devo todo respeito e admiração, aos familiares e colegas de curso que me incentivaram a sempre acreditar, nunca desistindo do ideal.

Meus sinceros agradecimentos!

A Deus ,
Pelos dons da vida, da fé e da persistência;
À minha amada esposa Raquel;
Pelo apoio, paciência e compreensão naqueles momentos que lhe foram furtados;
À minha filha Maressa,
Que me inspira a ser um homem melhor, para deixar um bom exemplo;
Aos futuros filhos que Deus ainda há de nos conceder.
Aos meus pais, Euripedes e Vicentina,
Que sempre me ensinaram o caminho da honestidade;

OFEREÇO.

Aos meus familiares, aos meus professores do curso de mestrado à minha filha Maressa e principalmente à minha Esposa Raquel, que sempre me incentivou e me ajudou a descobrir que quando duas pessoas sonham juntas, a isso se chama realidade.

DEDICO.

BIOGRAFIA

Advogado, professor de Direito, professor de Educação Física, Especialista em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia, Tenente da reserva do Exército Brasileiro, Sargento da Reserva da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. Professor da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC de Uberlândia e da Fundação Carmelitana Mário Palmério – FUCAMP de Monte Carmelo. Foi assessor jurídico da Pró Reitoria de Extensão cultura e Assuntos Estudantis da Universidade Federal de Uberlândia – PROEX/UFU. Ex diretor de esportes da 13^a subseção da OAB/MG; ex instrutor do Curso Técnico de Segurança Pública da PMMG.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

RESUMO

ABSTRACT

INTRODUÇÃO	13
1. DEMOCRACIA, PARTICIPAÇÃO E CIDADANIA	19
1.1. Aspectos filosóficos e históricos sobre a democracia.....	25
1.1.1. A democracia Grega antiga.....	27
1.1.2. Idade Média e democracia.....	30
1.1.3. Democracia na Idade Moderna.....	31
1.1.4. O cenário jurídico político: do jusnaturalismo ao pós-positivismo.....	35
1.2. A democracia participativa no Brasil.....	49
1.3. A crise da democracia representativa e o fortalecimento da democracia semi-direta.....	43
1.3.1. O cenário histórico paradigmático.....	44
1.3.2. Paradigma entre democracia representativa e democracia direta.....	47
1.4. Democracia social: uma nova tendência.....	52
1.5. Democracia formal e substancial.....	53
1.6. Conceitos de participação e cidadania.....	54
1.7. Princípios que fundamentam a participação cidadã.....	55
1.7.1. Princípio da dignidade humana.....	56
1.7.2. Princípio da democracia.....	58
1.7.3. Princípio da cidadania.....	60
1.7.4. Princípio da participação.....	62
1.7.5. Princípio da publicidade.....	65
1.7.6. Princípio do devido processo legal.....	67
1.7.7. Princípios do contraditório e da ampla defesa.....	70
1.7.8. Princípio do informalismo moderado.....	72
1.7.9. Princípio da boa-fé objetiva.....	75
1.7.10. Princípio da motivação.....	77
1.7.11. Princípio da oficialidade.....	79

2. PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	81
2.1. Processo e procedimento administrativo.....	82
2.2. Natureza jurídica do processo administrativo.....	85
2.2.1. Processo como procedimento.....	86
2.2.2. Processo como relação jurídica	86
2.2.3. Processo como situação jurídica.....	88
2.2.4. Aplicabilidade da teoria da situação jurídica ao processo administrativo...	89
2.3. Conceituação de processo e procedimento administrativo.....	90
2.4. Evolução histórica do processo administrativo no Direito Comparado	93
2.5. O processo administrativo nas Constituições brasileiras	96
2.6. Legislação sobre processo administrativo no Brasil.....	97
3. A PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO	100
3.1. O cidadão como parte no processo administrativo.....	101
3.2. O cidadão como terceiro interessado no processo administrativo.....	101
3.3. O cidadão como integrante de grupos sociais nacionais com poderes de representação.....	102
3.4. Participação cidadã no Direito Comparado.....	102
3.5. Classificação da participação cidadã.....	104
3.6. Instrumentos de intervenção ou de participação direta.....	108
3.6.1. Pedido de informação.....	108
3.6.2. Petição aos Poderes Públicos.....	109
3.6.3. Obtenção de certidões.....	111
3.6.4. Exame e apreciação das contas públicas municipais.....	112
3.6.5. Reclamação administrativa.....	112
3.6.6. Participação do cidadão em colegiados de órgãos públicos e políticas setoriais.....	113
3.6.7. Escolha dos representantes e participação nas decisões políticas	115
3.6.8. Intervenção em processo licitatório.....	116
3.6.9. Audiência, consulta e coleta públicas.....	118
3.7. Instrumentos de controle ou de participação indireta do cidadão no processo administrativo.....	121
3.7.1. Instrumentos administrativos de participação indireta do cidadão no processo administrativo.....	121

3.7.1.1. Denúncia de irregularidades perante o Tribunal de Contas da União.....	122
3.7.1.2. Direito de representação por abuso de poder.....	123
3.7.1.3. Representação ao Ministério Público.....	123
3.7.1.4. Ouvidoria, o <i>ombudsman</i> brasileiro.....	124
3.7.2. Instrumentos judiciais de participação indireta do cidadão no processo administrativo.....	125
3.7.2.1. Mandado de segurança individual ou coletivo	126
3.7.2.2 <i>Habeas data</i> como instrumento judicial de participação indireta no Processo administrativo.....	127
3.7.2.3. Ação anulatória de ato administrativo.....	128
3.7.2.4. Ação popular como instrumento judicial de controle do ato Administrativo.....	129
3.8. Perigos e limitações ao direito de intervir no processo administrativo	130
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	133
 BIBLIOGRAFIA.....	140

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	- Artigo
CRFB/88	- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CONAMA	- Conselho Nacional do Meio Ambiente
Ed.	- Edição
Inc.	- Inciso
LPA	- Lei Federal do Processo Administrativo
ONG's	- Organizações não governamentais
Pág.	- Página
RT	- Revista dos Tribunais
TCU	- Tribunal de Contas da União
UFU	- Universidade Federal de Uberlândia

RESUMO

PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO: GARANTIA FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A presente dissertação aborda a participação do cidadão no processo administrativo em geral, tendo como objetivos a análise do tema à luz da legislação e doutrina existentes sobre o processo administrativo, a delimitação dos conceitos atuais de participação e cidadania, além da busca e comparação de textos legais e doutrinários na literatura jurídica. No decorrer dos estudos buscou-se respostas para alguns questionamentos, tais como: Quando e como o cidadão pode intervir no processo administrativo? Quais os instrumentos de participação e de controle do processo administrativo que o cidadão pode lançar mãos? Quais os perigos e limites desta participação? Nota-se que realmente o cidadão pode e deve participar ativamente do processo de condução das decisões administrativas, seja como parte, como terceiro interessado, como integrante de grupos sociais organizados com poder de representatividade. Na participação o administrado deve, ainda, respeitar os limites impostos pela legislação, tanto constitucional quanto infraconstitucional.

Palavras chave: Participação do cidadão; processo administrativo; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

CITIZEN'S PARTICIPATION IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS: FUNDAMENTAL GUARANTEE OF A DEMOCRATIC STATE OF LAW

This dissertation addresses citizen participation in general administrative proceedings. It aims to analyze the subject under the law and doctrinal texts on administrative process, defining the current concepts of participation and citizenship, as well searching and comparing legal texts and doctrinal literature. During the study we sought answers to some questions such as: When and how citizens can intervene in the administrative process? Which are the participation and controlling instruments in administrative process that the citizen can make use of? Which dangers and limits of participation? We noted that citizen actually can and should participate actively in administrative decisions conducting, whether as a part, as an interested third or as part of organized social groups with power of representation. In the participation the citizen must also respect the limits imposed by legislation, both constitutional and infra.

Keywords: Citizen participation. Administrative process. Democratic State of Law.

INTRODUÇÃO

Pretendeu-se com a presente pesquisa investigar as formas legais de intervenção/controle do cidadão no processo administrativo, bem como instrumentos de participação e limitações impostas a essa participação.

O presente trabalho científico objetivou, ainda, identificar no ordenamento jurídico pátrio princípios e regras que contemplem a participação cidadã e embasem sua importância no processo administrativo. Buscou-se identificar instrumentos legais de intervenção do cidadão no processo administrativo. No campo da aplicabilidade social a presente pesquisa tem o intuito de servir como ferramenta de orientação ao cidadão quanto aos seus direitos de participação no processo administrativo de seu município, estado e até mesmo de seu país.

O estudo do tema ora proposto foi desenvolvido à luz da legislação, doutrina e jurisprudência existentes que demonstram as nuances da participação do cidadão no processo administrativo de modo a influenciar as decisões e demais atos praticados pelo Estado.

A realização da proposta tem o potencial de interferir de forma decisiva no posicionamento do cidadão diante das ações estatais nas tomadas de decisões político-administrativas.

O processo administrativo num Estado Democrático de Direito é de suma importância para se definir os destinos do Estado e efetivar os princípios norteadores da Administração Pública, tais como aqueles insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, a saber, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Princípios outros, não menos importantes, dentre eles o do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e o da segurança jurídica das decisões administrativas, corroboram para a implementação da participação do povo no processo de condução das políticas públicas.

Enquanto o projeto que deu origem à presente pesquisa era redigido, os meios de comunicação veiculavam o escândalo do “mensalão dos democratas” ocorrido na Câmara

Legislativa do Distrito Federal. O povo indignado apresentou suas manifestações de repúdio, pressionando as autoridades constituídas a tomar providências legais cabíveis para solução deste problema de corrupção, tão recorrente nos meios políticos nacionais. Vários outros fatos envolvendo a Administração Pública pululam no cenário nacional, o que demonstra que o objeto de estudo é de grande repercussão e está em franca evolução cotidianamente.

Percebe-se, então, que a presente pesquisa pode contribuir para a efetivação da participação do cidadão no processo administrativo, como direito fundamental do cidadão brasileiro.

O caráter democrático do nosso Estado de Direito (art. 1º da CRFB/88) evocou, inevitavelmente, a participação popular na gestão administrativa, passando os cidadãos de meros espectadores a atores nos momentos que antecedem a edição das decisões administrativas.

O exercício da democracia com real participação do cidadão é um processo histórico e social inevitável, haja vista que experiências pretéritas de tentar afastar o povo das decisões do Estado culminaram com momentos em que esse “povo real” gerou grandes obstáculos ao exercício do poder estatal. Tais obstáculos vão desde manifestações até revoluções que conduziram o Estado ao *status quo* vigente.

A importância da participação do cidadão no processo administrativo, apesar da pouca produção literária a esse respeito, é preocupação já de muito analisada em outras vertentes de estudos.

A atual Carta Política do Estado já no seu art. 1º, inc. II e, também, no parágrafo único, lança os fundamentos da participação do cidadão na administração pública, quando menciona que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a “cidadania”. O mesmo dispositivo constitucional, em seu parágrafo único menciona que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.

Por outro lado, a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, Lei do Processo Administrativo no âmbito federal, veio dar contornos de processualidade à atividade administrativa, trazendo no seu bojo os requisitos materiais, formais e principiológicos, desde a instauração até a decisão do processo administrativo.

A legislação em vigor evoluiu, ainda, no sentido de contemplar a participação popular nos atos proferidos pela Administração Pública.

Propõe-se como marco teórico a teoria discursiva do direito, de Jürgen Habermas¹ que apresenta proposta de democracia que busca trabalhar concretamente o pluralismo social e apresentar caminhos para as decisões coletivas, democraticamente construídas.

Habermas constrói seu conceito de democracia, a partir da participação dos cidadãos no processo de formação da vontade e da opinião, afirmando ser possível ampliar as condições de reconhecimento através do agir comunicativo, ou seja, através da prática da argumentação, que exige uma interação entre as perspectivas de todos os agentes envolvidos no processo de discussão.

Segundo, ainda, essa linha de raciocínio e focando os requisitos da participação cidadã, Roberto Dromi² entende que o processo administrativo apresenta uma tríplice faceta: é instrumento de poder, instrumento de controle e ao mesmo tempo instrumento de proteção dos direitos e garantias dos administrados.

A participação do cidadão no processo administrativo passou a ter maior relevância com a implantação do Estado Democrático de Direito, estando prevista tanto na Constituição Federal de 1988, quanto nas leis infraconstitucionais, em especial a Lei 9.784 de 1999.

No decorrer da pesquisa buscaram-se respostas para alguns questionamentos importantes, tais como:

Em quais momentos o cidadão pode intervir no processo administrativo? Pois é cediço que existem formas e momentos adequados para que o cidadão intervenha no processo administrativo, haja vista ser o mesmo uma sucessão ordenada de atos administrativos, com regras gerais, além daquelas específicas para cada espécie de processo.

Quais os instrumentos de participação/intervenção do cidadão no processo administrativo? Tanto a Carta Magna quanto a legislação infraconstitucional prevêem diversos mecanismos de intervenção do cidadão no processo administrativo. Este estudo se propõe a apresentar aqueles mais relevantes, já que os instrumentos de participação estão em franca evolução no cenário nacional.

¹ HABERMAS, jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Vol 1. 2^a ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 56.

² DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo.** 5^a ed., Buenos Aires: ediciones Ciudad Argentina. p. 579

Quais os limites legais impostos a esta participação? Pois apesar de poder o cidadão participar do processo administrativo, existem limites impostos a essa participação para que se mantenham a ordem social e a segurança jurídica nas decisões administrativas.

No desenvolvimento da pesquisa a utilizou-se uma vertente jurídico-sociológica. Não há como se falar em participação do cidadão no processo administrativo sem se buscar o contexto jurídico e sociológico no qual a relação entre Estado e cidadão se desenvolve.

Para cumprir o proposto no trabalho, elegeu-se a pesquisa teórica, com compilação e revisão de material bibliográfico acerca dos temas propostos. Paralelamente, adotou-se a pesquisa documental com análise da legislação pertinente. No desenvolvimento dos trabalhos realizou-se a pesquisa teórico-bibliográfica e documental, utilizando o procedimento histórico.

O estudo do tema proposto verificou a efetividade da participação do cidadão no processo administrativo, como direito fundamental, bem como preceito fundamental para consolidação do Estado Democrático de Direito, principalmente após o advento da Carta Cidadã de 1988 e da Lei 9.784 de 1999 que conferiu contornos de processualidade às atividades administrativas no Brasil.

O trabalho foi dividido em três capítulos vislumbrando-se uma construção onde se aborda as bases filosóficas e históricas da democracia, buscando seus vínculos com a participação cidadã, num segundo momento busca-se as linhas básicas da processualidade administrativa brasileira e no direito comparado. No terceiro momento detecta a cidadania em sua plena execução, a saber, os momentos, formas e instrumentos de intervenção e controle do processo administrativo conseqüentes de uma democracia participativa.

O primeiro capítulo objetiva-se ao estudo dos aspectos filosóficos e históricos da construção da democracia. Partindo da democracia grega antiga, já que volver para além desse marco poderia ser trabalho árduo e de frutificação duvidosa. Nesse capítulo faz-se a abordagem sobre a democracia Grega antiga, passando pela democracia nas idades Média e Moderna, culminando com os reflexos na contemporaneidade da construção histórica e filosófica da democracia. A abordagem como foi proposta anteriormente é feita de forma a explicitar os aspectos filosóficos e históricos sem pretensão de aprofundamento, haja vista não ser o foco principal deste trabalho.

No desenvolvimento histórico e filosófico da democracia, principalmente em seu viés participativo, faz-se importante abordar o cenário jurídico e político no período que abrange do jusnaturalismo ao pós-positivismo. Ainda no capítulo primeiro, no intuito de estipular os vínculos com o tema principal que é a participação cidadã no processo administrativo como requisito para consolidação do Estado Democrático de Direito, fez-se breve abordagem sobre a crise da democracia representativa, bem como a conceituação atual de cidadania e participação cidadã. No desfecho do primeiro capítulo salientam-se os princípios que fundamentam o processo administrativo participativo.

O segundo capítulo adentra no estudo da processualidade administrativa, com principal enfoque para a evolução do mesmo no direito pátrio. O foco central do capítulo está na gênese do processo administrativo brasileiro, sua evolução histórica, a opção pela expressão processo ao invés de procedimento bem como sua conceituação, sem olvidar uma abordagem da legislação que confere supedâneo para os estudos, no direito pátrio e no comparado.

No terceiro e último capítulo os estudos se concentraram nos momentos, formas e instrumentos utilizados para que o cidadão possa interferir ou mesmo exercer o controle das decisões proferidas no processo administrativo. Tal capítulo busca conciliar todo o desenvolvimento do trabalho buscando respostas para os questionamentos feitos inicialmente, desde o projeto de pesquisa que iniciou a presente jornada acadêmica. Aborda a participação cidadã nos assuntos administrativos do Estado, declinando instrumentos legais de participação do cidadão no processo administrativo, bem como a forma e momento em que a intervenção pode e deve ser praticada. Não se esquecendo que a participação do cidadão no processo administrativo sofre limitações no intuito de, sob o pátio da participação, não se obstar a eficiência e a duração razoável do mesmo.

Num momento em que a cidadania participativa é fator importante de influência e mesmo interferência na condução das políticas públicas, descortinar os instrumentos legais de intervenção/controle das decisões administrativas é de suma importância, pois muitos cidadãos ainda desconhecem ou têm pouco conhecimento de tais mecanismos. Mecanismos esses que fortalecem a democracia e o exercício da cidadania.

Nunca perdendo de vista que entre os cidadãos estão incluídos os próprios operadores do direito, que lidam com situações decorrentes da intervenção do cidadão no processo administrativo no cotidiano profissional.

Espera-se que a pesquisa possa contribuir de forma a ampliar o exercício democrático das ações populares, fortalecendo, assim, o princípio constitucional da participação cidadã como autêntico direito fundamental.

1. DEMOCRACIA, PARTICIPAÇÃO E CIDADANIA

A participação do cidadão no processo administrativo tem evoluído à medida que a sociedade conscientiza-se da importância da defesa de seus interesses, bem como da participação nos assuntos e negócios que retratam os interesses perseguidos pelo Estado, mesmo porque a cidadania pré-existe ao Estado. A cidadania não existe em função do Estado, mas antes este é que existe em função daquela. A concepção de que o homem é um animal social remonta à Grécia antiga nas ideologias difundidas por Aristóteles:

A cidade é uma criação natural, e que o homem é por natureza uma animal social, e que é por natureza e não por mero acidente (...) Agora é evidente que o homem, muito mais que a abelha ou outro animal gregário, é um animal social. Como costumamos dizer, a natureza não faz nada sem um propósito, e o homem é o único entre os animais que tem o dom da fala. (...) A característica específica do homem em comparação com os outros animais é que somente ele tem o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto e de outras qualidades morais, e é a comunidade de seres com tal sentimento que constitui a família e a cidade.³

Partindo da concepção de Aristóteles de que o homem é um ser social por excelência, pode-se entender toda a evolução social do homem, desde quando, inicialmente, vivendo em cavernas e se alimentando da caça e de vegetais coletados, vagava nômade pela extensão do território em que vivia.

Remetendo-se o pensamento para esse cenário de aparente liberdade, poder-se-ia cometer o erro de esquecer as ameaças naturais a que o homem de então se expunha: animais selvagens, intempéries da natureza, além daquelas impostas pelo próprio homem na divisão da caça e disputas de territórios.

O próprio desenvolvimento fisiológico do homem determina que o mesmo seja social por excelência, pois tem uma longa relação com os pais até se tornar independente, ou seja, adulto. Este fato, somado aos demais supra mencionados, a saber, necessidade de defesa das ameaças do meio ambiente, determinou a necessidade do homem se unir a outros no intuito de otimizar a defesa, inclusive uns dos outros.

³ ARISTÓTELES. *A política*. 14^a ed. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1996 , I, 1253b, 15.

Inicialmente tal defesa era determinada pela força, num período conhecido como da autodefesa, onde os mais fortes, perspicazes e ágeis se impunham perante os demais.

Diante de tal realidade o homem primitivo sentiu a necessidade de se reunir em grupos maiores, para potencializar as defesas, e esses grupos, semelhante ao que acontece com outros grupos de animais, eram liderados pelos mais fortes e de maior destreza, os quais tinham em suas mãos o poder de decidir toda sorte de fatos ocorridos no seio daquela sociedade.

Contudo, diferentemente dos demais animais, que são dirigidos pelos estímulos do meio em que estão inseridos, o homem com seu cérebro privilegiado e sua natural curiosidade pelos fenômenos naturais e sociais fez grandes descobertas que o levaram a evoluir até aos dias de hoje: domínio da linguagem, do fogo, a agricultura que o fixou à terra, dando início à concepção de propriedade, e, a mais importante delas, a escrita.

A escrita foi o grande divisor de águas na história humana, pois permitiu que toda ciência e toda cultura acumulada pela raça humana ao longo dos milênios fosse transmitida às futuras gerações.

Uma das grandes importâncias da escrita foi permitir a codificação dos direitos e deveres dos membros das sociedades que a dominavam, por isso, em nossos dias temos relatos de códigos primitivos que não caíram no esquecimento devido a esse poderoso instrumento de registro e disseminação de culturas anteriores.

Conforme relata o Prof. Marcio Alexandre:

Após o surgimento do direito escrito, como expressão das concepções históricas dominantes do Estado Antigo, destaca-se o Código de Hamurabi, o Pentateuco de Moisés, o Código de Manu, as Legislações Gregas e Romanas.⁴

O Código de Hamurabi, por exemplo, legitimava a autodefesa, permitindo, logo em seu primeiro artigo que aquele que imputasse a alguém alguma acusação (sortilégio) e não provasse deveria ser morto.

⁴ PINTO, Márcio Alexandre da Silva. Evolução da proteção jurídica da cidadania. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia** v. 36: 253-313, 2008.

Já a Lei Mosaica, consagrada no Pentateuco, que são os cinco primeiros livros da Bíblia, propaga uma justiça ahistórica, ou seja, inspirada por Deus. Importante verificar o fato histórico de Moisés descendo da montanha com as tábua dos Dez Mandamentos em mãos, como autêntico mensageiro de Deus. Verifica-se na Lei Mosaica o emprego da autodefesa e de mecanismos rudes de execução das penas, como o apedrejamento.

Nessa época, mesmo que houvesse um desenvolvimento embrionário do direito, principalmente em decorrência da escrita, verificava-se a imposição pela força e pela posição social, já que a sociedade era estratificada em reis, senhores, família dos senhores, soldados, sacerdotes, servos, escravos.

Menciona, ainda, o Prof. Márcio Alexandre:

A propósito, necessário ressaltar que no último livro de Moisés, denominado de Deuteronômio⁵, já se observa o estabelecimento de algumas normas de direito social, com relação à justiça, à educação e cultura, à assistência social e ao trabalho.⁶

A evolução da sociedade passa pelas famílias, tribos e acaba culminando com o advento das cidades, a partir do momento em que tribos se uniram, ainda que respeitando divergências, principalmente de cultos religiosos, que era um obstáculo quase que intransponível para a junção de duas ou mais tribos.

Até aos dias atuais podem-se vislumbrar guerras por discriminação e intolerância religiosa.

Segundo Márcio Alexandre da Silva Pinto: “Apenas na Antigüidade Clássica, com o surgimento das Cidades-estado, se deu origem e conteúdo ao termo “cidadania”, observa-se uma concepção de proteção legal do cidadão, malgrado restrita a uma minoria e aos direitos políticos”.⁷

Na antiguidade clássica, destacam-se cidades como Atenas e Esparta, onde o desenvolvimento da filosofia permitiu grandes avanços nos direitos de cidadania, apesar de ser

⁵ Deuteronômio: termo que significa segundo a Lei.

⁶ PINTO, Márcio Alexandre da Silva. ob. cit. p.208.

⁷ PINTO, Marcio Alexandre da silva. Evolução da proteção jurídica da cidadania. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia:** v. 36, p. 259, 2008.

uma cidadania restrita a determinados grupos: homens maiores de idade e detentores de propriedades, excluindo-se os menores, mulheres, escravos e metecos.⁸

Desta forma, nas Constituições existentes na antiguidade clássica, grande parte da população era excluída dos direitos, principalmente dos direitos políticos do cidadão.

Na Roma antiga a sociedade evoluiu em torno do “pater famílias” que tinha um poder praticamente absoluto de decidir sobre todos os assuntos de interesse da família, que não se resumia ao vínculo sanguíneo, sendo que todos aqueles que eram aceitos no ambiente familiar tinham que se reportar ao mesmo, filhos naturais e adotivos, servos, escravos.

O desenvolvimento das famílias em “gens” que eram dominadas pelos filhos dos pater famílias, ou seja, os *filli famílias*. A proliferação das “gens”, que reconheciam um líder comum, o “pater” ou “magister gentis” originaram as “urbs” que, posteriormente foram transformadas em cidades-estado, as “civitas”. Destaque para aquela fundada por Rômulo que deu origem à Cidade-estado de Roma.

Somente os patrícios tinham direito como verdadeiros cidadãos:

Roma, a primeira das cidades itálicas, fundada por Rômulo no platô do Monte Palatino, era a cidade dos patrícios e dos clientes. Dela não participava, nem mesmo se aproximava a plebe, cujo alojamento se fez no Asilo que se situava no outro lado, na encosta do Monte Capitolino.⁹

Com o surgimento das Cidades-estado surgiu então o termo cidadania que se referia àquele que era integrado à realidade de tais cidades, nela possuindo alguns direitos e deveres. Contudo, cidadania era privilégio de apenas alguns que eram homens livres, adultos e que tivessem posses. Em decorrência de tais características o cidadão poderia gozar de privilégios civis e sociais.

Dando um salto à Idade Média, pode-se verificar outro marco importante na defesa da cidadania, que foi a conquista de garantias da denominada Carta Magna imposta pelos barões ao Rei João Sem Terra, no ano de 1215. A Carta Magna tinha a visível finalidade de proteger os interesses do baronato frente aos abusos praticados pelo Rei João Sem terra, consagrando um dos instrumentos em que se vislumbra a defesa coletiva dos direitos de um grupo de cidadãos.

⁸ Metecos eram os estrangeiros.

⁹ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. Editora Saraiva, 25^a. Edição, 2002. p. 118

Atribui-se à Magna Carta a origem do devido processo legal, no sentido de nenhum cidadão ser privado de seus bens ou liberdade sem o devido processo.

Outros acontecimentos de suma importância para o desenvolvimento da defesa da cidadania ocorreram na segunda metade do século XVIII, com o advento das revoluções burguesas, principalmente a Revolução Americana de 1776 e a Francesa de 1789, tendo esta culminado com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento muito importante para as conquistas dos direitos humanos da cidadania ao longo desses mais de dois séculos.

No período pós-revoluções burguesas, com a implantação do Estado de Direito, verificou-se que as soluções das lides ocorridas no seio da sociedade estariam agora a cargo do Estado, que exercia o monopólio da força. Destarte, o Estado é quem detém a força para submeter os cidadãos à sua vontade e, assim, fazer cumprir as leis e os contratos celebrados pelos cidadãos. Surge então a concepção heterodefensiva, na qual um terceiro, o Estado, é quem detém o poder para solucionar os conflitos.

Nesse contexto, cidadão passou a ser aquele que estando inscrito no órgão eleitoral possuía direitos políticos, alguns direitos civis e de defender, pessoalmente, os seus direitos através do Estado.

A duas grandes Guerras Mundiais, a primeira de 1914 a 1918 e a segunda de 1939 a 1945, foram importantes para que se descortinassem as afrontas aos direitos individuais e coletivos dos cidadãos. A partir das barbáries cometidas nestas duas Grandes Guerras, verificou-se a necessidade de declarar direitos humanos que fossem universais, bem como direitos do cidadão em textos jurídicos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembléia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948. Esse seria o primeiro passo para a internacionalização dos direitos humanos, outros se sucederam, como a Liga das Nações e a Organização do Trabalho.

Importante ressaltar também a Constituição Mexicana de 1917 que, além de abordar os direitos políticos e civis, foi pioneira em consagrar direitos sociais, como direito à reforma agrária e direitos do trabalhador.

A Constituição do Reich Alemão de 1919, Constituição de Weimar, além de tratar dos direitos civis e políticos, consagrou os direitos sociais, tais como: saúde, assistência social, educação, proteção à maternidade e à infância.

Esse movimento de internacionalização dos direitos humanos foi acompanhado pelas constituições do pós-guerra, com a inserção nas constituições de vários países dos chamados direitos fundamentais, a exemplo do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O novo cenário mundial veio a delinear contornos diferenciados e modernos para o exercício dos direitos do cidadão e a defesa da cidadania nos vários países do mundo que, independente do maior ou menor grau de democracia, buscam respeitar os direitos da cidadania tanto na dimensão civil quanto nas dimensões política e social.

Vive-se hodiernamente a concepção cidadã ou concepção homodefensiva da cidadania, na qual cabe ao cidadão, ao Estado e à sociedade a defesa dos direitos de todos. Por defesa da Cidadania entende-se tanto a defesa dos direitos quanto dos interesses de todos como cidadãos. O desrespeito aos direitos da cidadania, automaticamente viola o direito de todos.

Contudo, para que este estudo possa se desenvolver cumpre desde já delimitar o que se entende por cidadania, como substantivo coletivo de cidadãos e não apenas com o sentido que até a algum tempo atrás vinha se emprestando ao termo, a saber, como aquele que pode votar ou ser votado, ou mesmo como aquele que tenha reconhecida a nacionalidade em algum país. A concepção mais moderna de cidadania radica o cidadão a uma coletividade, na qual possa exercer seus direitos e deveres de cidadania e, ainda, utilizar de instrumentos que garantam desde os mais elementares direitos da cidadania, podendo citar como exemplo a cidadania überlandense, mineira, brasileira, francesa, etc.

Importante delimitar que se entende por instrumentos de defesa da cidadania, todos aqueles meios aos quais a cidadania possa utilizar para dar efetividade à defesa de seus direitos e garantias, dando ensejo à concretização do Estado Democrático e Social de Direito, sendo estes instrumentos políticos, civis e sociais.

Para T. H. Marshall os direitos civis compreendem os direitos individuais de liberdade, igualdade, propriedade, liberdade de ir e vir, direito à vida, segurança individual, etc. Os direitos políticos referem-se ao direito de participação, bem como, à liberdade de associação e reunião,

de organização política e sindical, à participação política e eleitoral, direito ao sufrágio universal. Os direitos sociais dizem respeito aos direitos ao trabalho, saúde, educação, aposentadoria, seguro-desemprego, enfim, a garantia de acesso aos meios de vida e bem estar social.¹⁰

Não se pode olvidar a evolução histórica das sociedades, bem como a evolução de suas concepções de defesa, desde a autodefesa, passando pela heterodefesa até chegar à concepção homodefensiva contemporânea.

Um dos grandes problemas que o cidadão enfrenta é a carência de informações sobre os instrumentos dos quais possa utilizar-se para defesa dos interesses da cidadania, tendo o presente trabalho, ainda, o intuito de divulgar os principais instrumentos de defesa da cidadania, logicamente sem a pretensão de exaurir o tema, que além de atualíssimo é também campo aberto para aqueles que demonstrarem interesse em labutar nessa ceara.

Necessário se faz estruturar uma educação para a cidadania, desde as séries iniciais, já que o modelo atual não forma cidadãos críticos, conscientes de seus direitos e deveres, traduzindo-se somente em uma educação formal e muitas vezes visando atender estatísticas com finalidades politiqueras. Basta ficar atento aos documentários e noticiários das diversas mídias para se ter a concreta noção da realidade que permeia a educação no Brasil, devido ao menoscabo daqueles que deveriam se preocupar em construir um país com bases sólidas, pautadas na educação cidadã.

Por todo o exposto lança-se lume à importância da temática, que se traduz na participação cidadã e nos instrumentos de participação do cidadão no processo administrativo, principalmente para consolidação do Estado Democrático de Direito.

1.1. Aspectos filosóficos e históricos da democracia

A expressão democracia surgiu na Grécia (*demos* = povo; *kracia* = governo), com a ideia de governo do povo, tendo seu berço na cidade de Atenas, uma das principais cidades-Estado gregas da antiguidade. Embora traduzisse a ideia de governo do povo, a democracia

¹⁰ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. p. 57 a 107.

grega antiga era bastante limitada, pois excluía da arena de decisões mulheres, menores, estrangeiros (metecos) e escravos.

Na atualidade a democracia é exercida na maioria dos países, embora com suas deficiências e mazelas, tem sido a forma de governo que mais se adequa à complexidade das relações sociais contemporâneas e, por isso, tem resistido ao tempo e às investidas daqueles que não concordam com suas ideologias.

Quando se faz uma análise dos eventos que se sucederam até a formação do Estado moderno e contemporâneo, desde o berço da democracia na civilização grega, com a democracia exercida na Polis e as decisões tomadas na Ágora ou mesmo lançando olhar ao crescente movimento de urbanização e expansão comercial e industrial, ocorrido na transição da Idade Média para a Idade Moderna, pode-se vislumbrar a idéia de “organização estável” que culminou com a concepção de Estado. Tem-se um panorama histórico, filosófico e político da evolução do Estado.

Podem-se descortinar as sucessivas conquistas territoriais que marcaram a Idade Média, com o movimento imperialista de expansão territorial, alimentadas pelo ideal de unificação e imposição de poderio, cultura e religião a outros povos, além de importação de riquezas.

A Idade Média conviveu com o sistema feudal que estratificava a população em nobreza, clero, senhores feudais, vassalos e escravos. Além de manter uma economia baseada na agropecuária e na manufatura. Um sistema que chega desgastado e caótico ao século XVI e enfrenta o movimento renascentista, além da filosofia dos Iluministas nos séculos XVII e XVIII, ante as quais sucumbe solapada pela revolução industrial, revoluções burguesas e uma filosofia que pregava a liberdade, a igualdade, a fraternidade e, porque não dizer, a propriedade.

No período posterior às revoluções burguesas, sob a égide do capitalismo e do Estado Liberal, com o Estado mantendo-se afastado das relações privadas e permitindo assim a acentuação da exploração do homem pelo próprio homem, surge contexto que se torna terreno fértil para o surgimento de uma democracia representativa. Tal se deve ao fato de que os trabalhadores se dedicavam a longas jornadas com baixos salários e, não tendo tempo suficiente para se organizarem, foram alijados dos assuntos do Estado.

Sobre o afastamento dos trabalhadores da arena de discussão, assim se posiciona Zagrebelsky, que adiciona o fato da exclusão política pela limitação do direito ao voto:

Em geral puede constatarse um movimiento unívoco de las fuerzas que animaban la legislación. Las fuerzas antagônicas, em lo esencial, aparecian neutralizadas e no encontraban expresión em la ley. El proletariado y sus movimientos políticos eran mantenidos alejados del Estado mediante la limitación del derecho de voto.¹¹

Já na contemporaneidade, com as conquistas sociais e principalmente na área trabalhista, as jornadas de trabalho foram reduzidas, mulheres e menores conquistaram direitos importantes, a democracia foi repaginada e os cidadãos têm tempo disponível para contribuir com os destinos de seu bairro, sua cidade, sua nação e até de seu mundo.

Surge então uma democracia mais participativa, na qual os cidadãos começam um influxo no sentido de retornar à arena de discussões e participação nas decisões políticas do Estado.

É sobre essa evolução histórica e filosófica da democracia, a qual na maioria das vezes se apresenta paradigmática, que se traçam as pertinentes considerações. Analisando as concepções filosóficas que moldaram as diversas formas como o poder do povo se manifesta, seja através de democracia direta, indireta ou até mesmo semi-direta, conforme defendem algum estudioso.

1.1.1. A democracia grega antiga

Conforme retro mencionado a democracia grega antiga não poderia ser tomada como exemplo de uma democracia plena (mesmo porque até aos dias de hoje tal não houve), já que era exclusivista, ou seja, excluía a grande maioria da população das decisões tomadas na arena de discussões.

Pode-se concluir então que a democracia grega era de participação minoritária, embora Aristóteles afirmasse que “... nas democracias o povo é que é soberano”.¹²

¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil:** Ley, derecho, justicia. 9^a ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 31-32.

¹² Aristóteles, **A política.**

A Grécia teve seu apogeu e derrocada nos séculos V e IV a.C., deixando um legado de grande relevância para a humanidade, nesse legado incluem-se a filosofia e os ideais de democracia que incluíam os cidadãos na arena das decisões políticas.

Desde los tiempos antiguos, algunos pueblos concibieron la posibilidad de que existiera um sistema político cuyos miembros se considerasen iguales entre si y colectivamente soberanos, y dispusieran de todas las capacidades, recursos e instituciones necesarias para gobernarse. Esta Idea, y las prácticas concretas que la corporacion, surgió em la primera metad del siglo quinto antes de Cristo entre los griegos [...].¹³

Não se pode olvidar que filosofia e democracia se desenvolveram lado a lado, pois o reconhecido interesse dos gregos antigos pela sabedoria interferiu sobremaneira em outros aspectos da vida social, dentre eles na forma de governo que foi aprimorada através da democracia.

Antes da democracia as decisões políticas gregas eram tomadas pelos grandes proprietários de terra, portanto, riqueza e hereditariedade eram os critérios de privilégio da minoria, como reflete a história da maioria dos povos da terra. Contudo, a democracia idealizada na Grécia introduziu, ainda que paulatinamente, o cidadão na esfera das decisões políticas, substituindo essa minoria de privilegiados por cidadãos capazes de argumentar, decidir, criticar e defender ideologias.

Péricles, considerado um dos pais da democracia grega, assim mencionou: “Vivemos sob a forma de governo que não se baseia nas instituições de nossos vizinhos; ao contrário, servimos de modelo a alguns ao invés de imitar os outros. Seu nome, como tudo o que depende não de poucos mas da maioria, é democracia.”¹⁴

Péricles implementou medidas que ampliavam a participação de outras classes sociais nas decisões políticas, transformando-os em cidadãos participantes das decisões políticas e inclusive tornando isso viável através da instituição de uma modesta remuneração, denominada *misthos*.

Inobstante o esforço de Péricles para reforçar a democracia ateniense, alguns estudiosos afirmam que na verdade a Atenas de Péricles vivia uma ditadura disfarçada.

¹³ DAHL, Robert A. **La democracia y sus críticos.** Barcelona: Editorial Paidós, 1992. p. 9.

¹⁴ Péricles, Oração fúnebre, citação extraída em Tucídides: “A Guerra do Peloponeso”.

No que diz respeito a essas medidas implantadas por Péricles, criticavam Sócrates e Platão, pois mencionavam que o exercício da política carecia de longo aperfeiçoamento e não poderia ser confiado arbitrariamente a homens desprovidos de senso de justiça e bem social. Contrapondo a esse posicionamento Péricles dizia que todo ser humano possui uma capacidade política nata que se desenvolve quando colocada em prática.

Digna de menção as palavras de Péricles na Oração Fúnebre em honra aos atenienses mortos na primeira Guerra do Peloponeso, no ano 431 A.C.:

Chamamo-nos uma democracia porque a cidade é administrada não por poucos, mas pela maioria. Mas, se de acordo com a lei todos são iguais em suas relações privadas, contudo, o homem, que de algum modo se distingue, recebe a preferência na vida pública, não como um privilégio, mas por causa de seus méritos; e se um homem pode servir seu país, a pobreza e a obscuridade não lhe valerão como obstáculos.¹⁵

Todavia, por ser a democracia grega exclusivista e destinada às classes sociais que detinham privilégios, causava insatisfação aos pobres que viviam em constante luta contra as classes privilegiadas, devido às dívidas contraídas e em prol de uma reforma agrária que lhes permitisse possuir terras e, consequentemente, a melhoria do padrão de vida. Tais lutas foram prejudiciais para a democracia grega, ao ponto de fazê-la sucumbir.

Platão propôs uma sociedade utópica e perfeita, em sua obra *A República*, mencionando como seria essa organização social:

Concordamos então, Glauco, que, na cidade que quiser ser administrada na perfeição, haverá comunidade das mulheres, comunidade dos filhos e toda a educação, e do mesmo modo comunidade de ocupações na guerra e na paz, e que dentre eles serão soberanos aqueles que mais se distinguiram na filosofia e na guerra.¹⁶

Platão não só projetou a forma de governo ideal e perfeita, onde os filósofos e guerreiros teriam lugar de destaque, como criticou as principais formas de governo à época existentes, a saber:

A constituição, tão elogiada por muita gente, de Creta, e da Lacedemônia; a segunda, é também elogiada em segundo lugar, a chamada oligarquia, que é um

¹⁵ Apud ARAUJO, Luis Ivani de Amorim. **Um estudo sobre democracia.** Monografia. Rio de Janeiro, 1959.

¹⁶ PLATÃO. **A República.** São Paulo: ed. Martin Claret, 2006. Pg. 239.

estado repleto de males sem conta; a seguir vem aquela que lhe é oposta, a democracia; e a altaneira tirania, antagônica a todas estas, que é a quarta e última das enfermidades do Estado.¹⁷

Aristóteles, ao contrário de seu mestre, Platão, em vez de fazer seu estudo partindo de uma organização social perfeita e utópica, preferiu desenvolver sua análise do contexto real à época existente. Nesse sentido, digna de menção a inserção de Cláudio de Cicco e Alvaro de Azevedo Gonzaga, fazendo alusão à obra *A Política*:

Nessa obra, Aristóteles classifica as formas de governo de acordo com dois critérios: o critério qualitativo e o critério quantitativo. Por meio do critério qualitativo, as formas de governo podem ser boas ou desvirtuadas. (...) Pelo critério quantitativo, entende Aristóteles que as formas de Governo podem ser de apenas um governante ou monarquia, de um grupo de governantes que possuem conhecimento (*Areté*) ou aristocracia e de um povo ou democracia.¹⁸

Aristóteles pregava, ainda, que as formas desvirtuadas de governo transformam a monarquia em tirania, a aristocracia em oligarquia e a democracia em demagogia. Importante ressaltar que Aristóteles considerava a monarquia a melhor forma de governo, no que foi seguido na Idade Média por São Tomaz de Aquino e na moderna por Hobbes, dentre outros.

1.1.2. Idade Média e democracia

A Idade Média foi caracterizada por um período de pouca produção científica e de excessiva credice, preponderantemente devido à influência da Igreja, sendo chamada de Idade das Trevas. Não havia lugar para a democracia devido à forte influência das ideologias da Igreja como também pelo fato da divisão territorial em feudos, governados pelos barões que impunham suas normas aos servos, mas que, por outro lado, sofriam também a pressão dos monarcas.

Os servos da gleba tinham suas vidas ligadas à terra da qual às duras penas tiravam o sustento próprio e pagavam pesada carga tributária ao senhor feudal, ao clero e à nobreza.

¹⁷ Idem, p. 240.

¹⁸ CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. Teoria geral do estado e ciência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pags. 69 e70.

No feudalismo as classes sociais eram o clero, a nobreza, os senhores feudais e a grande maioria constituída de servos ou vilões, trabalhadores rurais vinculados à terra que cultivavam, mas que não lhes pertenciam, pois eram propriedades dos barões.

A propriedade da terra no sistema feudal era tão importante e significativa que em 1215, os barões à época impulsionados pela prepotência e poder despótico imposto pelo rei João Sem Terra, impuseram que este aceitasse a *Magna Charta Libertatum* (Magna Carta), que tinha finalidade de se insurgir contra os abusos cometidos pelo rei, não sendo considerado de forma alguma um movimento popular e democrático, eis que encabeçado pelos privilegiados barões proprietários de terras.

Neste contexto pode-se afirmar que na Idade Média não há manifestação de democracia, pois acima de tudo foi um período absolutista e de grande opressão das classes trabalhadoras por aqueles que detinham o poder.

Contudo, tal situação não poderia se propagar indefinidamente, pois os ideários de liberdade, igualdade, fraternidade e, porque não dizer, propriedade, tiveram terreno fértil nessa época de desmandos e despotismo das classes dominantes.

1.1.3. Democracia na Idade Moderna

A Idade Moderna se inicia no século XV, após um longo período de quase mil anos de duração da Idade Média. Os renascentistas afirmam que a Idade Média foi um hiato entre o esplendor greco-romano e o Renascimento com a Idade Moderna. Baseia-se no espírito crítico e a substituição de uma visão teocêntrica, que colocava Deus no centro, para uma visão antropocêntrica, que coloca o homem no centro das idéias filosóficas, políticas e das demais ciências. Por isso a visão difundida a essa época é também conhecida como Humanismo.

A democracia moderna é caracterizada por uma virada em sua concepção, abandonando a ideia de democracia participativa das cidades-Estado gregas e adotando uma concepção de democracia indireta, ante a complexidade das relações sociais dos Estados nacionais.

Mesmo na Idade Moderna, ainda não há que se falar em consolidação da democracia, isso porque a população estava submissa ao absolutismo da monarquia à época existente. Os

monarcas se diziam representantes de Deus na Terra e em nome de um poder absoluto exerciam a tirania, bastando para isso se lembrar dos rompantes reais tais como: “*L'état c'est moi*”,¹⁹ em que se confundia o Estado com a própria pessoa do soberano.

Esse cenário de despotismo e tirania fez crescer ideais de liberdade e igualdade, principalmente por parte da emergente burguesia que não possuía o poder, mas possuía bens e capital.

O caos administrativo implantado pelos monarcas que sempre gastavam mais do que o necessário, levavam à imposição de pesada carga tributária sobre os súditos e, além do mais, para complementar as despesas, levantavam empréstimos junto aos burgueses. Empréstimos esses que nem sempre eram pagos. Tais fatos levaram a burguesia ao desejo de ascender ao poder e implantar um cenário político onde vigorasse o império da lei e não o império do rei.

Importante ressaltar que nesse período surgiram filósofos importantes para a construção do ideário democrático, pois o mundo moderno é mais populoso, mais complexo, capitalista, necessitando uma democracia que se adeque a essas características.

Esse cenário político pautado pelo império da lei é capaz de conferir uma liberdade (ainda que questionável) ao contrário da dominação imposta pela força existente no estado de natureza. Essa teoria é fomentada pelos contratualistas, dos quais se destacam Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jaques Rousseau, apesar das divergências existentes entre suas teorias.

Thomas Hobbes (1588-1679) entendia que o homem é mau por natureza (*homo homini lupus*), ou seja, o homem é o lobo do homem, pensamento que faz lembrar um mito da Grécia antiga, retratado na obra A República de Platão: “... Acaso para um homem assim não é forçoso, depois disto, e fatal, que pereça às mãos de seus inimigos ou que se torne um tirano, transformando-se de homem em lobo?”²⁰

Para Hobbes a solução para sanar a guerra de todos contra todos é a criação do Estado como ente político, o monstro Leviatã que representaria a força de todos contra o egoísmo individual. Esse Leviatã (Estado), na concepção hobbesiana seria conduzido por um rei, o que demonstra a preferência do mesmo pela monarquia, representando o rei como a cabeça coroada do Leviatã.

¹⁹ “O Estado sou eu”: tradução livre do autor.

²⁰ PLATÃO. **A República**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006, pg.264.

O contratualismo difundido por Hobbes não tinha nada de democrático, pois conferia poderes absolutos ao soberano, seria ele quem decidiria o que era direito, moral, o que é justo ou injusto. Os cidadãos não participariam da elaboração das leis que eram ditadas pelo governante, logo, o único lance de democracia existente no contrato hobbesiano seria o momento que cada um renuncia a seus direitos absolutos em favor do soberano, ou seja, o momento do pacto.

Embora Hobbes reconheça legítimas outras formas de governo, dentre elas a democracia, manifesta sua preferência pela monarquia, alegando que essa forma de governo, por concentrar o poder em uma única mão, é mais eficiente na função de garantir a segurança e a vida dos cidadãos, defendendo um poder político absoluto, indivisível e irrevogável.

John Locke (1632-1704) defendia a liberdade religiosa e a laicização do Estado, dizendo que o Estado deveria se preocupar com o bem estar material dos cidadãos sem assumir partido religioso. Outra contribuição importante de Locke para a filosofia política foi no sentido de combater as idéias inatas, rompendo assim com a filosofia de Platão, Santo Agostinho e Descartes. Para Locke a alma humana é como uma folha em branco que será preenchida à medida que o ser humano desenvolve experiências sensíveis que levam à reflexão e formação do entendimento humano.

A crítica de Locke serviu de base para romper com o inatismo do poder, até então entendido como divino e inato, entendimento esse que era a base do absolutismo. Se o poder político não emana da divindade e não é inato, logo deriva do pacto celebrado pela sociedade, ou seja, tanto sociedade civil quanto poder político derivam desse pacto.

Diferentemente do entendimento de Hobbes que pregava que após o contrato social o homem renunciava a todos seus direitos em favor do monarca, Locke menciona que o pacto social não implica essa renúncia, sendo o cidadão sujeito de direitos.

Uma contribuição de Locke para o desenvolvimento da teoria política hoje vigente foi a constatação de que o homem no estado natural tem dois poderes: o poder deliberativo, ou seja, de tomar decisões para sua defesa e de outrem e o segundo de fazer justiça pelas próprias mãos, sendo que este ele abandona em favor da sociedade a que começa a participar a partir do contrato social.

Jean Jacques Rousseau (1712-1778) advogava a natureza boa do homem quando em estado de natureza e dizia que o mesmo se tornava mau pela corrupção imposta pelas convenções da sociedade, quando saía do estado de natureza para o estado civil.

O filósofo iluminista suíço acreditava numa democracia emanada da vontade e soberania do povo, soberania essa que seria inalienável, ainda que a condução política do Estado estivesse nas mãos de representantes dessa vontade geral emanada do povo:

De fato, as leis são feitas pelo legislador (Assembléia nacional), mas o poder de ditar as leis remonta à idéia de pacto, onde o único soberano é o povo. Esta ideia haveria de conquistar as democracias modernas e marcar-lhes definitivamente o espírito. O Poder Legislativo é mesmo o coração do Estado, para Rousseau, enquanto o Poder Executivo é-lhe o cérebro; se o cérebro paralisa e o coração funciona, ainda assim há vida, mas se o coração cessa suas funções, não há mais vida. Com essa figura, Rousseau quer exprimir a indispensabilidade do Poder Legislativo, noção esta que haveria de marcar também a história das democracias representativas modernas, em que o sufrágio universal figura como sendo o maior instrumento e a maior arma de participação no poder por parte do cidadão.²¹

Para Rousseau a soberania está fundamentada no interesse comum, interesse esse que se reflete no exercício da vontade geral. A esse respeito assim menciona Luiz Vicente Vieira:

Para Rousseau, portanto, a soberania de uma unidade política tem sua origem e fundamento no interesse comum e não é outra coisa senão o exercício da vontade geral. Esta jamais pode ser alienada, pois, sendo a soberania um ser coletivo, não pode ser representada. O poder, segundo ele, pode ser transmitido, não, porém, a vontade do coletivo. A soberania de um povo tem assim duas características essenciais: ela é INALIENÁVEL, no sentido de não poder ser transmitida ou representada, e INDIVISÍVEL porque, enquanto “vontade geral ou é geral ou não é”, ou é do corpo do povo ou apenas de uma parte. Quando a vontade geral é de todo o corpo torna-se de soberania e transforma-se em lei (cf. C. S., III, 369).²²

Por fim, Rousseau só acreditava em leis que fossem ratificadas pelo povo, não acreditando na legitimidade de leis que fossem editadas por deputados, que entendia não serem legítimos representantes do povo. Tecia, ainda, uma crítica severa aos ingleses, dizendo que estes

²¹ BITTAR, Eduardo C. B., ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 251.

²² VIEIRA, Luiz Vicente. **A democracia em Rousseau**: a recusa dos pressupostos liberais. Porto alegre: Editora EDIPUCRS, 1997. p. 70.

somente eram realmente livres quando elegiam os parlamentares, uma vez eleitos voltavam à sua condição de súditos. Entendia que um povo que institui representantes não é mais livre, não existe como povo.

Era defensor da democracia direta, tal como aquela praticada na Grécia antiga, mas entendia as dificuldades de se implementar tal forma de governo às grandes nações, ficando estas reféns da representatividade que usurpa a soberania do povo.

Marco importante para a democracia moderna foram as revoluções burguesas, dentre elas se destaca a revolução francesa, inicialmente caracterizada pela união da burguesia e do operariado contra a aristocracia reinante e o clero, mas separadas pelo fato de que logo após uma revolução sangrenta a burguesia ascende ao poder e esquece os reclamos dos operários e camponeses.

As revoluções burguesas eclodiram principalmente lastreadas no iluminismo, um movimento de intensa criação científica que teve seu apogeu no século XVIII, cuja filosofia e ideais serviram de supedâneo para as revoluções e posteriormente para implantação da democracia representativa, com ascensão da burguesia ao poder.

O Iluminismo surgiu na Inglaterra, depois na Alemanha, espalhando-se pela Europa e logo em seguida pelas Américas, onde influenciou a Inconfidência Mineira e a Independência dos Estados Unidos.

1.1.4. O cenário jurídico político: do jusnaturalismo ao pós-positivismo

O jusnaturalismo começou a tomar força a partir do século XVI, período que coincide com o das grandes navegações, expansão territorial e imposição do catolicismo, no apogeu do absolutismo. Também nesta mesma época começou a se pensar na idéia da Constituição como norma fundamental, não sem resistência da nobreza.

No século XVII esse modelo jusnaturalista começa a tornar-se insustentável, ocorre a consolidação dos Estados nacionais e com sua plena autonomização dos vínculos ideológicos e religiosos (laicização do Estado).

A idéia jusnaturalista de um direito que não emana da vontade estatal, mas como direito inerente ao homem simplesmente pela sua natureza humana, em decorrência da razão, alimentou os ideais de liberdade que inspirou as revoluções burguesas do século que se seguia (a inglesa, a norte-americana e a francesa), que trouxeram ambiente propício para a instituição do Estado liberal.

O movimento de constitucionalização, consolidando os ideais de liberdade e igualdade em textos legais, que se traduziam em duas partes distintas: uma constituindo os poderes do Estado e a outra tratando dos direitos fundamentais consolidou no século XIX o Estado liberal. Neste cenário surge o positivismo filosófico num esforço de se dar conotação científica para o estudo do Direito, o que culminou em um positivismo jurídico, com a teoria de que o Direito é norma que emana de órgão estatal competente, revestida de caráter imperativo e força coercitiva. O positivismo teve seu maior expoente em Hans Kelsen que, inobstante as muitas críticas sofridas, profetizou em 1920: “O conceito de soberania deve ser radicalmente mudado. É esta a revolução da consciência cultural da qual necessitamos em primeiro lugar”.²³

Já num espaço temporal bem mais recente assistiu-se ao declínio do positivismo, haja vista que à sua teoria associou-se a germinação dos ideários do nazismo alemão e do fascismo italiano. A lei fora manejada para legitimar dois movimentos que marcaram de terror as primeiras décadas do século XX. Marcas indeléveis do uso do direito para implantar o ódio, o genocídio e a guerra generalizada, que depõem contra os ideais racionais de solução pacífica de possíveis conflitos.

Ultrapassados os dois momentos supramencionados, com a superação do jusnaturalismo, por não ser mais um modelo que se adequasse à intensificação e complexidade das relações no período que se segue às revoluções burguesas e do positivismo devido ao seu fracasso no cenário político, haja vista que serviu de supedâneo para a eclosão de guerras e barbárie, verifica-se que é momento de uma nova virada no pensamento jurídico e na concepção do Estado.

A esse respeito merece menção texto do professor Luís Roberto Barroso:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca

²³ KELSEN, Hans. **Ensaio sobre a soberania.** 1920.

do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana.²⁴

Paralelamente ao contexto que se descontinuou, com os eventos históricos associados à evolução do pensamento jurídico acima descritos, vislumbra-se um novo contexto político, com o desenvolvimento do Estado bem estar, “*welfare state*”. Nessa fase, abandona-se uma posição de apatia inaugurada no Estado liberal com o afastamento do mesmo das relações privadas e começa a se preocupar com o bem estar do cidadão, impulsionado principalmente pelas demandas do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, desenvolvendo políticas interventivas na economia e de prestação de serviços sociais, que levaram o Estado a abarcar uma grande gama de atividades e serviços públicos. Essa nova postura, no sentido de intervir nas atividades particulares e implementar políticas sociais de redução das desigualdades, principalmente na realidade brasileira, causa um “inchaço” do Estado, determinado pela criação inflacionária de órgãos da administração direta e indireta, ocasionando grande burocratização, prestação ineficiente de alguns serviços e descontentamento por parte dos cidadãos.

Devido aos fatos dantes narrados, em especial, crescimento do aparato estatal, inflacionamento de órgãos públicos e burocratização das atividades estatais, percebe-se, no momento posterior, um refluxo do Estado no sentido de redução das atividades prestadas diretamente pelos órgãos estatais, terceirização de algumas atividades e busca de maior eficiência na prestação dos serviços públicos. A esse movimento chamou-se neoliberalismo ou Estado neoliberal. O Estado neoliberal recua também no sentido de ser o único a impor regras, hodiernamente o regramento de diversas atividades que ocorrem no seio das sociedades já não é exclusividade do Poder Público, que se limita muitas vezes a uma função de controle, criou-se uma gama de estatutos, regulamentos, contratos e até mesmo normas importadas através de acordos e convenções internacionais.

Aliás, por se falar no cenário internacional, coloca-se em cheque inclusive o conceito de soberania Estatal, haja vista que o mundo hoje é visto como uma grande “aldeia global”, com informações trafegando mundialmente e chegando aos mais longínquos rincões no exato momento em que ocorrem os fatos.

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 349.

Podem-se recordar as imagens da Guerra do Golfo e a recente Copa do Mundo da África do Sul, durante a qual chegavam, a todo o momento, informações pelos variados meios de comunicação disponíveis, dentre os principais: a televisão e a *internet*.

Hoje, num período neoliberalista e pós-positivista, verifica-se que o Estado abandonou aquela postura peculiar do positivismo de regrar todas as condutas humanas e intervir em todas as relações humanas. Fala-se hoje em desconstitucionalização, transconstitucionalização, desregulamentação. O Direito reencontra-se com a ética e na busca de soluções para as relações humanas que ocorrem no seio da sociedade, baseia-se em princípios que trazem em si valores capazes de integrar o direito, hoje assumidamente considerado um sistema que, se não incompleto, pelo menos aberto e permeável por princípios que aduzem valores capazes de solucionar casos concretos que a lei não consegue regular.

Some-se a tudo isso, que nesse período, no cenário político, o sistema da democracia representativa é posto em cheque, pois já não atende satisfatoriamente aos anseios dos cidadãos, haja vista que os antes representantes do “povo”, devido à complexidade das relações e crescimento populacional, principalmente nas metrópoles, afastam-se do “povo” que os elegeram e aproximam-se de seus redutos corporativos.

Esse fato não é novo, pois é de conhecimento que desde a implantação da democracia representativa, produto do Estado liberal e dos anseios de uma burguesia emergente, os “representantes do povo”, antes membros da burguesia, são hoje vinculados a determinados grupos corporativos com objetivos próprios e muitas vezes patrocinados.

O povo que detém a soberania, já que todo o poder emana do povo, na quase totalidade das vezes se mantém afastado das funções representativas de poder.

Passa-se então a pensar na aproximação do próprio cidadão dos assuntos do Estado, com o desenvolvimento de políticas de participação do cidadão nos assuntos estatais, inaugurando o que se pode chamar de uma democracia “semidireta” ou mesmo “democracia participativa”.

A esse influxo do Estado na sociedade denominado por Bobbio de “estatalização da sociedade” se contrapõe o influxo da sociedade nos assuntos do estado denominado pelo mesmo autor de “socialização do Estado”, senão vejamos:

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 das 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” poder ser entendida não só no sentido de Estado que permeou a sociedade.²⁵

É nesse cenário, atualíssimo, que se insere o paradigma da democracia direta e representativa, pressupondo-se que a participação do cidadão na condução das decisões políticas é mesmo um dos princípios que inspiram o atual Estado Democrático de Direito, nesse cenário neoliberal e pós-positivista.

1.2. Democracia participativa no Brasil

A partir do momento que o Estado minimizou uma prática arbitrária e adotou uma postura mais democrática para respaldar seus atos, o processo administrativo tornou-se um instrumento importante para conferir legitimidade aos atos praticados por seus representantes, evitando com isso a prática de abusos e coibindo a pessoalidade, parcialidade e desvio de finalidade, cometidos, em algumas situações, pelas pessoas físicas que o representam. Nesse contexto insere-se a colaboração dos cidadãos na condução das atividades públicas, pois cidadania pressupõe direitos, mas também deveres, e um desses direitos/deveres refere-se à participação nas atividades estatais.

Nesse mesmo norte, importante ressaltar que os institutos de participação popular na Administração Pública implicam deslocar o eixo autoritário dos atos praticados unilateralmente pelo agente estatal, distribuindo o ônus de produção das decisões entre Administração Pública e cidadãos através da efetivação da democracia participativa.

A esse respeito assim se manifesta Caio Tácito:

O Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa. O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos

²⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e sociedade**: Para uma teoria geral da política. 8^a ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P. 51.

constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas.²⁶

Podemos situar essa guinada com grande ênfase em três momentos distintos da história brasileira, a edição da Constituição cidadã de 1988, que inaugurou o Estado Democrático de Direito no Brasil, o advento da Emenda Constitucional 19 de 1998, chamada de reforma administrativa do Estado, que culminou com a edição de várias leis que contemplam a maior eficiência do modelo administrativo e a edição da Lei 9.784 de 1.999, Lei do processo administrativo na esfera federal, que inaugurou uma nova fase de estudos e aplicação da processualidade administrativa.

Apesar da eclosão da democracia participativa ter ocorrido com ênfase nos três momentos retro mencionados, importante aduzir entendimento da professora Odete Medauar, quando detecta as raízes desse movimento no Brasil:

A partir da metade da década de 50 do século XX, começa a surgir a preocupação com uma democracia mais completa, com a democracia que transpõe o limiar da eleição de representantes políticos para expressar-se também no modo de tomada de decisão dos eleitos. Emergiu a ideia de que o valor da democracia depende também do modo pelo qual as decisões são tomadas e executadas. Verificou-se que havia, com freqüência, grande distanciamento entre as concepções políticas de democracia vigentes num país e a maneira com que ocorriam as atuações da Administração: perante esta, o indivíduo continuava a ser considerado como súdito, não como cidadão dotado de direitos. Passou a haver, então, uma pregação doutrinária em favor da democracia administrativa, que pode ser incluída na chamada democracia de funcionamento ou operacional.²⁷

Contudo, não é supérfluo lembrar que no período situado entre a década de 50 do século XX até a edição da atual Constituição, no ocaso da década de 80 do mesmo século, o país passou por um período ditatorial militar que em muito ofuscou os anseios de uma democracia participativa.

O processo administrativo, no que concerne à democracia, tem dupla importância na relação entre o Estado e o cidadão, pois se tornou instrumento que confere segurança jurídica às

²⁶ TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.209, 1997, p. 1-6.

²⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 14^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30-31.

decisões administrativas: por um lado formalizando o *iter*, ou seja, a sucessão de atos e fatos entre a instauração e a decisão, legitimando o ato proferido pelo administrador público; por outro, conferindo maior publicidade, transparência e controle das decisões, propiciando o acesso e a participação do cidadão nesse processo do qual fora excluído durante longo tempo.

A atual Carta Política do Estado já no seu art. 1º, inc. II e, também, no parágrafo único, lança a participação do cidadão na administração pública como um dos fundamentos da República, mencionando que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a cidadania, bem como que todo poder emana do povo que o exerce através de representantes ou diretamente nos termos previstos na Constituição Federal.

O prof. Luis Carlos Figueira de Melo, em sua tese de doutoramento, evocou Tercio Sampaio Ferraz Junior, Maria Helena Diniz e Ritinha Georgaklias, que teceram relevante comentário sobre a importância para a democracia da expressão “todo o poder” inserida no art. 1º da CRFB/1988, mencionando que a locução refere-se a um só poder, a saber, o poder da cidadania enquanto conjunto de agir.²⁸

A Lei do Processo Administrativo na esfera federal, Lei 9.784/1999, explicitou logo no seu art. 1º os dois objetivos primordiais do processo administrativo, representados pela proteção dos direitos dos administrados de um lado e, de outro, o melhor cumprimento dos fins da Administração.

De fato, o devido processo administrativo é o único instrumento capaz de resguardar os direitos dos administrados frente ao Estado, ainda mais quando se pretende superar aquela concepção de Estado dominador que impõe sua vontade ao povo, sem que este possa resistir ao poder que irradia de forma imperativa daquele que foi criado, num primeiro momento, para exercer o monopólio da força e resolver os litígios instalados nas relações privadas.

Ultrapassar a concepção supra esposada impõe superar a concepção de administrado, como se os indivíduos que compõem a coletividade de cidadãos fossem apenas súditos, ou seja, meros espectadores do agir da Administração Pública.

²⁸ MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa no Brasil**. Belo Horizonte, 2002. Tese de doutoramento pela UFMG, p. 123.

O processo administrativo tem o condão de elevar o cidadão ao status de participante na condução das políticas públicas, não apenas como coadjuvante, mas como ator principal na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, bem como na concretização do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, ressalte-se que o processo administrativo, como a própria expressão sugere, congrega um conjunto de regras e princípios que vêm a interferir sobremaneira no agir da Administração Pública, sendo o espaço público ao qual converge todo um complexo de atuações tanto do Estado quanto dos cidadãos, sempre colimando o almejado interesse público.

Portanto, na condução dos interesses do Estado não há como o agente público se apoiar exclusivamente no ato administrativo, de caráter unilateral e que incorpora atributos como a presunção de legitimidade, autoexecutoriedade e imperatividade. Necessário se faz um processo administrativo que, conduzido de forma democrática, propicie a participação do cidadão de forma a controlar e influir na tomada de decisões da Administração Pública, não perdendo de foco o interesse público.

Seguindo as diretrizes constitucionais no sentido de consolidar o Estado Democrático de Direito, importante trazer o cidadão para a arena de discussões numa visão habermasiana, como dantes afirmado. No mesmo sentido, o entendimento de Dierle José Cordeiro Nunes, evocando Habermas:

Ao se fazer uma releitura da teoria do processo a partir da teoria habermasiana, vislumbra-se o processo estruturado em perspectiva comparticipativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões políticas e jurídicas.²⁹

Inexoravelmente, o cidadão precisa sair de uma posição de apatia e ocupar o seu espaço na arena de discussões dentro de uma visão de processo administrativo comparticipativo e, porque não mencionar o processo jurisdicional e legislativo, conduzidos dentro do ideal de cooperação entre os atores processuais.

²⁹ NUNES, Dierle José Cordeiro. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008, p. 211.

No atual contexto não existe mais espaço para expressões que são lugar comum na processualidade, dentre outras, partes contrárias, paridade de armas, como se o espaço processual fosse um verdadeiro campo de batalha.

Ao invés de propagar o ideal de combate que sempre traz tensões entre o Estado e grupos representativos como ONGs, sindicatos, partidos políticos, além do mais antitético de todos, Estado *versus* sociedade civil, dever-se-ia propagar a ideia de Estado parceiro da sociedade. A cooperação entre Estado e sociedade civil é imperativo de consecução dos objetivos colimados na Carta Republicana, já que o Estado é instrumental, ou seja, meio para o alcance de tais objetivos. Tudo isso nos exatos termos do texto constitucional, para esse povo que tem aspirações de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CRFB/88).

O processo administrativo, judicial e até mesmo legislativo deve se desenvolver lastreado em princípios maiores como a dignidade humana, a boa fé objetiva, a solidariedade, que são verdadeiros vetores para uma maior humanização das relações jurídicas, deslocando o eixo das relações baseadas no “ter” para o âmbito das relações baseadas no “ser”, alocando o homem no centro do sistema jurídico, o que traduz na humanização da teoria geral do processo através de uma visão antropocêntrica do direito.

Baseado nessas considerações e no atual contexto que permeia o tecido social é de se inferir que a democracia participativa no Brasil está em franca expansão, impulsionada pelos esforços legislativos no sentido de inserir o cidadão na arena de discussões, bem como pelo aumento dos estudos no que concerne à participação do cidadão no processo administrativo.

1.3. A crise da democracia representativa e o fortalecimento da democracia semidireta

A democracia representativa, inobstante sua secular utilização, principalmente após o advento das revoluções burguesas e implantação do Estado Liberal, não tem se afirmado como o melhor modelo político para a solução dos mais variados problemas e necessidades que emergem das relações estabelecidas pelo fenômeno social.

Polarizar as decisões políticas e administrativas nas mãos de representantes, que nem sempre colocam em posição de destaque os interesses públicos, é expor a perigo o processo de democratização da democracia, expressão essa empregada de forma acertada pelo constitucionalista J. J. Gomes Canotilho: “Democratizar a democracia através da participação significa em termos gerais, intensificar a optimização das participações dos homens no processo de decisão.”³⁰

A representação do povo por um número reduzido de políticos tem um viés perverso, pois pode gerar pelo menos duas consequências indesejadas: levando os cidadãos a uma apatia pelos assuntos relativos ao Estado, bem como germinando nos representantes do povo a ideia de que são os verdadeiros representantes do poder. Isso levaria a um rompante de pessoalidade na condução do interesse público, o que facilmente geraria decisões carregadas de abuso de poder.

Por isso, a participação do cidadão no processo administrativo, conducente a decisões estatais que persigam o interesse público, como forma de intervenção e controle do processo administrativo, é de imperiosa necessidade na contemporaneidade, para concretização do Estado democrático de direito.

1.3.1. O cenário histórico paradigmático

Quando se volta o olhar para os eventos que se sucederam até a formação do Estado moderno, desde a época medieval, mas principalmente a partir do século XIII, vislumbra-se um crescente movimento de urbanização e expansão comercial capazes de desenvolver a idéia de “organização estável” que culminou com a concepção de Estado. Podem-se descortinar principalmente as sucessivas conquistas territoriais que marcaram a Idade Média, com o movimento imperialista de expansão territorial, alimentadas pelo ideal de unificação e imposição de poder, cultura e religião a outros povos, além de importação de riquezas.

Tal contexto não poderia perdurar indefinidamente, pois mantinha sempre uma relação de tensão entre os povos desde a Idade Medieval, culminando com um processo de independência das colônias e um ideário de autodeterminação dos povos, além de um sentimento nacionalista exacerbado.

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 434.

Sobre esse primeiro contexto que vai da expansão comercial e urbana até a configuração dos Estados-nação, muito bem se posiciona José Eduardo Faria:

Oriundo de *stato*, particípio do verbo *stare*, e designando “organização estável”, um ordenamento político que começou a adquirir corpo a partir do século XIII, com a expansão urbana e comercial; desenvolveu-se com os conflitos entre Igreja, baronato, suseranos feudais, monarcas e burguesia mercantil em torno da unificação de estruturas de poder territorialmente fragmentadas e da aplicação de regras de direito válidas para todos os habitantes. (...) Teve suas feições delineadas após tratado de Westfália, de 1648, que restabeleceu a paz na Europa, consagrando o modelo da soberania externa absoluta, e abriu o caminho para uma ordem internacional protagonizada por nações com poder supremo dentro de fronteiras territoriais estabelecidas; e, por fim acabou ganhando seus contornos institucionais, jurídicos e burocráticos mais precisos no decorrer do século XIX.³¹

Em sentido contrário a esse processo de dissolução dos impérios e formação dos Estados territoriais nacionais, que implica redução de poder externo, percebe-se um movimento de unificação de pequenos Estados em confederações, ampliando seu poderio externo em relação à fragilização dos impérios de então, como bem salienta Bobbio:

Ao processo de gradual dissolução do império a que corresponde a formação dos Estados territoriais e nacionais, contrapõem-se processos inversos de gradual unificação de pequenos Estados em uniões mais vastas que existem através da confederação, na qual cada Estado conserva a própria independência não obstante a união perpétua com os outros Estados (como em origem a Suíça) para alcançar pela primeira vez a formação nova e original do Estado federal com a constituição dos Estados Unidos da América (1787).³²

Os Estados Unidos da América foi o grande exemplo desse movimento de união de pequenos Estados que originou um forte Estado federal com a constituição de 1.787. A Constituição americana, considerada a mais antiga no sentido de Carta Constitucional, não possuía inicialmente artigos dedicados aos direitos fundamentais, o que ocorreu em 1.789 quando foram adicionados outros dez artigos denominados “*Bill of rights*”.

³¹ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 17.

³² BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e sociedade**: Para uma teoria geral da política. 8^a ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. P. 102.

As constituições modernas, espelhadas na constituição norte-americana possuem uma *Parte Dogmática* que se assemelha ao *Bill of Rights* e uma *Parte Orgânica* que se assemelha ao *Plan of Government*.

O federalismo propiciou aos pequenos Estados que agregaram entre si adotarem a forma republicana de governo, antes inviável, a qual se tornou possível na figura de grandes repúblicas federativas. A idéia de uma grande república pacífica volta inclusive a alimentar o ideal de paz perpétua e uma república universal proclamados por Kant (*Zum ewigen Frieden, 1796*), que pode muito bem substituir a ideia do império universal a ser conquistado mesmo que com o empenho da força bélica, propalada na era medieval, pela idéia mais sofisticada de uma república universal.

Fato é que a história de formação dos Estados foi marcada por eventos cílicos no que diz respeito à composição, decomposição e recomposição dos mesmos.

Hoje se convive com a formação dos blocos econômicos e políticos a exemplo da Comunidade Econômica Européia, Nafta e Mercosul, entre outros blocos de menor expressão.

Convive-se com o fenômeno da globalização, diante de um frenesi de informações num mundo interligado, onde as informações são transmitidas *just in time*, sob o foco dos poderosos olhos e cérebros eletrônicos espalhados pelo mundo e até mesmo além mundo.

Contudo, desde sua implantação com o Estado liberal, até aos dias atuais, o constitucionalismo segue sua missão, como bem salienta Barroso:

O constitucionalismo chega vitorioso ao início do milênio, consagrado pelas revoluções liberais e após haver disputado com inúmeras outras propostas alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado democrático. A razão de seu sucesso está em ter conseguido oferecer ou, ao menos, incluir no imaginário das pessoas: (i) legitimidade – soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) limitação do poder – repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) valores – incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.³³

³³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 04 jul. 2010 .

Verifica-se, então, que o constitucionalismo tem bem cumprido sua missão de organizar o Estado, distribuindo as funções e competências entre os entes federativos e seus diversos órgãos vinculados aos três poderes. Não se olvidando as garantias conferidas aos cidadãos no rol dos direitos fundamentais, no afã de se produzir uma sociedade mais harmônica, justa, igualitária e democrática.

1.3.2. O paradigma entre democracia representativa e democracia direta

Não seria discurso novo dizer que o secular e desgastado modelo representativo já não atende mais aos anseios de um “povo” que, movido por sentimentos de nacionalismo e preocupado com a política, cultura, economia e outros assuntos nacionais, hoje se vê envolvido numa trama de informações globais, *just in time*, que a alguns tem sido lugar comum chamar de “aldeia global”.

A crise do modelo representativo deve-se também ao fato de que com o aumento populacional e a complexidade das relações desenvolvidas no seio da sociedade moderna, os interesses dos indivíduos e até mesmo de alguns grupos sociais podem, em determinados contextos, divergirem entre si. Com a divergência de interesses individuais, coletivos ou difusos, o outrora representante “do povo” passa a ser representante de apenas uma determinada fração, pois não há como um servo servir a dois ou mais senhores sem que venha a desagradar algum deles.

O cidadão, antes alienado dos assuntos do Estado, hoje se vê envolvido por problemas que, muitas vezes, extrapolam as fronteiras de seu país e, quando afetos à política interna, transcende os interesses individuais e até coletivos, atingindo interesses transindividuais, de uma gama de pessoas que não se pode quantificar nem identificar, originando os interesses denominados de difusos. Nos dizeres de Hugo Nigro Mazzilli, direitos difusos: “São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhadas por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas”.³⁴

A participação política direta não é fenômeno novo, pois já era praticada na antiga Grécia de Aristóteles, não olvidando o fato de nem todos poderem participar da assembleia,

³⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 50-51.

contudo, cabe ressaltar que a condução direta dos assuntos do Estado é viável em comunidades de baixa complexidade nas relações sociais e, portanto, de baixa densidade demográfica.

A partir do momento que a população aumenta, as relações sociais intensificam e se tornam mais complexas, ocorrendo também a formação de classes sociais bem definidas, devido a desigual distribuição de renda, ocasionando em grande parcela da população um desinteresse pelos assuntos do Estado. Essa grande parcela da população, em especial os trabalhadores de baixa renda, fica engendrada em uma trama de problemas pessoais que somados à escassez de tempo, pois têm que trabalhar durante longas jornadas, acaba por ser alijada do processo político, ficando à margem dos assuntos do Estado.

Daí porque o sistema representativo tomou grande impulso em fins do século XVIII, sobretudo no período que se segue à revolução francesa tal sistema era a legitimação de uma sociedade tipicamente burguesa. A esse respeito importante fazer alusão a trecho esclarecedor da lavra de Antônio Carlos Wolkmer:

Em fins do século XVIII, autores como Benjamin Constant e Sieyès deram conta de que a participação política direta, comum entre os antigos gregos, não era viável na moderna sociedade burguesa, advogando a implementação do sistema representativo. Tal sistema excluía o cidadão comum diretamente da arena política, entregando-a aos representantes. Contudo, B. Constant também projetou os perigos de tal separação entre os eleitores e os representantes, alertando para a necessidade de ficarem os cidadãos atentos, na fiscalização de seus mandatários, para evitar os abusos.³⁵

Seguindo, ainda, a linha de raciocínio supra inaugurada, podemos citar Benjamin Constant, em sua defesa ao sistema representativo, aqui servindo apenas para caracterizar tal sistema, sem intenção de defendê-lo:

O sistema representativo é uma procuração dada a um certo número de homens pela massa do povo que deseja ter seus interesses defendidos e não tem, no entanto, tempo para defendê-los sozinho. (...) Assim também os povos que, para desfrutar da liberdade que lhes é útil, recorrem ao sistema representativo, devem exercer uma vigilância ativa e constante sobre seus representantes e reservar-se o direito de afastá-los, caso tenham traído suas promessas, assim como o de revogar os poderes dos quais eles tenham eventualmente abusado.³⁶

³⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. Revista dos Tribunais, 4^a edição, 2003. p. 90.

³⁶ CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Filosofia política 2. Porto Alegre, L&PM, 1985. p. 23.

Apesar das idéias daqueles que são contrários à democracia representativa, esta tem resistido aos séculos, ainda que passando por adequações e, graças à tripartição dos poderes idealizada por Montesquieu e ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que coibem, em parte, a condução abusiva dos negócios do Estado a cargo dos representantes do povo.

Contudo, pouco valeria os sistemas de controle acima identificados se não fossem conjugados com o controle e intervenção do cidadão na condução dos assuntos estatais. Somente a atuação protagonizada pela cidadania pode coibir a utilização abusiva do poder, lançando mão de todos os instrumentos que são disponibilizados pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional a serviço da moralização e eficiência dos serviços públicos.

Apesar de não ter surgido ainda outro sistema mais adequado para a atual sociedade, frente à grande complexidade das relações sociais e a alta densidade demográfica, principalmente nas regiões metropolitanas, não há como negar que o sistema representativo se torna insuficiente para atender toda a gama de interesses que permeiam o plexo das relações hodiernas, perpassando pelas relações entre particulares, Estado e cidadãos e chegando até mesmo às relações externas, entendidas aquelas entre Estados “soberanos”.

Nesse contexto, aparece o fenômeno da participação, não com o intuito de suplantar o já corroído sistema da representação, mas, na atualidade, com o intuito de ombrear com o mesmo na busca de soluções mais democráticas para os problemas que afligem uma sociedade cada vez mais complexa e global.

Problemas que outrora eram locais, regionais ou nacionais, hoje se tornaram globais, como os da dignidade da pessoa humana, redistribuição de renda e erradicação da pobreza, proibição do trabalho escravo, preservação do meio ambiente, desarmamento das grandes potências nucleares e solução pacífica dos conflitos.

Destarte, verifica-se que a participação cidadã tem ainda um longo caminho a trilhar, tal participação que iniciou nas intervenções locais já tem evoluído, ainda que embrionariamente, através dos fóruns de debate dos problemas regionais, nacionais e mundiais.

A participação do cidadão no processo administrativo como verdadeiro ideal democrático é, então, um processo atual e irreversível, ante a necessidade de fiscalizar e

contribuir com o sistema representativo que se acha desgastado por séculos de corporativismo, escândalos de corrupção e má gestão da *res* pública.

A esse respeito assim se posiciona a professora Shirlei Silmara de Freitas Mello:

Com a evolução da Administração Pública, a tendência é que o administrado passe a participar cada vez mais em quantidade e qualidade na gestão e no controle dos atos administrativos. Isso é democracia. O Estado é o meio, não o fim. Sua existência justifica-se na medida em que satisfaz as necessidades públicas. O administrador de hoje deve preocupar-se com o trabalho que precisa ser feito para atender aos reclamos sociais e, desse modo organizar-se quanto à melhor maneira de realizar tal trabalho.³⁷

Na mesma esteira o português José Joaquim Gomes Canotilho assim discorre sobre o princípio constitucional da participação democrática: “[...] é um processo dinâmico, inerente a uma sociedade aberta e ativa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social”.³⁸

A esse movimento crescente de participação do cidadão no processo administrativo tem se denominado de democracia “semidireta”, pois congrega a representatividade dos agentes políticos com a participação direta do cidadão na tomada das decisões que objetivam a persecução do interesse público.

É notório que no decorrer da história do Brasil houve períodos em que os ideais perseguidos nos demais países não foram implementados ao mesmo tempo, gerando verdadeiros hiatos na história do Estado brasileiro, Barroso delimita um desses vãos históricos em seu artigo “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro”, a saber:

O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neo-liberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e

³⁷ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela cautelar no processo administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 81.

³⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 289.

errado, justo ou injusto – mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.³⁹

Inobstante o fato acima narrado, o Brasil chega à pós-modernidade com uma constituição democrática e um ordenamento jurídico que tem evoluído devido ao trabalho exaustivo dos juristas, legisladores e juízes que lutam por construir e reconstruir (pois este é um trabalho infinito) um ordenamento jurídico que atenda à evolução da sociedade brasileira diante de um mundo que está caminhando para a globalização, por mais que este termo e fato provoquem fobias e ansiedades.

A história do homem em sociedade é analisada desde seus primórdios, ou mais precisamente a partir da idéia de homem como ser social e integrante de uma democracia direta, já desfrutada pelos gregos, que construíram um pensamento filosófico baseado na razão, uma razão transcendental de valores universais, já que uma miopia científica desaconselha uma regressão para além da Grécia antiga.

Mudando de momento na história, pode-se descortinar o desenvolvimento político e jurídico desde a concepção jusnaturalista que defendia a existência de um direito natural, originado nas leis divinas ou mesmo na reta razão do homem.

O jusnaturalismo atingiu seu apogeu no século XVIII e sua decadência no início do século XIX, quando seus princípios ora positivados o relegavam a plano secundário acabando por ser colocado à margem.

O século XIX desponta lançando luz sobre o positivismo, que teve em Kelsen seu maior defensor, contudo, o positivismo que se propunha a transformar o Direito em ciência que tivesse solução positivada para todos os problemas sociais, falhou em seu intento e, ainda mais, foi maculado com eventos de guerra e genocídio.

Após toda essa trajetória que culmina hodiernamente com o Estado neoliberal e o pós-positivismo jurídico, depara-se com mais um dilema a enfrentar, o da democracia representativa e democracia direta.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 04 jul. 2010 .

A democracia representativa, apesar da crise pela qual vem passando, com escândalos de corrupção e personalismos na condução política do Estado, ainda é considerada o melhor sistema aplicável ao regime republicano, principalmente no contexto de um mundo de relações complexas e globalizado, em que as informações fluem instantaneamente.

A democracia direta, embora entendida como a mais perfeita expressão da soberania do povo, não se adapta à complexidade das relações sociais modernas, nem com a grande densidade demográfica experimentada, principalmente pelas metrópoles mundiais.

Diante de tais fatos são criados mecanismos intermediários de participação do “povo” na condução das decisões políticas, através de audiências e consultas públicas, fóruns de debates, participação em órgãos colegiados ou, ainda, intervindo no processo administrativo e utilizando até mesmo de instrumentos judiciais de intervenção na condução dos interesses públicos, por exemplo, mandado de segurança e ação popular.

Tais mecanismos, que permitem o exercício de uma democracia semidireta, representam uma parcela ainda tímida de intervenção do cidadão no processo de administração do Estado, mas, ao mesmo tempo, representam uma grande conquista democrática, permitindo que o cidadão participe ativamente da condução dos interesses públicos.

1.4. Democracia social, uma nova tendência

Além dos institutos da democracia direta e representativa, Bobbio menciona, ainda, uma terceira forma de intervenção democrática, com a instituição e exercício de procedimentos que permitam a participação dos interessados nas deliberações de corpos sociais.⁴⁰

Essa forma de democracia social pressupõe a participação do cidadão em grupos sociais organizados, com poderes de representação, quais sejam: conselhos, sindicatos, associações, conselhos profissionais, ONG's, partidos políticos dentre outros.

Os incisos III e IV do artigo 9º da Lei 9.784/99 tratam da participação do cidadão como integrante de tais entidades com poderes de representação, na defesa de interesses transindividuais, atingindo interesses coletivos, entendidos aqueles de grupos identificáveis de

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e sociedade:** Para uma teoria geral da política. 8^a ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 155

pessoas com mesmos interesses e até mesmo difusos, compartilhados por pessoas indetermináveis, unidas por laame fático.

Podem participar através de consulta pública antes da tomada de decisão em matéria de interesse geral ou mesmo de interesse do grupo ao qual representam, integrando colegiados públicos para tomada de decisões de interesse geral ou do grupo que representam, ou mesmo apresentando requerimentos, representações, denúncias, etc.

Luisa Cristina Pinto e Netto, evocando o português José Manuel Sérvulo Correia, menciona tratar-se de “uma participação que leva à interpenetração entre Estado e sociedade, socializando o Estado no sentido de abrir a estrutura do poder para atuação da sociedade”.⁴¹

Diante da constatação de uma democracia social não há como se pensar Estado e sociedade como pólos de uma relação, mas sim numa relação de interpenetração e cooperação.

1.5. Democracia formal e substancial

Ainda, inspirada por Bobbio, em sua célebre obra: Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política, não poderia deixar de ser mencionada a diferença entre democracia formal e democracia substancial.

A democracia formal se concretiza no conjunto de instituições constitucionalmente encarregadas de implementar as políticas de governo. A segunda trata dos fins ou valores perseguidos pelo grupo político.

Não é por acaso que as Constituições modernas contêm uma parte formal, onde se organiza o Estado, traduzindo um conjunto de órgãos e competências para levar a cabo as políticas de governo.

As Constituições são permeadas por princípios e regras que visam concretizar os anseios do povo, consubstanciados nos direitos e garantias dos cidadãos frente à estrutura e poderio do Estado, sem os quais não seria possível aos membros da sociedade perseguir seus projetos de vida individuais e coletivos.

⁴¹ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedural:** garantias, riscos e disciplina adequada. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009. p. 77

1.6. Conceitos de participação e cidadania

A essa altura faz-se necessário traçar delineamentos conceituais ao tema sob estudo, visando entender a concepção que se pretende atribuir à expressão “participação do cidadão”, bem como os instrumentos dessa participação, no presente trabalho.

Em primeiro lugar, cumpre salientar que os denominados instrumentos de defesa da cidadania devem ser entendidos num sentido amplo que contemplem os direitos da cidadania, desde os mais elementares até àqueles mais complexos. Todos os instrumentos jurídicos e populares colocados à disposição dos cidadãos para que possam defender seus direitos individuais, coletivos e difusos, seja na dimensão civil, política ou social, são reconhecidamente instrumentos de defesa da cidadania.

Nesse diapasão podemos citar como exemplos: a participação em processos administrativos, seja como parte ou interessado, seja em audiências ou consultas públicas, manifestações, passeatas, participação em organizações não governamentais, partidos políticos, sindicatos, eleições, plebiscitos, projetos de leis de iniciativa popular, etc.

No que diz respeito ao termo cidadania, faz-se importante delimitar seu conceito para as finalidades do presente trabalho, que tem como escopo o exercício da cidadania com a participação no processo administrativo.

Cumpre salientar que a participação, conforme se depreende do título do presente trabalho, é fator preponderante para concretização do Estado Democrático de Direito. Entretanto, faz-se importante mencionar que a simples participação, por si só, não é capaz de promover, como dito alhures, a democratização da democracia, faz-se necessário que some à participação o respeito a outros princípios indispensáveis tais como liberdade, igualdade, moralidade, boa fé no processo administrativo e, principalmente, dignidade da pessoa humana, erigido a farol que guia todos os outros princípios das democracias contemporâneas.

Durante longo tempo a expressão cidadania teve seu significado arraigado a duas concepções básicas: a idéia de cidadão enquanto detentor dos direitos e deveres políticos de votar e ser votado por um lado e, por outro, a idéia de nacionalidade, ou seja, cidadania como direito de possuir documentos pessoais que o vinculem a um determinado Estado. Estas concepções de cidadania trazem em seu bojo pressupostos que, tomados isoladamente, não

condizem com o ideal contemporâneo de cidadania. Trazem em si a ideia do cidadão eleitor e possuidor de nacionalidade, aquele que está no gozo de seus direitos civis e políticos, inclusive relacionados à capacidade civil plena.

O conceito moderno de cidadania é mais amplo, ou seja, não pode ficar limitado pelas idéias supra mencionadas. Cidadania, nesse mister, é o mais amplo exercício dos direitos e deveres civis, políticos e sociais, independentemente de critérios de idade, capacidade civil, bem como de discriminações de qualquer espécie, a saber, raça, gênero, religião, etc.

O professor José Afonso da Silva traz uma abordagem digna de menção:

A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento dos indivíduos como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexiona-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático.⁴²

Acrescente-se que a Constituição Federal de 1988 elenca a cidadania entre os fundamentos da República, no seu artigo 1º, inciso II, o que já traduz um grande avanço democrático para a Cidadania Brasileira.

Fundamentar a República Federativa do Brasil na cidadania transmite o sentimento de respeito que a Constituinte de 1988 depositou no povo brasileiro, entendendo que não se constrói um Estado Democrático de Direito sem a participação do verdadeiro titular do poder, a saber, o povo.

1.7. Princípios que fundamentam a participação cidadã

O processo administrativo tem dupla importância na relação entre o Estado e o cidadão, pois se tornou instrumento que confere segurança jurídica às decisões administrativas: por um

⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** 18ª ed. São Paulo: Malheiros; 2000. p. 108.

lado formalizando o *iter*, ou seja, a sucessão de atos e fatos entre a instauração e a decisão, legitimando o ato proferido pelo administrador público; por outro, conferindo maior publicidade, transparência e controle das decisões, propiciando o acesso e a participação do cidadão nesse processo do qual fora excluído durante longo tempo.

Nesse diapasão, necessário identificar os princípios que dão supedâneo à participação popular no processo administrativo, deixando claro que não se trata de explicitar princípios da Administração Pública, do processo administrativo ou mesmo do Direito administrativo, mas somente aqueles que inspiram a participação do cidadão, com vistas a não se perder o foco do presente trabalho.

Não se pretende analisar e nem mesmo perfilhar a alguma das correntes já existentes de princípios, pretende-se apresentar proposta própria de princípios que fundamentam a participação cidadã no processo de condução dos interesses públicos.

1.7.1. Princípio da dignidade humana

Iniciar o rol de princípios que fundamentam a participação cidadã pela dignidade humana pode causar espécie ao interlocutor que esteja desatento aos fatos históricos e fundamentos filosóficos esposados na parte inicial do presente capítulo.

Como já mencionado alhures, o princípio da dignidade humana pode ser considerado hoje um farol que orienta e lança lume que se irradia sobre todos os demais princípios que estruturam os sistemas jurídicos das democracias existentes.

Não há como se conceber democracia onde haja privilégios conferidos a alguns em detrimento da grande maioria, erro cometido reiteradas vezes ao longo da história do Estado, desde a democracia grega, perpassando pela democracia representativa inaugurada no Estado liberal. Tais contextos permitiram a exploração do homem pelo próprio homem, garantida pela máquina estatal quando utiliza a força coercitiva para garantir uma deturpada liberdade de contratar somada ao *pacta sunt servanda*,⁴³ que propiciaram a ampliação de diferenças entre as classes sociais, aumentando o abismo entre ricos e pobres e espezinhando os princípios da igualdade e da liberdade.

⁴³ Brocardo latino que significa em suma que “os pactos devem ser cumpridos”, em tradução livre deste autor.

Levantar a bandeira da dignidade humana implica levantar as bandeiras da igualdade, da liberdade e da solidariedade, sem as quais não há democracia, já que os anseios de fraternidade se perderam com as manobras encetadas pela burguesia no período que se sucedeu às revoluções do século XVIII.

O ideal de fraternidade lindamente estampado nas bandeiras da revolução francesa, inspirava um vínculo mais forte que os ideais da solidariedade, pois fraternidade na raiz etimológica remete à relação entre irmãos, o que reclama relação sanguínea. Relação sanguínea que extrapola a concepção simplista de povo brasileiro, alemão, francês, espanhol, norte-americano, dentre outros. Há de se entender que o sangue que clama mais alto por fraternidade e, consequentemente, por dignidade, é o sangue da espécie humana, fartamente derramado em guerras, revoluções e discriminações.

Como a fraternidade se perdeu ao longo desses mais de duzentos anos, em meio a guerras e genocídios, resta ao mundo contemporâneo ser solidário, o que envolve uma relação de alteridade, ou seja, é preocupar-se com o outro e, em algumas situações, colocar-se no lugar do outro. Somente assim pode se desenvolver uma democracia onde os problemas do cidadão correspondam aos problemas da cidadania, ou seja, da sociedade na qual está inserido. Solidariedade se traduz em participar da arena de discussões dos problemas das maiorias e das minorias, em antítese à ideia de democracia tão propalada, de governo onde prevalece a vontade na maioria das vezes (in) questionável de uma maioria.

Para ser solidário não basta mera participação na arena de discussões, engloba também a ideia de cooperação, colaboração, lealdade e boa fé.

A construção de uma nova democracia implica respeito aos direitos das maiorias e das minorias, estas muitas vezes excluídas, tais como portadores de necessidades especiais ou de doenças contagiosas como a *aids*, homossexuais, dentre outros.

Em sintonia com esse entendimento a concepção de Habermas que visa à construção de uma democracia participativa e deliberativa.

Daí a necessidade da construção de decisões no processo administrativo nas quais os cidadãos possam participar de forma ativa, dentro de uma concepção de processo administrativo solidário e pautado pela cooperação e boa fé entre Estado e sociedade civil.

Só assim é possível se construir uma democracia numa visão antropocêntrica e solidária, correspondente a focar o homem como o centro do sistema jurídico, numa consequente humanização do direito, de forma que o homem seja tratado com dignidade. Ter dignidade significa ter condições de consolidar projetos de vida e materializar um conjunto de bens da vida capazes de garantir liberdade, igualdade, saúde e felicidade, este é o pacote do tão propalado mínimo existencial.

1.7.2. Princípio da democracia

Alguns doutrinadores o denominam de princípio democrático, contudo, no presente trabalho opta-se pela expressão princípio da democracia, pois poderia gerar o entendimento de democrático como qualidade do princípio. Aliás, democrático é característica ou qualidade do Estado, daí a expressão Estado Democrático de Direito.

Difundir a expressão “princípio democrático” corresponderia a adjetivar o princípio, reduzindo-lhe a amplitude, ou seja, atribuir-lhe simplesmente a qualidade de ser democrático.

Com toda vênia que merecem respeitáveis juristas, na verdade trata-se do princípio da democracia, no mesmo sentido emprestado a outros princípios que inspiram o sistema jurídico, como princípio da legalidade, princípio da publicidade, princípio da igualdade. Denominá-lo de princípio democrático corresponderia a denominar os princípios retro exemplificados como princípio legal, princípio público, princípio igual, o que os esvaziaria do sentido e amplitude que se pretende atribuir.

No mesmo norte, todos os princípios abordados no presente tópico são princípios democráticos, sem os quais não há como consolidar a participação do cidadão no processo administrativo.

Dentro da concepção habermasiana, não há como se construir decisões legitimamente acertadas sem que se propicie ao cidadão participar da arena de discussão, ou seja, construir decisões de forma dialogada, em que o cidadão tome ciência e se posicione diante de problemas contextualizados que envolvam o espaço público e privado.

[...] o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garante a cada um

igual participação num processo de normatização jurídica, já garantido em seus pressupostos comunicativos.⁴⁴

Não há como se conceber democracia que não internalize a ideia de poder do povo, pelo povo e para o povo, mas não basta inserir no texto constitucional, na legislação ou mesmo na doutrina tal assertiva, urge envidar todos os esforços para conferir efetividade a esse princípio inerente ao Estado Democrático de Direito.

Na CRFB/88 tal comando está assentado logo no art. 1º, quando prescreve que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e, em seu parágrafo único, no reconhecimento pela Assembléia Nacional Constituinte, naquela oportunidade representando as aspirações democráticas do povo, que todo o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.

Portanto, o princípio da democracia eleva-se a alto grau de importância como um dos pilares que fundamentam a República Federativa do Brasil, alocando, sem qualquer sombra de dúvidas, o poder sobre seu povo. Cabendo ao diploma constitucional, bem como à legislação infraconstitucional, delinear os instrumentos para levar a cabo a democracia em todos os seus quadrantes.

O princípio da democracia possui alta relevância, pois juntamente com o princípio da dignidade humana, se encarregam de aperfeiçoar o Estado de Direito inaugurado no Estado Liberal, no período que sucede às revoluções burguesas, para transformá-lo definitivamente em Estado Democrático de Direito.

O princípio da democracia está estreitamente correlacionado com o princípio da participação, tanto que Sergio Ferraz e Adilson Dallari assim se posicionam:

Ora, somente se pode pensar em efetiva realização do princípio democrático quando (e onde) possa o administrado participar da feitura do querer administrativo, ou da sua concretização efetiva. Para tanto, imprescindível é que se assegure ao cidadão o postular junto à Administração, com a mesma coorte de garantias que lhe são deferidas no processo jurisdicional – particularmente, as certezas do contraditório, da prova, do recurso e da publicidade.⁴⁵

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. p. 146.

⁴⁵ FERRAZ, Sérgio; DALLARI Adilson Abreu. **Processo administrativo.** São Paulo-SP: Malheiros, 2007, p. 21.

Destarte, os princípios da democracia e da participação do cidadão estão numa relação de complementaridade para a consumação do Estado Democrático de Direito.

Marcos Augusto Perez suscita texto da lavra de Canotilho, explicando que o princípio democrático “implica a estruturação e processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer o controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos”.⁴⁶

A democratização da democracia acontece a passos mais lentos nos países que emergem de um longo período de desorganização da Administração Pública, desorganização essa que permitiu toda forma de abusos e personalismos na condução do poder, fomentando governos ditatoriais. Contudo, tais democracias têm uma grande oportunidade de acertar o passo e não perder o momento da evolução democrática, haja vista que a modernização dos meios de comunicação pelas mídias de rádio, televisão e rede mundial de computadores (*internet*) permite que as informações fluam com celeridade, atingindo os mais longínquos pontos do planeta.

A democratização é necessidade tão premente na atual conjuntura mundial que, através das mídias acima mencionadas, acompanha-se a mobilização de povos orientais no intuito de derrubar alguns dos últimos núcleos de governos explicitamente ditatoriais existentes na atualidade, no exato momento que o presente trabalho é redigido.

Em suma, conclui-se que a democracia, erigida incontestavelmente ao *status* de verdadeiro princípio dos Estados hodiernos e que atrai uma carga axiológica que se irradia sobre todo o sistema jurídico, em apreciação o brasileiro, traduz-se em ponto de partida e objetivo premente das sociedades atuais.

1.7.3. Princípio da cidadania

Conforme já mencionado retro o princípio da cidadania é um dos fundamentos do Estado Brasileiro, colocando o cidadão no centro do cenário jurídico e político, já que não poderia ser de outra maneira, em decorrência da visão antropocêntrica que se pretende concretizar no sistema jurídico atual.

⁴⁶ PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática.** p. 83.

Corolário do princípio da democracia o mesmo se desdobra no princípio da participação que merecerá comentários mais adiante, pois não há como conceber uma democracia que não insira o cidadão no âmbito do processo de discussão e decisões.

O princípio da cidadania chega ao estado neoliberal com nova roupagem, pois não se pode pensar o cidadão como aquele que simplesmente eleja seus representantes e depois volte à condição de súdito ou que simplesmente detenha a prerrogativa de nacionalidade, como se esta fosse um galardão incorruptível.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao fazer menção sobre o princípio da cidadania subdivide-o em dois sentidos:

[...] este princípio afirma o cidadão como protagonista político e jurídico do Estado. No sentido ativo, cabe ao cidadão definir a finalidade, o conteúdo, os limites e os instrumentos das ações de Poder Público e, no sentido passivo, a condição de beneficiário dessas ações.⁴⁷

Inobstante a expressiva citação supra, cidadania nos dias atuais há que ser vista de forma ativa, muito mais que no seu sentido passivo de mero espectador das benesses da Administração Pública, que fora tão propalada no *welfare state*, por englobar um conjunto de direitos e deveres que uma vez exercidos são capazes de inserir o cidadão no contexto jurídico, político e social.

Em um regime democrático ser cidadão é a mais ampla expressão de liberdade e igualdade, pois ser cidadão é exercitar a cidadania, de forma que esse coletivo de cidadãos manifeste verdadeiramente toda expressão de poder do Estado.

Daí a estreita vinculação entre democracia e cidadania, pois não há como um Estado ser democrático sem a efetiva participação do cidadão, participação esta que requer o exercício dos direitos e deveres decorrentes da condição de integrante da sociedade.

⁴⁷ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito administrativo.** 14^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 79.

1.7.4. Princípio da participação

A atual Carta Política do Estado já no seu art. 1º, inc. II e, também, no parágrafo único, lança a participação do cidadão na administração pública como um dos fundamentos da República.

Os princípios da cidadania e da participação estão um para o outro numa relação de complementaridade, pois não se concebe cidadania sem a efetiva participação do cidadão nas decisões administrativas.

A participação do cidadão no processo administrativo é imperativo democrático, pois não se concebe a tomada unilateral de decisões políticas em sociedades altamente complexas e plurais, como a brasileira.

Dierle José Cordeiro Nunes bem salienta a esse respeito:

A percepção democrática do direito rechaça a possibilidade de um sujeito solitário capta a percepção do bem viver em sociedades altamente plurais e complexas e, no âmbito jurídico, a aplicação do direito e/ou proferimento de provimentos, fazendo-se necessária a percepção de uma proceduralidade na qual todos os interessados possam influenciar na formação das decisões.⁴⁸

A própria Constituição Federal traz no seu texto dispositivos que permitem a participação do cidadão nas atividades administrativas, sem, contudo, exaurir tais dispositivos que são regulamentados pela legislação infraconstitucional, como mais adiante ensejará comentários.

Os dispositivos que contemplam a participação cidadã na CRFB/1988 estão no art. 5º, inc. XXXIII e XXXIV, que tratam do direito de informação perante os órgãos públicos e do direito de petição, além do inc. LV do referido artigo mencionar os direitos de ampla defesa e do contraditório, ainda, no art. 37, § 3º da Carta Magna há expressa previsão de que lei disciplinará formas de participação do cidadão na Administração Pública Direta e Indireta. Contemplando o direito de se apresentar reclamações perante o poder público sobre os serviços públicos, acesso às informações dos órgãos públicos e representação contra o exercício abusivo do poder.

⁴⁸ NUNES, Dierle José Cordeiro. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. p.203.

O professor Luis Carlos Figueira de Melo⁴⁹ faz interessante abordagem, denominando-o de princípio da participação plúrima. Contudo, é forçoso acreditar que o princípio em comento alude à participação do cidadão no processo administrativo, haja vista que os demais atores do processo administrativo são agentes representantes do Estado que, devido ao princípio da oficialidade, obrigatoriamente conduzem o processo, inclusive, em algumas oportunidades iniciando-o de ofício. Desta forma, a participação que envolve voluntarismo é a do cidadão, pois a do agente estatal é obrigatória, sob pena de omissão.

A participação do Estado no processo administrativo, além de ser um poder/dever, trata-se de participação que decorre da própria distribuição de competências quando do pacto social, oportunidade em que o povo transfere o monopólio da força e a condução dos interesses públicos a essa instituição dotada de personalidade jurídica, contudo, mantendo a titularidade originária do poder.

No magistério de Paulo Bonavides⁵⁰ o direito à democracia, no qual se insere a participação popular, é direito correspondente à quarta dimensão, juntamente com outros como o direito a informação e ao pluralismo.

A participação é direito inafastável do cidadão, sem a qual impossível a concretização da democracia e, portanto, diante de sua importância, devendo ser erigido ao *status* de verdadeiro princípio, ainda que não expresso na Carta Magna, mas que pode ser descortinado por estar implícito na mesma, juntamente com o princípio da democracia.

Depreende-se dos termos do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, que o rol dos direitos e garantias fundamentais não é estanque, ou seja, pode ser ampliado. Desta forma, é de se entender que o direito à participação está plenamente contemplado com tal permissão.

Ainda que alguns doutrinadores, dentre eles Ingo Wolfgang Sarlet,⁵¹ temam por uma vulgarização dos direitos fundamentais, caso o rol seja exagerada e desnecessariamente ampliado, acredita-se não ser o caso, devendo a participação do cidadão, devido a sua grande importância para o cenário político administrativo, ocupar lugar dentre os direitos fundamentais do cidadão, como verdadeiro princípio que inspira a participação cidadã.

⁴⁹ MELO, Luis Carlos Figueira de. *Novos paradigmas da processualidade administrativa*. p. 136.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6 ed., Porto alegre: do Advogado, 2006, pag. 63.

No direito comparado, convém dar especial atenção à Constituição da República Portuguesa de 1976 que no seu art. 267 traz explicitamente o princípio da participação.⁵²

A princípio da participação é relevante no intuito de conferir maior legitimidade às decisões decorrentes dos processos administrativos. O ordenamento jurídico pátrio prevê vários instrumentos de participação, seja a participação do cidadão como interessado, como parte, ou como integrante de grupos sociais com poder de representação, vistos mais detalhadamente no capítulo 3 deste trabalho.

A Lei 9.784 de 1.999, Lei do processo administrativo na esfera federal trata da legitimação para participar do processo administrativo no art. 9º e seus respectivos incisos, tratando da participação do cidadão com a denominação de interessado nas seguintes situações: titular de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação, aqueles que tenham direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão administrativa e as pessoas ou associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

Luísa Cristina Pinto e Netto evoca Pedro Machete que prevê uma ampliação das possibilidades de participação:

Pedro Machete destaca a tendência para o alargamento das possibilidades de participação, não se restringindo o âmbito de legitimação aos destinatários da decisão final, mas abrangendo, cada vez mais, contra-interessados, entidades defensoras de interesses difusos e até titulares de meros interesses de fato.⁵³

A importância do alargamento da participação do cidadão no processo administrativo se faz notar ainda na redação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho que assevera:

Não é por mera coincidência que nos países considerados mais democráticos fervilham as associações cívicas, e é grande a preocupação do cidadão com o

⁵² Art. 267. Estrutura da Administração. 1. A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática. [...] 5. O processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação do cidadão na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeitos. Acesso em 03/09/2011: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepubicaPortuguesa.aspx>.

⁵³ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Participação administrativa procedural: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada. p. 95.

que é comum a todos, com a “res pública”. Só a participação intensa fortalece a Democracia, o rito do voto pode muitas vezes travesti-la.⁵⁴

A necessidade de se guindar a participação ao patamar de princípio está em plena consonância com os objetivos democráticos da Novel Carta Constitucional, também conhecida como Constituição Cidadã, pois não há como se conceber uma democracia, em sua mais ampla acepção, sem mecanismos que permitam a participação do povo como fonte, vetor e destinatário de todo o poder.

1.7.5. Princípio da publicidade

O princípio da publicidade, explicitado no art. 37 da CRFB/88, é de fundamental importância para consubstanciação do processo administrativo que inclua o cidadão no cerne das decisões.

Traz consigo uma carga axiológica que implica conduzir a Administração Pública de forma mais transparente, num ambiente onde o cidadão possa saber os exatos motivos e finalidades que levaram à tomada de determinada decisão.

A prática dos diversos atos ao longo de um processo administrativo evoca a mais ampla publicidade possível, ressalvados os casos de sigilo expressamente previstos na Constituição e respectiva regulamentação infraconstitucional. Não fosse assim, permitir-se-ia uma condução das atividades administrativas de forma a permitir o arbítrio dos agentes públicos, propiciando personalismos na tomada de decisões que somente viriam em prejuízo à democracia, à cidadania e à concretização das bases do Estado Democrático de Direito. Além de macular de vícios os atos processuais ao ponto de eivá-los de ilegalidade.

O professor Luis Carlos Figueira de Melo ressalta a importância da publicidade que deve ser estendida a todos os atos não sigilosos do processo administrativo:

O matiz que a publicidade assume em face da processualidade administrativa não se limita à divulgação oficial dos atos administrativos, mas também acopla toda gama de comunicação aos interessados no processo e até resguardo sigiloso de suas fases. Pode-se afirmar que a lei federal é sintônica com o liame procedural de que se reveste a processualidade.⁵⁵

⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1972, p.32/35.

⁵⁵ MELO, Luis Carlos Figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa no Brasil**, p. 171.

Inobstante a regra ser a mais ampla publicidade, existem momentos no processo administrativo nos quais o sigilo se faz necessário, devido a limitações constitucionais, para se resguardar a imperativa lisura do processo administrativo.

Situações como aquelas previstas no art. 5º, XXXIII, da CRFB/1988, que garante o direito de receber informações pessoais dos órgãos públicos, desde que tais informações não sejam capazes de perigar a segurança da sociedade e do Estado. Caso o órgão público se negue injustificadamente a fornecer tais informações o cidadão pode lançar mãos do remédio constitucional previsto no mesmo art. 5º, LXXII da Constituição brasileira, a saber, *habeas data*, que tem inclusive gratuidade garantida no inciso LXXVII do artigo sob comento.

Existem casos específicos em processo administrativo que o sigilo resguarda a lisura e o sucesso da administração na obtenção dos fins públicos colimados pelo processo administrativo. É o que ocorre com o sigilo das propostas no processo administrativo de licitação, as propostas apresentadas nos moldes do § 3º do art. 3º da Lei 8.666/93. Outro caso de sigilo necessário e que deve ser garantido no edital de convocação é o sigilo das provas de concursos públicos para provimento de cargos públicos, até a data e hora previstas para realização da mesma.

Recentemente foram constatados graves prejuízos para a Administração Pública por quebra do sigilo das provas do Enem (Exame Nacional do Ensino Médio), comprometendo e eivando de nulidade todo o processo de avaliação dos alunos do ensino médio brasileiro.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello traz à baila comentário que merece destaque acerca do princípio da publicidade:

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.⁵⁶

No mesmo sentido do magistério do respeitável professor Bandeira de Mello, salutar o entendimento de que o princípio da publicidade se traduz na transparência dos comportamentos da Administração Pública, sem a qual impossível trazer as informações processuais necessárias

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 26^a ed., São Paulo: Malheiros, 2008. p. 114.

para que o cidadão intervenha no processo de modo a defender interesses próprios e também transindividuais, englobando aqueles que alcancem direitos coletivos e difusos.

De todo o exposto, pode-se afirmar que a publicidade é de inarredável importância para a participação do cidadão no processo administrativo, sem a qual impossível consolidar em toda sua amplitude o Estado Democrático de Direito.

1.7.6. Princípio do devido processo legal

Outro princípio que apresenta relevância no estudo da processualidade administrativa, bem como de sua relação com a participação cidadã, é o princípio do devido processo legal.

Como dantes mencionado, o devido processo legal finca raízes no advento da *Magna Charta Libertatum*, que foi dirigida ao rei João Sem Terra, em 1215, às margens do rio Tâmisa, nas proximidades de Londres, pelos barões que se insurgiram contra o despotismo com que mencionado rei governava.

A importância de tal documento atravessou os séculos e as aspirações nele contidas se irradiaram até chegar à atualidade, consolidando de uma vez por todas a exigência do devido processo legal naquelas decisões que venham a invadir a esfera das liberdades e do patrimônio dos cidadãos.

A atualidade de suas reivindicações é tão perceptível que remonta importante salientar os dizeres insculpidos no seu art. 39:

Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou posses, ou banido, ou exilado, ou destituído de sua posição, por qualquer outro modo, nem procederemos ou mandaremos proceder contra ele com força, exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra.⁵⁷

Na Inglaterra o princípio foi denominado *due process of law* a partir de 1354, em norma editada no reinado de Eduardo III, antes, tanto na Inglaterra, quanto na colônia americana

⁵⁷ A *Magna Charta Libertatum* foi um acordo assinado entre o rei João Sem Terra, A Igreja e os barões, no intuito de minimizar o despotismo decorrente do absolutismo, impondo ao rei a obediência às leis da terra, sendo o primeiro capítulo do que séculos mais tarde redundaria no constitucionalismo e no Estado de Direito.

(Estados Unidos), era denominado *law of land*. Fácil detectar o motivo da expressão lei da terra, pois é exatamente a expressão posta ao final do artigo 39 acima epigrafado.

Após esses eventos, em 1628, durante o reinado de Carlos I, visando coibir os desmandos cometidos por este, que prendera indevidamente alguns barões, o parlamento Inglês elaborou o *petition of rights*, reforçando a ideia de que ninguém poderia ser preso sem justa causa.

Seguindo o curso normal da história a cláusula foi inserida nas declarações americanas, a iniciar pela da Virgínia de 1776, que repetia a *law of land*. Na Constituição americana de 1789 o instituto não foi inserido, haja vista não constar um rol de direitos fundamentais (*Bill of rights*), contudo, a omissão foi corrigida dois anos depois, em 1791, com a quinta emenda o princípio do devido processo legal foi inserido na Constituição norte-americana.⁵⁸

Após o itinerário histórico supra o *due process of law* se propagou mundo afora e no sistema jurídico pátrio fora recepcionado com a exata designação de devido processo legal.

O devido processo legal é fator preponderante no estudo da democracia participativa, pois somente o processo que garanta a manifestação, com o respectivo contraditório e a ampla defesa, englobando a mais ampla produção de provas lícitas e acesso aos recursos no intuito de revisão das decisões administrativas, é capaz de legitimar as decisões administrativas e propiciar a participação do cidadão na condução dos interesses públicos, consolidando o Estado Democrático de Direito.

O professor Luiz Carlos Figueira de Melo assim manifesta a respeito do tema:

O código genético do modelo estatal brasileiro, como Estado Democrático de Direito, por si, já informa a garantia do devido processo legal, mesmo naqueles processos em que o *iter* procedural aparece marcado pela informalidade.⁵⁹

⁵⁸ Emenda V da Constituição dos Estados Unidos da América: “nenhuma pessoa será detida para responder por crime capital ou hediondo, a menos que apresentada ou indiciada por um grande Júri, exceto em casos levantados perante as forças terrestres ou navais, ou milícia, quando em efetivo serviço em tempo de guerra ou perigo público; nem será pessoa alguma sujeita por duas vezes à mesma ofensa, colocando em risco sua vida ou parte do corpo; nem ser compelida em qualquer caso criminal a ser testemunha contra si mesma, nem ser privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada ser tomada para uso público sem justa compensação”. Tradução de MOURA, Elizabeth Maria de . **O devido processo legal na Constituição Brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Celso Bastos editor, 2000, p.44.

⁵⁹ MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa no Brasil**, p. 149.

Neste norte, por mais simples que seja o objeto a ser realizado na condução das atividades administrativas, este pressupõe a realização do devido processo legal que, ainda que não conte com a presença do cidadão no *iter* procedural, ao menos garanta o controle das decisões administrativas, trazendo no seu bojo a motivação do *decidum*.

Corresponde a dizer que a Administração Pública não tem o poder de decidir *inaudita altera parte*, portanto, em atenção a este entendimento, sempre que o processo administrativo envolver objeto que atinja interesse do cidadão este há que apresentar oportunamente suas manifestações, além de ser cientificado de todos os atos processuais.

Celso Antônio Bandeira de Mello reconhece o princípio do devido processo legal na processualidade administrativa, inobstante trazê-lo em conjunto com o princípio da ampla defesa:

Estão aí consagrados, pois, a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe a oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito de recorrer das decisões tomadas.⁶⁰

O princípio foi contemplado no art. 5º, inc. LIV, da CRFB/1988 que dispõe que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Tal dispositivo, se analisado em conjunto com o inc. LV do mesmo artigo, que permite aos litigantes e aos acusados em processo administrativo ou judicial o contraditório e a ampla defesa, consubstancia verdadeira garantia ao cidadão, que não será expropriado de seus bens ou privado de suas liberdades sem o justo processo, evitando dessa forma arbitrariedades nas decisões do Estado.

No mesmo sentido, importante a observação de Dierle José Cordeiro Nunes, quando estende as garantias processuais às três esferas (administrativa, legislativa e judicial):

Percebe-se no, no entanto, que o processo constitui, na atualidade, uma verdadeira garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (jurisdicional, administrativo, legislativo), com o fim de

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** p. 498.

controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões.⁶¹

O devido processo legal, além de aplicável ao processo administrativo, consubstancia-se em necessidade premente de participação de todos os envolvidos na relação processual, conducente a edição de decisões mais justas e facilitando, inclusive, o controle das atividades estatais.

A garantia do devido processo legal, como se verificou em suas raízes históricas é instrumento que confere proteção às liberdades e ao patrimônio, servindo como escudo protetor contra as arbitrariedades que potencialmente possam emanar do poder público.

1.7.7. Princípios do contraditório e da ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são corolários do art. 5º, LV da Constituição Federal, como garantias aos litigantes em processo administrativo ou judicial e aos acusados em geral. Não poderia ser de outra forma, pois o contraditório e a ampla defesa são pressupostos necessários para a consubstanciação do devido processo legal visto no tópico anterior.

O devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa estão para o processo em geral em uma relação tão estreita que Bandeira de Mello tratou dos três princípios em um mesmo título, como princípio do devido processo legal e da ampla defesa.

No presente trabalho a preferência é dar o destaque que cada um desses princípios merece, separadamente, pois apesar de estarem condensados sob um mesmo subtítulo, contraditório e ampla defesa têm vida própria e se relacionam com estreiteza.

O princípio do contraditório, como a própria nomenclatura induz, diz respeito a oposição contrária àquela apresentada no processo que dá ensejo ao litígio ou acusação. É cediço que o contraditório não está presente em todos os processos administrativos, pois há aqueles que tramitam livremente até o proferimento do ato final, não configurando litígio.

⁶¹ NUNES, Dierle José Cordeiro. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais, p. 209.

Entretanto, havendo posições contrárias quanto a determinado objeto de um processo administrativo, o cidadão poderá utilizar de seus argumentos contraditórios, através de manifestação oportuna no processo, que deverão obrigatoriamente ser apreciados e sobre as quais a autoridade competente para decidir o processo deverá proferir decisão fundamentada.

O contraditório se concretiza em verdadeiro debate endoprocessual típico dos regimes democráticos, nos exatos dizeres de Nunes:

Nos regimes democráticos, o processo estrutura, mediante o debate endoprocessual, a forma e o conteúdo das decisões e, por conseguinte, seu controle, mediante a implementação de técnica de direitos fundamentais em perspectiva dinâmica.⁶²

O alegado debate endoprocessual está em sintonia com a concepção discursiva habermasiana, influindo decisivamente nas decisões administrativas e permitindo um controle mais eficaz das mesmas.

Já o princípio da ampla defesa propicia que o cidadão apresente no processo administrativo todos os meios probatórios lícitos, bem como impetre recursos contra aquelas decisões com as quais se insurgir.

Antes de aparecer com contornos amplos no art. 5º, LV, da vigente Carta Constitucional brasileira, o instituto só veio a ser contemplado fora da acepção de defesa em processo criminal na Constituição de 1967, no § 15 do art. 153, conforme preleciona Pontes de Miranda: “a defesa, a que alude o § 15, é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou em processo fiscal-penal ou administrativo, ou policial.”⁶³

Salienta-se que o princípio é de vital importância para as liberdades dos cidadãos, configurando ferramenta a serviço do princípio do devido processo legal, que mesmo em momentos ditoriais de regime militar foi descortinado como na citação de Pontes de Miranda supra.

⁶² NUNES, Dierle José Cordeiro. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais, p. 211.

⁶³ MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969.** 3ª ed.p. 235.

Os meios probatórios podem ser os mais variados, desde que lícitos, ou seja, provas documentais, testemunhais, periciais, provas emprestadas de outro processo administrativo ou judicial.

A Lei 9.784/1999 ao elencar os princípios do processo administrativo no art. 2º, menciona ambos os princípios sob comentário, sendo que o inciso X, do mesmo artigo, dá contornos à ampla defesa e ao contraditório em sintonia com o que dispõe o art. 5º, LV da CRFB/88.⁶⁴

O contraditório e a ampla defesa no processo administrativo são instrumentos que possibilitam a efetiva participação do cidadão no *iter processual* que conduz a decisões mais ajustadas, que é a verdadeira finalidade pública de um devido processo legal que assegure a atuação do cidadão na defesa de interesses particulares, coletivos ou difusos.

1.7.8. Princípio do informalismo moderado

O informalismo moderado, traduzido na simplicidade das formas é princípio do processo administrativo que significa, em suma, que este não exige formas rígidas, sacramentais, para sua instauração, instrução e decisão, a não ser quando a lei assim o exigir.

José dos Santos Carvalho Filho, que o denomina de princípio do informalismo procedural, assim se posiciona sobre o assunto:

Como inexiste um sistema específico para o processo administrativo, várias são as leis que dispõem sobre eles. Quando essas leis traçam o rito que o processo deve obedecer, cumpre observá-lo porque a isso obriga o princípio do devido processo legal. [...] O princípio do informalismo significa que, no silêncio da lei ou de atos regulamentares, não há para o administrador a obrigação de adotar excessivo rigor na tramitação dos processos administrativos, tal como ocorre, por exemplo, nos processos judiciais.⁶⁵

⁶⁴ Art. 2º, X, da Lei 9.784/99: “garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio.”

⁶⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 24ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 899/900.

Existem divergências na doutrina sobre designação de tal princípio, sendo que alguns o designam de princípio do informalismo, como os professores Luiz Carlos Figueira de Melo⁶⁶ e Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁷, outros como princípio do formalismo moderado ou mitigado, como Odete Medauar⁶⁸, Cristiana Fortini, Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira e Tatiana Martins da Costa Camarão⁶⁹, no magistério de Carvalho Filho, como mencionado supra, denomina-se informalismo procedural e, ainda, há quem, como é o caso da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que defende a obediência à forma e aos procedimentos, ou seja, um formalismo procedural.

Informalismo não significa, nesse caso, ausência de forma; o processo administrativo é formal no sentido de que deve ser reduzido a escrito e conter documentado tudo o que ocorre no seu desenvolvimento; é informal no sentido de que não está sujeito a formas rígidas.⁷⁰

Com toda vénia que merecem os renomados publicistas que sustentam tais nomenclaturas, o que se conseguiu foi uma grande confusão no que diz respeito à designação deste princípio, que proveito nenhum traz aos meios acadêmicos e profissionais, já que cotejando todas as designações não daria para se concluir se o princípio é do informalismo ou do formalismo.

No intuito de apresentar nomenclatura que coadune com a *voluntas legis*, entende-se que o princípio que impera no processo administrativo é o do informalismo moderado, haja vista que os interessados que submetem suas pretensões à Administração Pública, quando não representados por advogados, o que ocorre na maioria das vezes, são particulares, servidores ou não, em regra destituídos de conhecimento técnico no manejo das peças processuais administrativas.

Para reforçar o entendimento explicitado, merece destaque a lição de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

O que se pretendeu demonstrar é que, dada a amplitude do direito de petição, deve ser evitado qualquer rigorismo que possa enfraquecer ou impedir seu

⁶⁶ MELO, Luis Carlos Figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa no Brasil**, p. 196.

⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 498.

⁶⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 13ª edição, São Paulo; Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 176.

⁶⁹ FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins. **Processo Administrativo: comentários à Lei nº 9784/1999**. Belo horizonte: Fórum, 2008. p. 79.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2010, p. 629.

exercício, devendo a Administração tomar como regra geral de conduta o máximo de tolerância possível, muito especialmente quando se tratar de postulações apresentadas por pessoas que não dominam as práticas ou técnicas tão familiares e simples aos integrantes do universo burocrático.⁷¹

Embora partidário das alegações supra, não se pode olvidar a advertência do Prof. Diógenes Gasparini, quando traça limites para esse informalismo, *in verbis*:

Não pode o informalismo servir de pretexto ao desleixo, com os administradores fazendo tramitar o processo sem a devida numeração, com falta de folhas, com rasuras suspeitas, enfim, sem os elementos mí nimos que possam denotar o zelo e a atenção dos órgãos administrativos para os fins do processo. Só assim o processo administrativo pode oferecer segurança e credibilidade aos administrados. Fora daí, o feito seria absolutamente inócuo.⁷²

Dessa forma, é de se entender que a vontade da lei, haja vista que após entrar em vigor a lei se desprende do legislador e passa a ter existência própria, foi no sentido de contemplar uma condução mais desburocratizada e eficiente do processo administrativo⁷³, com vistas a uma maior celeridade, culminando numa duração razoável do mesmo, sem perder de vista um mínimo de zelo e organização desejáveis, para conferir credibilidade e segurança jurídica às decisões administrativas.

Entender de outra forma seria seguir na contramão da tendência das Emendas Constitucionais 19 de 1998 que trata da reforma administrativa e 45 de 2004 que trata da reforma do judiciário. Ambas almejando maior eficiência e celeridade com duração razoável de entrega do objeto almejado pelo cidadão, ou seja, a decisão administrativa ou judicial.

Aliás, corroborando o entendimento supra, o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, acrescentado pela EC nº 45 de 2004, garante que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Menção se faz, ainda, ao artigo 22 da Lei 9.784 de 1999, Lei do Processo Administrativo na esfera Federal, aduzindo que os atos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir. O presente artigo de lei demonstra que a

⁷¹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson. **Processo administrativo**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 124-125.

⁷² GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 576.

⁷³ Dentro da concepção de administração gerencial que propicie maior eficiência administrativa, consagrada no art. 37 da CRFB/1988, com redação dada pela EC 19/1998, que elevou a eficiência ao *status* de princípio norteador da Administração Pública.

regra é o informalismo e que a adoção do formalismo fica circunscrita àqueles casos excepcionais previstos em lei.

A entender de outra forma, não seria possível conciliar acesso ao processo administrativo e a duração razoável do mesmo, advinda da EC 45 de 2004, tudo isso com a almejada eficiência que foi a tônica da EC 19 de 1998.

Por todo o exposto, advoga-se o entendimento de que o princípio que vigora no processo administrativo é o do informalismo e não o do formalismo em qualquer uma das nomenclaturas aventadas. Esse informalismo, que se configura na simplicidade das formas, suficiente para inserir o cidadão na construção das decisões administrativas, ou mesmo no controle destas, é moderado ou mitigado por aquelas situações em que a lei exige formas e procedimentos específicos.

A Administração sempre deve orientar o cidadão quando houver tais exigências legais, para facilitar o acesso do mesmo aos processos que culminem com a decisão administrativa requerida, pois a acesso do cidadão ao processo administrativo é o verdadeiro espírito do qual se reveste este importante princípio.

1.7.9. Princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva não está entre os princípios expressos da Constituição brasileira. Contudo, o mesmo figura na Lei 9.784/99, mais precisamente em seu art. 2º, IV,⁷⁴ sendo tratado em conjunto com o princípio da moralidade, com o qual tem estreita relação. Este princípio vem tomado importância depois de explicitado no Direito Civil, tomando *status* de verdadeiro princípio geral do direito.

O princípio da boa-fé objetiva tomou grande impulso no Direito Privado, no estudo do Direito das Obrigações. Contudo, é amplamente reclamado no estudo das obrigações mútuas que envolvem a relação entre Administração Pública e cidadãos.

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves lançam lume sobre a concepção de boa-fé objetiva:

⁷⁴ Lei 9784/99, art. 2º, IV; “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.”

Compreende a boa-fé objetiva um modelo ético de conduta social, verdadeiro *standard jurídico* ou regra de conduta, caracterizada por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade, correção, de modo a não se frustrar a legítima confiança da outra parte.⁷⁵

A boa-fé na condução dos interesses públicos associada ao princípio da moralidade expresso no art. 37 da CRFB/88 e no art. 2º da Lei 9.784/99, inobstante visível tendência de atribuí-la sempre ao agir do administrador público, é dever de todos os atores envolvidos no processo administrativo.

A necessidade de boa-fé está diretamente vinculada aos padrões éticos e morais que permeiam a sociedade, na qual se relacionam Estado e cidadãos, configurando verdadeiros padrões de transparência e honestidade, capazes de criar um ambiente de confiança recíproca, rechaçando de uma vez por todas a conduta antitética que se materializa na conduta utilitarista que só vise o bem estar pessoal e imediato.

Na qualidade de cláusula geral se espraia por todo o sistema jurídico pátrio e, inexoravelmente, atinge o processo administrativo, no qual não há como negar que as atuações, tanto da Administração Pública quanto dos cidadãos, devem ser pautadas na lealdade, honestidade e boa fé, no sentido de buscar a verdade real que permeia os fatos e atos conducentes à tomada de decisões político administrativas.

A boa-fé objetiva no processo administrativo tem em mira a persecução do interesse público, exigindo da Administração Pública conduta pautada na legalidade, motivação, igualdade, imparcialidade, impessoalidade e moralidade e do cidadão uma conduta solidária, cooperativa e acima de tudo honesta.

Pensar de outra forma seria seguir na contramão da evolução da processualidade administrativa, assim entendida como campo para atuação de plúrimos atores, todos responsáveis pela boa-fé objetiva no processo administrativo.

Nesse mesmo norte, digno de menção o magistério da professora Shirlei Silmara de Freitas Mello, ao abordar a lealdade processual:

Por ser o procedimento contraditório, portanto dialético, nele deve prevalecer atitude honesta, de boa índole. O fim do processo é nobre, e elevado deve ser o

⁷⁵ ROSENVALD, Nelson; FARIA, Cristiano Chaves. **Introdução ao Direito das Obrigações.** 5^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 132.

padrão comportamental nele tolerado. Obviamente não se fala de formas rebuscadas e complicadas ostentações, de aparência de regularidade. Cogita-se, ao contrário, do conteúdo ético, moral e de boa-fé dos atos em processo praticados.⁷⁶

Na relação jurídica processual deve os envolvidos envidar todos os esforços para construir soluções de forma cooperativa, sempre pautadas pelo agir honesto, leal, enfim, de boa-fé. A boa fé permeia as ações da Administração, que deve sempre motivar suas decisões de forma condizente com as razões de fato e de direito que deram origem ao processo e, por fim, à decisão administrativa. Por outro lado, os cidadãos partícipes devem fornecer todas as informações capazes de conduzir a autoridade competente a proferir decisões fundamentadas, ajustadas e condizentes com os informes carreados para o bojo do processo administrativo.

Cumpre salientar que o princípio da boa-fé, inspirador de um processo onde haja participação plural, aduz valores que retratam lealdade, honestidade, solidariedade, englobando, consequentemente, a moralidade, pois só há moralidade onde o agir esteja impregnado com mencionados valores.

1.7.10. Princípio da motivação

A motivação reflete o ônus que tem o agente público de aduzir as razões fáticas e jurídicas que levaram à produção do ato e proferimento das decisões administrativas. Segundo tal entendimento a motivação se materializa em parte integrante do processo administrativo, sem a qual ocorre vício formal.

A necessidade de motivação está intimamente ligada com a verificação da legalidade do processo administrativo, pois a explicitação dos motivos que levaram à decisão é que possibilita o cotejo da mesma com as exigências legais, permitindo tanto o controle do cidadão, através de mecanismos de participação, quanto o controle judicial do ato, com supedâneo no art. 5º, XXXV, da CRFB/1988.

Conhecer os motivos que traduzem o agir da Administração é fator de transparência e facilitador da intervenção do cidadão no processo administrativo, seja para defesa de interesses, seja para controle do ato proferido.

⁷⁶ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela cautelar no processo administrativo**, p. 54.

Apesar de alguns autores acreditarem que a motivação só é obrigatória naqueles atos que a lei o exigir, ou ainda, nos atos vinculados, não é esse o entendimento que, *data vénia*, se adota, pois a motivação deve estar presente em todas as decisões administrativas, por mais simples que sejam.

Esclarecedora a decisão da eminente desembargadora Maria Elza, trazido à baila por Fortini, Pereira e Camarão⁷⁷, da qual colaciona-se trecho que reforça o entendimento:

[...] Constitui direito do candidato, que decorre dos princípios da transparência, da motivação e da boa-fé objetiva, saber as razões que conduziram à sua reprovação. Sem o cumprimento deste direito, qual a garantia terá o candidato da lisura e da transparência do certame. Onde não há motivação, onde não há transparência, há segredo, há arbítrio, que são incompatíveis com o ideal republicano assegurado pelo texto constitucional. [...] Pensar o contrário é fazer pouco caso dos princípios republicanos que norteiam a Administração Pública. (Relatora: Maria Elza. Publicação: 23.08.2005. Disponível em www.tjmg.jus.br).

Portanto, faz-se imperiosa a motivação dos atos produzidos pela Administração Pública, no intento de coibir a produção de decisões secretas ou até mesmo que personalize interesses outros que não os interesses públicos, haja vista que o agente público não administra o que é seu, mas antes administra os interesses públicos.

Irene Patrícia Nohara assim se pronuncia acerca de tal princípio:

Conforme exposto no princípio da publicidade, numa democracia republicana há de haver mecanismos nos quais os governantes são constrangidos a prestar esclarecimentos e a responder por seus atos, sendo que se o poder emana do povo, como dispõe o art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, aquele que o exerce não pode ocultar “do povo”, verdadeiro titular do poder exercido, as linhas e justificativas dos atos estatais.⁷⁸

A motivação, que na Carta Magna está explicitada no art. 93, X, informa todo o sistema jurídico brasileiro, permitindo que as decisões do administrador público possam passar pelo crivo da legalidade e da legitimidade.

A Lei 9.784/1999 demonstra a preocupação com a motivação das decisões administrativas, sinalizando a mesma no art. 2º, parágrafo único, VII, a exigência da indicação dos pressupostos de fato e direito da decisão.

⁷⁷ FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Processo Administrativo:** comentários à Lei 9.784/1999, p. 54.

⁷⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 101.

Mais adiante a LPA⁷⁹ traz no seu artigo 50 a exigência de “indicação dos fatos e fundamentos jurídicos” dos atos.

Além do mais, a fundamentação/motivação das decisões administrativas serve de parâmetro para o condicionamento de decisões futuras, em casos semelhantes, contribuindo decisivamente com a razoabilidade das decisões administrativas e coibindo de uma vez por todas o abuso de poder.

Essa exigência foi explicitada pelo legislador que a inseriu no § 1º do art. 50 da LPA, quando menciona que a motivação pode consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que deverão fazer parte do ato. Outra característica importante que se deflui do mesmo parágrafo são as características da motivação, que deve ser explícita, clara e congruente, pois apresentar motivação ambígua, obscura e incongruente não atenderia à finalidade nobre do instituto.

A falta de motivação traz consigo indicativo de ilegalidade, pois dificulta o controle do processo administrativo pelo povo e também pelo judiciário, agredindo frontalmente os princípios da democracia e da participação, bem como o princípio da inafastabilidade do Judiciário, corolário do sistema da unidade de jurisdição adotado no Brasil, já que as decisões administrativas não têm força de coisa julgada, podendo ser reapreciadas pelo Poder Judiciário, ressalvados os direitos adquiridos.

1.7.11. Princípio da oficialidade

Epigrafado princípio está relacionado com o direito que têm os cidadãos, como destinatários do agir administrativo, da tramitação do processo até o seu exaurimento com a coisa julgada administrativa.

A oficialidade impõe à Administração Pública o dever de impulsionar o processo administrativo em todas as suas fases, respeitados o contraditório e a ampla defesa, até que seja proferida a decisão final, independente do processo ter sido iniciado de ofício ou a pedido do interessado.

⁷⁹ LPA: Lei 9.784/1.999. **Lei do Processo Administrativo federal.**

Diferentemente do processo judicial, o processo administrativo, uma vez iniciado, não depende de impulso dos cidadãos interessados, eis que esse ônus é imposto ao poder público. E o impulso oficial do processo tem como motor o fato de as decisões administrativas estarem carregadas de interesse público, sendo este indisponível.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que naqueles casos em que o processo administrativo encerra interesses exclusivos do particular, a inércia do mesmo pode acarretar o encerramento prematuro do processo.⁸⁰ Entendimento que se entende perfeitamente cabível, dentro da concepção de que ante a inércia do interessado a Administração não pode se fazer substituir ao requerente para conduzir o processo até uma decisão final que expresse somente interesses privados, pois a tônica da oficialidade é perseguir o interesse público.

O princípio da oficialidade foi contemplado no art. 2º e parágrafo único, inc. XII, preceituando o impulso de ofício do processo administrativo sem prejuízo, da atuação dos interessados. O impulso oficial do processo administrativo está relacionado com as exigências do devido processo legal e da duração razoável do processo insculpidas no art. 5º, LIV e LXXIII, respectivamente, sem olvidar a observância da ampla defesa e do contraditório.

Destarte, a importância do princípio da oficialidade no Estado Democrático de Direito está assentada no fato de que a solução de continuidade do processo administrativo não está afeta ao poder discricionário da autoridade administrativa, devendo a mesma impulsionar o processo no sentido da decisão final, sob pena de omissão e responsabilização.

⁸⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 498.

2. PROCESSO ADMINISTRATIVO

Os entes estatais (União, Distrito Federal, Estados e Municípios) são regidos hodiernamente por uma gama de princípios e regras que visam dar maior transparência, publicidade e, principalmente, moralidade aos atos administrativos em geral.

O processo administrativo, outrora de existência duvidosa, hoje é aceito como lastro necessário para os atos administrativos que do mesmo advêm. Assumindo importância maior ainda com a promulgação da novel Carta Constitucional que exige dos entes estatais maior seriedade ao lidar com a *res pública*.

Todos os atos praticados devem ser lastreados, assumindo responsabilidade sobre eles o ente estatal ou entidade administrativa, além do servidor público que os praticou, em qualquer esfera administrativa.

Ademais, os princípios norteadores da administração pública, insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal, que são: legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência, somados a outros, adicionados pela Lei 9.784/99, a saber: finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e interesse público, vieram a exigir da Administração Pública uma atenção maior ao processo administrativo como lastro dos atos por ela proferidos.

Na Carta Magna encontram-se os princípios da ampla defesa e do contraditório, no art. 5º, LV, como garantias aos litigantes em processos judiciais ou administrativos.

A esse respeito menciona o professor Luiz Carlos Figueira de Melo:

A Administração Pública, para cumprir seus fins, deve dinamizar o exercício da função pública, com respeito aos direitos dos administrados, valendo-se da processualidade como vetor garantidor desta possibilidade. Somente o processo dotado dos princípios do contraditório, ampla defesa, eficiência e os demais

elencados no ordenamento jurídico se mostra apto a sintonizar o cumprimento dos fins do Estado com a garantia de resguardo dos direitos dos administrados.⁸¹

Na mesma esteira, Robertônio dos Santos Pessoa, em seu texto Processo Administrativo, enfatiza a importância:

O processo administrativo deve observar as seguintes exigências básicas: a) publicidade do procedimento; b) direito de acesso aos autos; c) observância do contraditório e da ampla defesa, sempre que haja litigantes (CF, art. 5º, LV); d) obrigação de motivar; e) dever de decidir (ou condenação do silêncio administrativo).⁸²

Percebe-se, pela análise das citações dos autores supra, a importância dos princípios retores da Administração pública, insculpidos na Carta Magna, bem como aqueles explicitados na legislação infraconstitucional, em especial a Lei 9.784 de 1999, Lei do Processo Administrativo Federal que, adicionados aos princípios constitucionais da Administração Pública, orientam o processo administrativo.

2.1. Processo e procedimento administrativo

Sempre que se falava em “processo” vinculava-se a este instituto uma conotação de exercício da função do Poder Judiciário. Embora parte dos juristas ainda rechace a existência do processo administrativo, esse fato nos remete a debate que não implica apenas mera preferência terminológica, envolve um conjunto de estudos jurídicos onde cada jurista apresenta sua exposição de motivos para justificar a adoção de uma ou outra nomenclatura.

Os países europeus, dentre eles Portugal, Espanha, Itália e Alemanha adotam a denominação de procedimento administrativo, deixando reservada a expressão processo administrativo para aqueles que se desenrolam perante os tribunais encarregados de resolver os litígios jurídico-administrativos.⁸³

⁸¹ MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa no Brasil**. Tese de doutoramento pela UFMG, 2001.p. 51.

⁸² PESSOA, Robertônio Santos. Processo Administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, a 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2107>>. Acesso em 17 fev. 2004.

⁸³ CORREIA, José Manuel Sérvelo. Introdução à obra Participação administrativa procedural, obra de Luísa Cristina Pinto Netto, p. 13.

Em Portugal Pedro Machete⁸⁴ afirma que a CRP/1976 se encarregou de pacificar a dúvida, entendendo tratar-se de procedimento administrativo aquele desenvolvido junto à Administração no desempenho de função administrativa, tendo sido elaborado um Código de Procedimento Administrativo.

Entre os juristas nacionais tem preponderado a locução “processo administrativo” na quase unanimidade, contudo, cabe fazer menção a posicionamentos distintos.

Entre aqueles que apresentam opção pela expressão “procedimento administrativo” encontra-se Luísa Cristina Pinto e Netto, que recebe influência dos estudos decorrentes de seu doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Portanto, seguindo a tendência européia, mencionada autora assim se posiciona:

Assim, à luz da peremptoriedade da adoção da nomenclatura constitucional, reforçada por sua imprecisão técnica e pela necessidade de interpretação sistemática, importa dizer que a utilização da expressão “processo” tem levado a uma compreensão incoerente e mutilada do fenômeno da proceduralização da atividade administrativa, dando-se ênfase à feição “adversarial” e aproximando o procedimento demasiadamente do modelo processual.⁸⁵

Com todo respeito que merece a autora, se a preferência pela expressão procedimento visa evitar a feição “adversarial”, tal justificativa se torna tênu e facilmente contestável no ordenamento pátrio, tendo em vista dois motivos que a suplantam: primeiramente, não se pode sustentar que a processualidade está afeta somente às atividades judiciárias; em segundo lugar, não há mais como se conceber o processo, em qualquer de suas vertentes como ambiente adversarial, mas antes em ambiente cooperativo, em homenagem aos princípios da participação, da boa-fé objetiva e da solidariedade, como salientado no item 1.7.8 supra.

Outro posicionamento que merece apreciação é o de Bandeira de Mello, que optou por utilizar indistintamente “processo” e “procedimento” administrativo:

Quanto a nós, tendo em vista que não há pacificação sobre este tópico e que em favor milita a tradição (“procedimento”) e em favor de outra a recente terminologia legal (“processo”), daqui por diante usaremos indiferentemente uma e outra.⁸⁶

⁸⁴ MACHETE, Pedro. **A audiência dos interessados no procedimento administrativo.** 2^a ed. Lisboa: Universidade Católica, 1996, p. 55-57.

⁸⁵ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedural:** natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada, p. 57.

⁸⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo.** p. 481.

Na mesma linha de raciocínio encimada, pode-se acrescentar o entendimento que fora expressado por Calamandrei, que deu importância secundária a tal discussão, alegando que embora tenham significados técnicos diferentes uma e outra expressão poderia ser utilizada.⁸⁷

Acredita-se que a adoção pela quase unanimidade dos juristas brasileiros da locução “processo administrativo” está em consonância com a CRFB/88 e com a Lei 9.784/99, pelos motivos já esposados no presente trabalho. Some-se a tudo que dantes fora mencionado, o fato de que o direito europeu tem motivos suficientes para adotar procedimento e não processo administrativo, haja vista a existência em alguns países, como a França e em parte da Itália, por exemplo, de tribunais encarregados de julgar especificamente causas administrativas, proferindo decisões com força de coisa julgada, devido à adoção do sistema da dualidade de jurisdição.

No Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988 que estabeleceu o Estado Social e Democrático de Direito, depois reforçada pela edição da Lei 9.784 de 1.999, intitulada por alguns administrativistas como a Lei Geral do Processo Administrativo, o enfoque doutrinário do Direito Administrativo pautava-se em exaustivos estudos sobre o ato administrativo.

A partir de então os estudos se voltaram para a processualidade administrativa, haja vista que a mesma está intimamente ligada ao exercício das funções estatais dos três poderes (legislativo, Executivo e Judiciário).

A Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LIV, veio garantir uma processualidade tanto judicial quanto administrativa e, porque não dizer, legislativa, pautada no devido processo legal (*due process of law*), além de garantir no inciso LV, do mesmo artigo 5º, aos envolvidos em processos judiciais ou administrativos, o contraditório e a ampla defesa.

De fato, a partir do advento da Lei 9.784 de 1.999, vários juristas brasileiros passaram a produzir estudos sobre a processualidade administrativa. Houve divergências já que alguns defendiam a existência de meros procedimentos administrativos e não de processos administrativos.

Processo e procedimento poderiam se confundir na raiz etimológica, pois ambos têm origem no mesmo radical latino (*procédo, processus*). Entretanto, quando se trata de aplicação às

⁸⁷ CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. V. I. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A ,1941. p. 318.

ciências em geral e em especial às ciências jurídicas não há como sustentar tal tese, haja vista serem entendidos como institutos que merecem tratamento diferenciado.

Principalmente no sistema jurídico pátrio tomar processo e procedimento por sinônimos se torna insustentável, pois enquanto o artigo 22, inciso I, atribui competência privativa à União para legislar sobre processo, o art. 24, inciso XI, atribui competência concorrente à União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre procedimento em matéria processual.

Nesse sentido, importante a contribuição de Ricardo Marcondes:

Por uma regra elementar e pacificamente aceita de hermenêutica, na lei, e muito mais na Constituição, não se presumem palavras inúteis. Se o processo fosse tão-somente procedimento, o dispositivo seria inútil, pois não haveria diferença entre matéria de procedimento e matéria processual. Do dispositivo, a *contrario sensu*, não se extrai outra conclusão possível a não ser a de que: no Brasil processo e procedimento são institutos distintos.⁸⁸

Não se trata de mero erro de técnica, mas sim de manifestação clara e inequívoca de que no sistema jurídico brasileiro processo e procedimento não podem ser tratados como a mesma coisa, pois estão, como dito mais acima, numa relação de continente e conteúdo.

Hoje se torna incontestável a existência de uma processualidade administrativa com todos os procedimentos que a configurem.

2.2. Natureza jurídica do processo administrativo

As investigações sobre a natureza jurídica do processo despertaram inicialmente o interesse dos estudiosos do processo civil, que a vêm discutindo ao longo dos anos, daí a análise da aplicabilidade de tais teorias no estudo da processualidade administrativa.

Conforme aborda Ricardo Marcondes “o processo já foi considerado contrato, quase-contrato, relação jurídica, situação jurídica, entidade jurídica complexa, instituição e procedimento. Quatro dessas correntes estão, hoje, superadas.”⁸⁹

⁸⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 235: 321-381, Jan/Mar. 2004. p. 327.

⁸⁹ Idem. p. 323.

Tendo em vista que as correntes que entendiam o processo como contrato, quase-contrato, entidade jurídica complexa e instituição jurídica foram rechaçadas, por imprecisões e até mesmo pela indeterminabilidade dos termos, os estudiosos atuais têm se debruçado sobre as teorias que ainda persistem: o processo como relação jurídica, situação jurídica ou procedimento.

2.2.1. Processo como procedimento

No presente trabalho já foi afastada, no subtítulo 2.1. supra, a teoria que apresenta o processo como procedimento, pelo entendimento de tratar-se de institutos diversos, apesar de defendida pelo ministro Cesar Peluso, conforme menciona Ricardo Marcondes Martins:

O Ministro Cezar Peluso ao afastar todas as teorias sobre a natureza jurídica do processo, afirmou categoricamente: processo não é relação jurídica, nem situação jurídica, é tão só procedimento. [...] Daí o singelo conceito: “processo ou procedimento é um conjunto de atos necessários para obtenção de um produto”.⁹⁰

Não há pretensão de aprofundamento no estudo das correntes, para não desviar do foco principal do presente trabalho que é o processo administrativo como vetor de participação do cidadão nas decisões administrativas.

Convém, entretanto, assinalar que processo e procedimento estão em perfeita simbiose, pois um não existiria sem o outro, contudo, não se confundem, eis que estão numa relação de continente e conteúdo, pois o processo é um instituto mais complexo que engloba o procedimento, donde se pode dizer que este é instrumento de concretização daquele.

2.2.2. Processo como relação jurídica

É indubitavelmente a teoria mais difundida na atualidade, principalmente em função dos exaustivos estudos empreendidos por notáveis processualistas, dentre eles Oskar Von Bülow, que foi quem realmente sistematizou a teoria que conquistou notoriedade e adeptos mundo afora até aos dias de hoje.

⁹⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de Processo Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. p. 327.

A tônica da teoria de Bülow consiste em afirmar que “o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocos, ou seja, uma relação jurídica”.⁹¹

O principal contributo de tal teoria foi detectar a existência de uma ciência processual, possível de ser estudada separada do direito material.

A teoria da relação jurídica foi criada com base na teoria civilística das obrigações, dentro da propalada concepção de vínculo obrigacional que tem um sujeito ativo (credor) de um lado e um sujeito passivo (devedor) de outro.

Contudo, tal teoria não ficou tão clara quanto à figura do Estado-juiz no cenário processual devido ao fato de, na severa crítica proferida por Goldschmidt,⁹² tal atuação corresponder uma relação política entre Estado e cidadãos e não de uma relação obrigacional.

Decorrente da ideia de processo como relação jurídica alguns autores criaram teorias para as relações travadas no ambiente processual: Kohler desenvolveu a teoria linear do processo, afirmando haver no processo uma relação entre as partes, autor e réu; Hellwig e Carnelluti, entre outros, defenderam a teoria angular, segundo a qual a relação travada é entre autor-juiz-autor e réu-juiz-réu, ou seja, no processo os interesses de autor e réu sempre passarão pelo juiz-Estado; Chiovenda, Calamandrei, Liebman e outros se filiaram à teoria triangular do processo, na qual a relação processual ocorre entre autor, réu e juiz, que se vinculam reciprocamente.⁹³

É de se lembrar que a velha concepção de processo como relação jurídica, baseada na ideia derivada do direito das obrigações, fora posta em xeque na correta crítica de Goldschmidt, que entendia ser impossível aceitar a concepção de que o processo é uma obrigação.

Contudo, devido ao profícuo trabalho de autores como italiano Pietro Perlingieri, que relacionou as características das situações jurídicas e do brasileiro Cândido Rangel Dinamarco, sobre as relações jurídicas, deu-se nova acepção à ideia de relações jurídicas, inserindo a ideia de relação jurídica depreendida do direito obrigacional apenas como uma de suas espécies.

⁹¹ BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 1.

⁹² GOLDSCHIMDT, James. Direito processual Civil. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, p. 13.

⁹³ MELO, Luiz Carlos figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa no Brasil**, p.60.

Portanto, a nova concepção de relação jurídica é “o nexo que liga dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus”.⁹⁴ Concepção esta que é a prevalente no sistema jurídico brasileiro, devido a sua herança romano-germânica.

2.2.3. Processo como situação jurídica

A teoria do processo como situação jurídica é fruto de estudos de James Goldschmidt, nos quais discorda da teoria do processo como relação processual na estreita concepção decorrente das obrigações.

O autor afirma que na complexidade de um processo existem situações jurídicas diferenciadas: aos litigantes não toca nenhuma obrigação de natureza processual, que a obrigação imposta ao juiz de decidir é um dever jurídico de um agente público cumprir sua função, ou seja, decorre de uma relação política entre o Estado e seus cidadãos. Afirmando, então, que as situações jurídicas processuais não são obrigações e sim ônus.⁹⁵

Ricardo Marcondes assim explica a diferença entre ônus e obrigação, evocando aula do Ministro Cesar Peluzo:

Ônus é a posição em que se encontra determinado sujeito, chamado onerado, de obter uma vantagem prevista em lei. Para obtenção dessa vantagem, o onerado tem que adotar o comportamento exigido em pela lei. Se não o adotar, não faz jus à vantagem. [...] A obrigação também é uma situação de necessidade jurídica, pois o comportamento do sujeito passivo, a prestação, também é exigido pela lei. [...] Tanto a obrigação quanto o ônus são, assim, situações de necessidade jurídica, ambos provocam uma vantagem, mas neste a vantagem é própria, naquela é alheia.⁹⁶

A teoria da situação jurídica de Goldschmidt, como crítica à teoria da relação jurídica, contribuiu de forma decisiva para reconstrução desta teoria, como visto no tópico anterior. Inobstante, a teoria da situação jurídica não ter prevalecido, não há se negar a procedência de sua crítica que contribuiu para a evolução dos estudos científicos da processualidade.

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 117.

⁹⁵ GOLDSCHIMIDT, James. Direito processual Civil. Tradução de Lísa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, p. 13.

⁹⁶ MARTIS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. Revista de Direito Administrativo, 235, jan/mar 2004, p.325.

2.2.4. Aplicabilidade da teoria da situação jurídica ao processo administrativo

Trazer à baila as teorias que ao longo de décadas vêm causando polêmica no estudo da teoria geral do processo aduz a responsabilidade de vinculá-las à especificidade do presente estudo que envolve o processo administrativo.

Nesse mister, importante fazer alusão à construção do professor Luiz Carlos Figueira de Melo⁹⁷, em sua tese de doutoramento, quando defende que a teoria da relação jurídica não é aplicável ao processo administrativo.

O professor Figueira de Melo constrói sua tese com supedâneo principalmente na teoria do italiano Elio Fazzalari⁹⁸, sendo que este autor inicia sua visão tratando o Direito como “a realização de uma ordem de convivência”.

Partindo da ideia de Fazzalari de que o direito é o conjunto normativo dos comportamentos desejados pela sociedade, Figueira menciona o seguinte:

Assim, concebendo o ordenamento jurídico como sistema normativo vivificado pelos atos e posições dos indivíduos, em face das normas, independentemente de graduações,⁹⁹ pode-se vislumbrar o processo como estrutura inoculada neste contexto.

Consubstanciado na teoria fazzalariana, Figueira rechaça a ideia contemporânea de processo como relação jurídica, especialmente em sua aplicabilidade ao Processo Administrativo.

O professor destaca que nas relações privatísticas parte-se do princípio da liberdade de agir, sendo que as normas representam o marco de ilicitude dessa liberdade de ação e que nas relações publicísticas, que envolvem o Estado, a ideia é exatamente ao contrário, os atores envolvidos no processo têm que se submeter aos ditames normativos, devido ao princípio da legalidade, devendo os agentes estatais e demais atores envolvidos no processo administrativo agir somente nos parâmetros estipulados pela lei.

⁹⁷ MELO, Luis Carlos Figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa no Brasil.** p. 68 *et seq.*

⁹⁸ FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuais*. 8a ed. Milão: Cedam, 1994.

⁹⁹ MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa no Brasil.** p. 67.

Dessa feita, a tese se assenta na seguinte premissa:

A chamada relação jurídica não se estabelece entre pessoas, na qual um comanda e o outro obedece. No plano jurídico, o elo existe entre as normas reguladoras das condutas queridas pela sociedade. O homem posta-se diante do outro, em face da posição que encontra diante da regulamentação que emerge da norma.¹⁰⁰

E arremata o ilustre doutor Figueira de Melo:

A lei revela-se, no ordenamento jurídico, com dupla face. Para o indivíduo, paradigma na ilicitude e resguardo da liberdade; para o Poder Público, paradigma na licitude e obrigatoriedade. Fazzalari, a despeito de sua construção quase perfeita, cometeu o pecado capital de não diferenciar a norma face às atuações publicística e privatística. Nas primeiras o processo se desenvolveu como situação jurídica, e nas últimas como relação jurídica.¹⁰¹

Diante de tais considerações, entende-se que o relacionamento com o Estado pressupõe o acatamento do determinismo da lei, que cria situações diante das quais há que se posicionar tanto Estado quanto o interessado, não havendo campo para liberalidades, como há no âmbito privatístico.

Como afirmado dantes, o intuito é expor as teorias que tratam da teoria geral do processo, por isso importante ressaltar a interessante tese supra que, devido ao seu vanguardismo e relevância para o processo administrativo e até mesmo para a teoria geral do processo, deve ser propagada e submetida a juízo da comunidade acadêmica.

Inobstante a cultura brasileira e de grande parte do mundo de entender o processo como relação jurídica, está mais do que na hora de se analisar outros paradigmas da processualidade.

2.3. Conceituação de processo e procedimento administrativo

Conceituar processo é tarefa que traz polêmica para o Processo Administrativo, conforme se depreende das teorias retro mencionadas, passando pelos conceitos que guardam

¹⁰⁰ Idem, p. 68.

¹⁰¹ Ibiem, p. 82.

similitude com o processo judicial, devido ao fato de que o jurista sempre faz menção a um conjunto de atos encadeados que conduzem a uma decisão final.

Os estudiosos do assunto constroem desde conceitos restritivos como aqueles que afirmam que o verdadeiro processo administrativo é o processo disciplinar, pois é o mais completo, contendo todas as fases, até àqueles que conferem um conceito mais amplo.

O que se pretende no presente trabalho é aproximar mais o conceito das peculiaridades que permeiam o processo administrativo que, embora tenha se inspirado em alguns aspectos típicos do processo judicial, como devido processo legal, ampla defesa, contraditório, trilha caminho próprio, com procedimentos que se adequam à realidade enfrentada na condução dos interesses públicos no cotidiano administrativo.

Contudo, não se pode afirmar que existam grandes divergências na conceituação de processo administrativo, podendo se afirmar com certeza que durante longo período houve uma dúvida quanto à sua existência ou não.

Com o advento da Constituição Brasileira de 1988, bem como com as posteriores publicações das leis do processo administrativo no âmbito dos entes federativos, foram suplantadas todas aquelas afirmações que colocavam em dúvida a existência de uma processualidade administrativa.

Hely Lopes Meirelles dizia que processo “é o conjunto de atos coordenados para obtenção de decisão sobre controvérsia no âmbito judicial ou administrativo”.¹⁰²

O que demonstra um conceito mais voltado para a teoria geral do processo. Tomando o conceito supra como ponto de partida já se enfrenta o primeiro óbice para sua aceitação no Direito Administrativo, ou seja, nem todo processo administrativo cuida da solução de controvérsia, como bem salienta Di Pietro: “como nem todo processo administrativo envolve controvérsia, também se pode falar em sentido ainda mais amplo, de modo a abranger a série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração.”¹⁰³

Após a edição da Lei 9.784 de 1.999, iniciou-se uma série de estudos sobre a processualidade administrativa, com diversos autores trazendo à baila conceitos atribuídos ao

¹⁰² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 15^a ed. Atual. Pela constituição de 1988, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21^a ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 589.

processo administrativo, cabe cotejar alguns desses conceitos para deles abstrair a ideia de processo administrativo que melhor se relacione ao tema sob comento que trata da participação cidadã.

Carvalho Filho conceitua processo administrativo como: “o instrumento que formaliza a sequência ordenada de atos e de atividades do Estado e dos particulares a fim de ser produzida uma vontade final da Administração.”¹⁰⁴

Dignas de menção são as observações do professor Luis Carlos Figueira de Melo, *in verbis*:

Dizer que o processo administrativo implica uma série de atos é assinalar o óbvio, pois um caminhar para diante está a exigir uma sequência, ainda que de estrutura simples, implicando pleito de ato meramente declaratório de situação de fato e seu atendimento diante de outro ato. Por outro lado, a sequência pode implicar farta sequência de atos, como ocorre nos procedimentos punitivos e outros definidos em lei.¹⁰⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello opta por uma conceituação ampla do que venha a ser processo, como um modo de proceder pelo qual as funções do Estado são desempenhadas dentro de uma cadeia seqüencial que assegure a presença do administrado no *iter* de formação das decisões que irão afetá-lo.¹⁰⁶ Concepção essa que melhor se enquadra no presente trabalho, pois a ideia de processo administrativo deve permear a quase totalidade das ações administrativas, ressalvando-se apenas aquelas em que a urgência na adoção de medidas e tomada de decisões assim o exigir.

Entretanto, para melhor prosseguimento do presente estudo, mister se faz elucidar a diferença entre os dois conceitos.

O mestre Hely Lopes Meirelles nos traz ensinamentos sobre a diferença entre processo e procedimento:

Processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo

¹⁰⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24^a ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2010. p. 893.

¹⁰⁵ MELO, Luis Carlos Figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa no Brasil**. p. 207.

¹⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 452

de realização do processo, ou seja, o rito processual. O processo, portanto, pode realizar-se por diferentes procedimentos, consoante a natureza da questão a decidir e os objetivos da decisão.¹⁰⁷

Inobstante a diferenciação supra mencionada, reporta-se infeliz a abordagem de Hely Lopes Meirelles quando diz “Observamos, ainda, que não há processo sem procedimento, mas há procedimentos administrativos que não constituem processo, por exemplo, os de licitações e concursos.”

Ora, as licitações e os concursos são processos que possuem procedimentos específicos, abalizados por lei e edital, inclusive com a presença do contencioso quanto às decisões tomadas pela autoridade administrativa que os conduz, cabendo recursos com as razões e meios que os justifiquem.

Contudo, retomando, ainda as lições do renomado jurista supracitado, entender-se-á como processo administrativo, *lato sensu*, o que no rigor de parte da doutrina seria procedimento administrativo, com o intuito de evitar divergências terminológicas entre a teoria e a prática que somente viriam dificultar o prosseguimento do presente trabalho.

Desta feita, processo administrativo seria entendido como um complexo de situações jurídicas, com normas e ritos procedimentais próprios, direcionado teleologicamente para a edição de ato final de cunho decisório ou informativo, resguardando-se a ampla defesa e o contraditório quando houver litigantes ou acusados, com vistas ao atendimento do interesse público.

2.4. Evolução histórica do processo administrativo no Direito Comparado

A necessidade de uma processualidade administrativa finca raízes e se confunde com a própria história do direito administrativo no Brasil e no mundo.

A teoria da tripartição dos poderes, desenvolvida por Montesquieu (*L'Esprit des Lois*, 1748) impulsionou a formação do Direito Administrativo.

¹⁰⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15^a ed. Atual. Pela constituição de 1988, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

Na França, após a Revolução de 1789, as funções estatais foram tripartidas em executivas, legislativas e judiciais. Remonta desta época a criação dos tribunais administrativos, responsáveis por estruturarem um direito específico para dirimir questões entre a Administração e os administrados.

No direito comparado¹⁰⁸ percebe-se que uma preocupação com a processualidade administrativa inicia-se no último quartel do século XIX e primeiro quartel do século XX, sendo que a Espanha reivindica ser o primeiro país a possuir uma lei sobre processo administrativo, a Lei Azcarate, de 1889, inobstante ser mais de cunho material e trazer poucos artigos de matéria procedural.

Na Espanha, ainda se noticia a Lei de 17 de junho de 1958 e uma revisão ocorrida nesta em 02 de dezembro de 1963. Depois foi editada a Lei 30 de 26 de novembro de 1992 e, finalmente, a Lei 04 de 13 de janeiro de 1.999, que contém normas gerais sobre processo administrativo.

A Áustria foi a primeira a editar uma lei que tratasse reconhecidamente sobre processo administrativo, em 1925, seguida pela Checoslováquia e Polônia, ambas em 1928, depois pela Jugoslávia em 1930, todas influenciadas pela juridicidade da lei austríaca.

Sobre a importância da lei austríaca para o cenário mundial assim se posiciona o professor Luiz Carlos Figueira de Melo: “A experiência Austríaca sobre a processualidade administrativa é marcante no cenário mundial, e não pode ser ignorada pelos doutrinadores e legisladores, no tratamento da matéria.”¹⁰⁹

Nos Estados Unidos, até 1946 existia uma grande diversidade de procedimentos administrativos esparsos, neste ano a legislação foi consolidada visando conferir maior eficiência e participação mais ampla do povo na processualidade administrativa. Contudo, o rigor e excesso de formalidades fizeram com que o processo perdesse em simplicidade e, consequentemente, em celeridade. Até que em 1980 foi editada a Lei de Flexibilidade Reguladora com fins de desburocratizar o processo administrativo norteamericano. Os textos esparsos formaram o *United States Code of Administration*.

¹⁰⁸ O professor Luiz Carlos Figueira de Melo faz uma abordagem mais detalhada sobre o processo administrativo no Direito Comparado em sua tese de doutorado pela UFMG, titulada Novos paradigmas da processualidade administrativa no Brasil, p. 260-286.

¹⁰⁹ MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa no Brasil**, p. 266.

Em 1971 foi a vez da Itália, em 24 de novembro, editar a Lei 1.199 que tratava dos recursos administrativos contenciosos, editando, ainda, no mesmo ano a Lei 1.034 de 06 de dezembro, que cuidava da instauração dos Tribunais Administrativos Regionais. A Lei 241 de 07 de agosto de 1990 se revestiu do caráter de normas gerais de procedimento administrativo, dando amplitude à publicidade dos documentos administrativos.

Logo em seguida, em 1972 a Argentina editou a Lei 19.549 de 27 de abril de 1972, contendo apenas 34 artigos a lei segue uma linha de lei geral e tem um perfil moderno para processualidade administrativa, deixando para os demais entes políticos a legislação subsidiária para aplicabilidade nos seus âmbitos.

Em 1976 a Alemanha publicou a Lei do Procedimento Administrativo da República Federal da Alemanha, contudo, importante ressaltar que o livro X, que tratava da processualidade administrativa, só entrou em vigor em 1981, mas apesar de tardia, apresentou-se de grande relevância nos estudos de direito comparado e na evolução da processualidade administrativa.

Portugal, diferentemente de outros países europeus, tinha uma processualidade administrativa regulada por normas esparsas, até que em 15 de novembro de 1991, editou o Dec. Lei 442 que tratou de codificar o processo administrativo português, fruto de espera que perdurava desde a década de 60. A lei portuguesa foi influenciada pela lei alemã, além da doutrina e jurisprudência nacional, construída ao longo dos anos de espera por uma lei que retratasse a processualidade administrativa. Atualmente, Portugal tem sua codificação retratada pelo Código do Procedimento Administrativo Português, Decreto-Lei nº 06 de 31 de janeiro de 1.996.

Eis o breve histórico da evolução da legislação processual administrativa naqueles países que se destacaram no processo de positivação, importante para cotejar o desenvolvimento de uma processualidade no Brasil que, sem dúvidas, sofreu influência desse movimento de legiferação das normas processuais administrativas.

2.5. O processo administrativo nas Constituições brasileiras

No Brasil, inobstante a implantação da disciplina de Direito Administrativo ter ocorrido em 1851 nos cursos jurídicos à época existentes (Decreto 608, de 16/08/1851), até bem pouco tempo não se falava em processo administrativo.

Perpassando inicialmente pelas Cartas Constitucionais pode-se detectar a primeira menção ao processo administrativo na Constituição de 1934, mais precisamente em seu art. 169, que exigia o processo administrativo disciplinar que conferisse direito de ampla defesa ao servidor efetivo que sofresse acusação passível de demissão.¹¹⁰

Cumpre ressaltar que na CF/34 o art. 113 atinente aos direitos e garantias individuais manifesta em seu item “10” o direito de representação e petição aos poderes públicos¹¹¹ e no item “35” do mesmo artigo traços de preocupação com a processualidade administrativa, *in verbis*:

35) A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva.

A Constituição de 1937 não inova, limitando-se a insculpir no art. 156, “c”, o mesmo dispositivo sobre processo administrativo de demissão do servidor público. Repete, ainda, no item 7º do art. 122, o direito de petição aos Poderes Públicos e apresenta um retrocesso no que diz respeito a não mencionar garantias de tramitação dos processos perante os órgãos públicos, prevista na Constituição anterior.¹¹²

¹¹⁰ Art 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.

¹¹¹ Art 113, 10) É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade.

¹¹² Art. 122, 7º) o direito de representação ou petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou do interesse geral;

Art. 156, c) os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício, só poderão ser exonerados em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que sejam ouvidos e possam defender-se;

Em 1946, a Constituição repete o direito de petição às repartições públicas, no § 37 do art. 141, também a exigência de processo administrativo para demissão do servidor público, insculpida no art. 189, II, além de trazer de volta no § 36 do art. 141 a previsão de disposições sobre tramitação dos processos nas repartições públicas.¹¹³

A CF/67 não inova, trazendo em seu art. 103, II a previsão de demissão do servidor estável mediante processo administrativo e repetindo no art. 150, § 30 o direito de representação e petição aos Poderes Públicos. A EC 1/69 segue no mesmo norte.

Eis que surge a Constituição Cidadã de 1.988, fulcrada na construção de um Estado Democrático de Direito, em que o cidadão possa atuar no âmbito das decisões políticas administrativas.

A CF/88 traz em seu art. 5º, inciso LIV, o devido processo legal (*due process of law*), bem como no inciso LV do mesmo artigo, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Não se pode olvidar o § 3º do art. 37 da Constituição que também prevê a criação de instrumentos de intervenção do cidadão na condução dos serviços públicos, e isso somente é possível por intermédio do devido processo administrativo.

Da presente análise verifica-se que o processo administrativo no Brasil somente tomou maior impulso a partir da edição da Constituição de 1988, que demonstrou uma maior preocupação com a criação de mecanismos de intervenção e controle no agir administrativo, necessários para concretização de uma democracia participativa.

2.6. Legislação sobre processo administrativo no Brasil

Apesar de há muito perceber-se a necessidade de uma legislação que viesse abalizar e sistematizar o processo administrativo em seus diversos procedimentos, pouco trabalho teórico vinha sendo produzido para impulsionar a iniciativa legislativa tanto na esfera da União, quanto dos Estados e Municípios.

¹¹³ Art. 141, § 36 - A lei assegurará: I - o rápido andamento dos processos nas repartições públicas; II - a ciência aos interessados dos despachos e das informações a que eles se refiram; III - a expedição das certidões requeridas para defesa de direito; IV - a expedição das certidões requeridas para esclarecimento de negócios administrativos, salvo se o interesse público impuser sigilo.

No cenário nacional, cabe registrar a existência de leis anteriores à Lei 9784 de 1.999, que versam sobre a matéria, a exemplo da Lei Complementar nº 33, de 26/12/1996, que trata do Código de Organização e de Procedimento da Administração Pública do Estado de Sergipe, bem como a Lei nº 10.177 de 30/12/1.998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo. Observe-se que a lei paulista antecede a federal em apenas trinta dias.

Com o advento da Lei do Processo Administrativo Federal (lei 9.784/99), que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal Direta e Indireta, despertou-se o interesse de alguns estudiosos pelo assunto.

Após a edição da Lei do Processo Administrativo, todos os Estados, precedidos pelos de Pernambuco, que editou a Lei Est. 11.781 de 06/06/2000, Alagoas, que editou a Lei Est. nº 6.161 de 26/06/2000, Goiás, com a Lei Est. nº 13.800 de 18/01/2001, Minas Gerais que editou a Lei Est. 14.184 de 31/0/2002 e Mato Grosso que editou a Lei Est. 7.692 de 1º/06/2002, também editaram leis estaduais que regulam o processo no âmbito de suas administrações.

Cabe aos demais entes federativos seguir os exemplos supracitados, e editar leis que venham a regular o processo administrativo no seio de suas administrações, isto devido à autonomia administrativa, às proporções continentais, bem como à discrepante realidade de costumes e distribuição de renda entre as várias regiões brasileiras.

O processo administrativo no cenário nacional advém da necessidade de legitimação do exercício do poder da Administração, bem como da necessidade de garantia dos direitos dos cidadãos e salvaguarda da supremacia do interesse público, tudo voltado para a necessária concretização do Estado Democrático de Direito.

Há quem defenda a formulação de uma teoria geral do processo administrativo, já que tais processos sujeitam-se a princípios universais, chegando até mesmo a mencionar que a Lei 9.784/99, atualmente, incumbe-se de cumprir este papel.

A este respeito menciona Figueira de Melo:

A Legislação processual brasileira - lei 9.784/99 - contém o perfil e os elementos necessários à sua adoção como norma de âmbito nacional. Contudo,

a timidez do legislador impediu sua concretude abrangente, ficando restrita à regência do exercício funcional da União.¹¹⁴

Na concepção da hermenêutica jurídica há que se buscar a *voluntas legis*, não somente a *voluntas legislatoris*, sob pena de empobrecer a interpretação e aplicação do Direito. Destarte, entendem renomados hermeneutas que quando uma lei é publicada ela se desprende do legislador e adquire vida própria,¹¹⁵ podendo dizer mais que o legislador queria. Por tudo isso, é que a Lei 9.784/99, apesar de adotada como federal, segue sua missão de farol para a criação das leis do processo administrativo dos demais entes federativos, e mais que isso irradiando valores sobre o processo administrativo brasileiro, através de seus princípios e regras de caráter geral.

Se por um acanhamento do legislador não recebera atributo de lei nacional, segue cumprindo sua missão como inspiradora dos diplomas legais dos demais entes federativos.

¹¹⁴ MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa no Brasil**, p. 292.

¹¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 23.

3. PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A participação do cidadão no processo administrativo, como repetidas vezes mencionado no presente trabalho, é imperativo de concretização do ideal brasileiro de construção de um Estado Democrático de Direito.

Devido ao caráter, na maior parte das vezes, público do processo administrativo, há situações em que o cidadão irá participar efetivamente do mesmo, nele realizando atos, e outras vezes em que este irá participar como consultado (audiências e consultas públicas) ou até mesmo "fiscal", visando verificar a legalidade e moralidade entre outros princípios que norteiam o processo administrativo.

O professor Paulo Modesto assim menciona em seu texto: *Participação Popular na Administração Pública: Mecanismos de operacionalização*: "A participação administrativa, ou a participação no âmbito da administração pública, considerando este sentido amplo, corresponde a todas as formas de interferência de terceiros na realização da função administrativa do Estado".

¹¹⁶

O entendimento exposto pelo professor Paulo Modesto, analisado em comparação com o disposto no artigo 9º da lei 9.784 de 1999, Lei do Processo administrativo no âmbito federal, que trata dos interessados no processo administrativo, nos induz a classificar a participação do cidadão em pelo menos três versões.

Daí pode-se inferir que a participação do cidadão no processo administrativo se dará das seguintes formas: 1. O cidadão como parte no processo administrativo; 2. O cidadão como terceiro interessado no processo administrativo; 3. O cidadão como integrante de grupos sociais nacionais com poderes de representação.

¹¹⁶ MODESTO, Paulo. *Participação popular na administração pública. Mecanismos de operacionalização*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Acesso em 11 maio 2010.

3.1. O cidadão como parte no processo administrativo

Existem vários processos administrativos nos quais a administração pública figura em um pólo e o cidadão no outro. Nestes casos o cidadão irá exercer o direito subjetivo na defesa de interesses exclusivamente privados, havendo o interesse público de um lado muitas vezes resistido pelo interesse privado do outro.

Nesse mesmo sentido o inciso I do art. 9º da LPA, assim preconiza: “I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação”.

Exemplos destes são os processos de desapropriação, imposições de multas e processos disciplinares contra servidores públicos.

Apesar de a Lei 9.784/99 ter utilizado, no art. 9º, a expressão interessados e não ter mencionado a participação como parte, percebe-se que o legislador reconhece a situação de parte do cidadão, quando na redação do art. 58, I, da Lei 9.784 menciona “os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo.

3.2. O cidadão como terceiro interessado no processo administrativo

O artigo 9º, II da Lei 9.784 de 1.999, expressa a participação do cidadão como terceiro interessado nos seguintes termos: “aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada”.

Isto se deve ao fato de que existem processos administrativos nos quais o cidadão, inobstante não ser parte atuante desde o início do processo, pode ter direitos posteriormente afetados pela decisão a ser adotada, podendo, ainda, ser terceiro interessado quando o mesmo diligenciar como verdadeiro fiscal da lei e arauto dos princípios que regem o processo administrativo, nos moldes legais.

Tal participação se dará através de petição, representação, denúncia pública, consulta ou audiência pública ou mesmo de recurso administrativo, previsto em lei, no qual o terceiro interessado arguirá decisões que venham a perigar direitos individuais e até mesmo

transindividuais; denunciará os vícios do processo, devendo a Administração Pública convalidar, caso seja possível, ou mesmo declarar nulo o mesmo no todo ou em parte.

Exemplo típico de participação do cidadão como terceiro interessado é o acesso às contas públicas municipais, previsto no § 3º do artigo 31 da CF de 1988, que será mencionado em tópico específico.

3.3. O cidadão como integrante de grupos sociais nacionais com poderes de representação

Outra forma de representatividade do cidadão é a participação de grupos sociais organizados, com poderes de representação, como sindicatos, associações, conselhos profissionais, ONG's, partidos políticos dentre outros.

Os incisos III e IV do artigo 9º da LPA tratam da participação do cidadão como integrante de tais entidades com poderes de representação, na defesa de interesses transindividuais, atingindo interesses coletivos, entendidos aqueles de grupos identificáveis de pessoas com mesmos interesses e até mesmo difusos, compartilhados por pessoas indetermináveis, unidas por laame fático.

Podem participar através de consulta pública antes da tomada de decisão em matéria de interesse geral ou mesmo de interesse do grupo ao qual representam, integrando colegiados públicos para tomada de decisões de interesse geral ou do grupo que representam, ou mesmo apresentando requerimentos, representações, denúncias, etc.

Nesse entendimento, na tutela dos interesses particulares e/ou sociais, os cidadãos podem lançar mão a vários instrumentos processuais tanto administrativos quanto judiciais ou expedientes administrativos, alguns tutelados no próprio texto constitucional e outros na legislação infraconstitucional.

3.4. Participação cidadã no direito comparado

O direito comparado tem contemplado dispositivos no firme propósito de implementar a participação do cidadão no cenário das decisões administrativas, por ser imperativo de

consolidação das democracias hodiernas, já que não se concebe mais a tomada de decisões unilaterais pelo Estado que manteriam o povo na inquietante condição de súdito.

No intuito de aquilatar tal preocupação no cenário mundial necessário salientar alguns exemplos de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que conduzem o cidadão à arena de discussões, sem a pretensão de exaurir os tema que devido à extensão merece estudos apartados.

Iniciando pela França, a Constituição de 1.958 no art. 72, com redação dada pela Emenda de 28/10/1962 alega que as coletividades, assim entendidas as comunas (municípios), os departamentos e os territórios de ultramar, têm autonomia administrativa exercida através de conselhos eleitos.

A República Portuguesa erigiu a princípio fundamental a participação do cidadão, insculpida no art. 267, nº 1 e no 268, nº 1,¹¹⁷ da Constituição, aduzindo o direito de informação do cidadão sobre com respeito aos processos administrativos, ratificando o princípio da participação do procedimento administrativo no art. 8º do Código de Procedimento Administrativo Português.

A Constituição da Itália prevê a participação do cidadão no seu art. 3º, dispondo que compete aos poderes públicos “facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política”. O art. 23 assegura a participação dos cidadãos nos assuntos políticos. Na legislação

infraconstitucional a Lei nº 7/95 que regula as Bases do Regime Local assegura a participação dos cidadãos na gestão dos Municípios.¹¹⁸

A Constituição espanhola de 1.978 contempla a participação no seu art. 9º,¹¹⁹ sofrendo influência do art. 3º da Constituição Italiana, contemplando, ainda, no art. 23, a participação do cidadão nos assuntos políticos.¹²⁰

¹¹⁷ **Artigo 267.º, 1.** A Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva, designadamente por intermédio de associações públicas, organizações de moradores e outras formas de representação democrática.

Artigo 268.º, 1. Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas.

¹¹⁸ SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito administrativo de participação:** cidadania, Direito, Estado, Município. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 140.

¹¹⁹ Artículo 9, 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la Igualdad del Individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o

A Constituição da Argentina prevê no seu art. 43 o direito do cidadão peticionar contra atos ilegais ou arbitrários das autoridades públicas. Prevê, ainda, no art. 86 a figura do *defensor del pueblo*, que corresponderia a um ouvidor no Brasil, ou mesmo à figura do *ombudsman*. Contudo, o marco na legislação Argentina é a sua lei de procedimento administrativo, que se trata da Ley 19.549 de 27/04/1972, que em resumidos 34 artigos traz uma normatização moderna e condizente com os ideais democráticos de participação do cidadão.

Destaca-se a legislação dos países acima mencionados ante a importância como paradigma da processualidade administrativa que contemple a participação do cidadão. Países outros também editaram suas leis de processo ou procedimento administrativo, porque esta é uma tendência mundial.

3.5. Classificação da participação do cidadão

Vários doutrinadores, nacionais e estrangeiros têm feito propostas para classificação dos instrumentos de participação do cidadão no processo administrativo, algumas mais simples e outras mais diversificadas.

Canotilho¹²¹ classifica a participação em: a) vinculante: que tem o condão de influenciar a decisão; b) não vinculante: cuja participação tem caráter meramente informativo e c) vinculante e autônoma: nos casos de autogestão.

Duarte, baseando-se na relação jurídica classifica em: a) participação interna: que se desenvolve no interior da Administração; b) participação externa: que corresponde à intervenção do cidadão ou de grupos sociais; e c) participação interorgânica: que ocorre entre órgãos e pessoas coletivas públicas diferenciadas.

Garcia de Enterriá classifica os institutos de participação em: a) participação orgânica: com o cidadão integrando órgãos da administração, como por exemplo conselhos; b) participação funcional: quando exerce funções administrativas sem perder seu caráter privado; c) participação cooperativa: persegue por atividade privada um objetivo de interesse geral.

difículten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

¹²⁰ Artículo 23, 1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

¹²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. p. 426 e 427.

No Brasil, Di Pietro classifica em: a) formas de participação direta: que incluem o direito de ser ouvido; b) formas de participação indireta: como órgãos de consulta, ouvidoria, e pelo Poder Judiciário.¹²²

Marcos Augusto Perez apresenta a seguinte classificação:¹²³

1) Quanto à força vinculante:

- a) Institutos de participação vinculante, ou de gestão participativa, ou de vinculação decisional (v.g. consulta pública);
- b) Institutos de participação não vinculante, ou institutos de técnica consultiva, ou de simples influência (v.g. consulta pública);
- c) Institutos de participação autônoma e vinculante (v.g. organizações sociais).

2) Quanto à condição pessoal ou o status do administrado que participa do processo decisório:

- a) Institutos de participação interna (excepcionais, com participação exclusiva de servidores);
- b) Institutos de participação externa (a maioria, admitem a participação de particulares no processo decisório).

3) Quanto à posição do administrado em face da Administração:

- a) Institutos de participação orgânica (conselhos, comissões, comitês);
- b) Institutos de participação funcional (consultas e audiências públicas, referendo);
- c) Institutos de participação cooperativa (organizações sociais).

4) Quanto à natureza *jus-política* da decisão:

- a) Institutos de participação em decisões concretas ou individualizáveis;

¹²² PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática:** Institutos de participação popular na Administração Pública. p. 129

¹²³ Idem, p. 132.

b) Institutos de participação em decisões normativas ou não individualizáveis.

5) Quanto à natureza da participação:

a) Institutos de participação direta, ou de democracia direta;

b) Institutos de participação indireta, ou de democracia representativa.

6) Quanto ao tipo , do procedimento adotado:

a) Institutos de mera ampliação do direito de informação do administrado (audiências públicas);

b) Institutos de consulta direta à sociedade (referendo);

c) Institutos de concerto ou negociação (conselhos deliberativos, organizações sociais).

Convém salientar a classificação proposta pro Fabiana de Menezes Soares que classifica em:¹²⁴

a) Participação na fase preparatória;

b) Participação na fase de decisão.

Vários outros autores apresentam suas classificações, mormente, apresenta-se abaixo proposta própria de classificação, sem deixar de manifestar vênia às classificações dos renomados publicistas supracitados.

Após a breve análise supra, importa classificar a participação do cidadão quanto aos seguintes critérios:

1- Quanto aos sujetos:

a) Individual, que se subdivide em:

a1) Participação como parte: situação em que o cidadão atua na defesa de direitos subjetivos. Exemplo: processo administrativo disciplinar; processo administrativo de lançamento tributário, processo administrativo de imposição de multa de trânsito.

¹²⁴ SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de participação.** p. 153

a2) Participação como interessado: quando o cidadão atua como terceiro interessado, na defesa do interesse público. Exemplo: impugnação de edital de licitação.

b) Coletiva: integrando grupos sociais com poderes de representatividade.

2- Quanto ao momento:

a) Intervenção: que ocorre no transcurso do processo administrativo, interferindo ou não na decisão administrativa (defesa, impugnação, recurso, audiência pública ou consulta pública).

b) Controle: que pode ocorrer tanto no curso do processo, quanto após sua decisão final (impugnação de editais, petições de anulação de decisão por ilegalidade, representações ao TCU ou ao Ministério Público).

3) Quanto à natureza da participação:

a) Direta: que é a intervenção direta do cidadão no processo administrativo, sem necessidade de intermediação de órgãos ou agentes públicos (requerimentos, defesas, recursos);

b) Indireta: que demanda o instituto da representação ou mesmo a intermediação de órgãos ou agentes públicos para o controle das decisões administrativas (representação aos Tribunais de Contas, representação ao Ministério Público, Ouvidorias).

4) Quanto aos instrumentos:

a) Instrumentos administrativos: instrumentos capazes de intervir e influenciar nas decisões administrativas, endereçados diretamente aos órgãos públicos que conduzem o processo administrativo. (requerimentos, recursos administrativos, reclamações e representações).

b) Instrumentos judiciais: ações intentadas perante o Poder Judiciário no sentido de efetivar o controle de legalidade das decisões administrativas (mandado de segurança, *habeas data*, ação popular, ação civil pública, ação anulatória de ato administrativo).

5) Quanto à força vinculante:

a) Vinculantes: instrumentos capazes de vincular a decisão administrativa (decisões tomadas por conselhos deliberativos).

b) Não vinculantes: aquelas intervenções de caráter meramente informativo (como audiências e consultas públicas).

No intento de apresentar alguns dos variados instrumentos de participação do cidadão no processo administrativo, entendemos relevante classificá-los em: 1) instrumentos de intervenção ou participação direta e; 2) instrumentos de controle ou participação indireta; sendo que este último se subdivide, ainda, em: 2.1) instrumentos administrativos de controle e 2.2) instrumentos judiciais de controle.

3.6. Instrumentos de intervenção ou de participação direta

Compreende-se como tal a participação efetiva do cidadão no processo de formação das decisões administrativas. Nessa modalidade o cidadão irá intervir por si próprio no processo de tomada de decisões da Administração Pública (ainda que constituindo advogado), seja como parte interessada, seja como consultado, algumas vezes com intervenções verbais que serão reduzidas a termo em instrumento próprio, outras vezes apresentando petições que deverão ser apreciadas e respondidas nos prazos especificados pela legislação pertinente.

Abaixo, os principais instrumentos de intervenção ou participação direta dos cidadãos no processo administrativo.

3.6.1. Pedido de informação.

O inciso XXXIII, do art. 5º da CF/88 assim preconiza: “Todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Inobstante ser a participação direito fundamental do cidadão, não há como exercê-la com amplitude se os órgãos públicos atuarem de forma a praticarem atos secretos, ou ainda, se recusarem a prestar informações necessárias para que o cidadão defenda interesses próprios, coletivos ou difusos, ressalvadas as situações de imperativo sigilo.

Interessante entendimento é aventado por Pedro Lenza, quando colaciona decisão do Ministro Gilmar Mendes nos seguintes termos:

1. A constituição afasta de pronto o caráter sigiloso das decisões administrativas, em primeiro lugar porque a todos é assegurado o direito de exigir do órgão público o esclarecimento de situação de interesse pessoal, além do que é assegurada qualquer informação que seja do exclusivo interesse do cidadão, salvo quando o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado... A possibilidade de interpretação errônea de dados psicológicos, eis que a Psicologia não é uma ciência absoluta em termos de fixação dos aspectos inerentes à personalidade e condições emocionais do indivíduo, não permite a ausência de possibilidade de reapreciação dos atos administrativos.¹²⁵

Há quem dirija pertinentes críticas à limitação na prestação de informações de caráter pessoal ao argumento de perigar a segurança do Estado e da sociedade, eis que são termos jurídicos indeterminados, o que permitiria toda sorte de arbitrariedades escondidas sob seus mantos.

Nesse norte, entendimento de Alexandre de Moraes:

A possibilidade de negar ao próprio impetrante todas ou algumas informações pessoais, alegando-se sigilo em virtude da imprescindibilidade à segurança da Sociedade ou do Estado é inadmissível, pois o direito de manter determinados dados sigilosos direcionam-se a terceiros que estariam, em virtude da segurança social ou do Estado, impedido de conhecê-los, e não ao próprio impetrante, que é o verdadeiro objeto dessas informações [...].¹²⁶

Tais informações serão garantidas através do direito de petição que será analisada no tópico subsequente. Caso seja desrespeitado o presente direito a Constituição prevê remédio constitucional, o *habeas data*, que será apreciado em tópico específico, no estudo sobre a participação indireta por via judicial.

3.6.2. Petição aos poderes públicos.

O inciso XXXIV, alínea “a”, do art. 5º da CF/88, garante a todos o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, independentemente do pagamento de taxa. Cabe ressaltar que tanto o direito de petição quanto o

¹²⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 689.

¹²⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 280.

de pedido de informação obrigatoriamente têm que ser analisados e respondidos ao cidadão nos prazos estabelecidos em lei.

O direito de petição tem sua primeira referência na idade média (1215) com o *right of petition*, mencionado novamente em 1628 com a *Petition of Rights*, apresentada ao parlamento e aceita, não sem resistência, pelo Rei Carlos I, como imposição de limites à autoridade do Rei, especialmente no que diz respeito ao controle do exército.

Aparece ainda no *Bill of rights* (1689) e na Constituição Francesa de 1791, § 3º do título I: “*La liberte d'adresser aux autorités constituées des pétitions signées individuellement*”.¹²⁷

A primeira menção no Brasil foi na Constituição de 1822, art. 179, § 30, “todo cidadão poderá apresentar, por escrito, ao Poder Legislativo e ao Executivo reclamações, queixas ou petições e até expor qualquer infração da Constituição, requerendo perante a competente autoridade a efetiva responsabilidade aos infratores”.

O constitucionalista Alexandre de Morais assim preleciona:

O direito de petição possui eficácia constitucional, obrigando as autoridades públicas endereçadas ao recebimento, exame e, se necessário for, à resposta em prazo razoável, sob pena de configurar-se violação ao direito líquido e certo do peticionário, sanável por intermédio de mandado de segurança.¹²⁸

O direito de petição relaciona-se estreitamente com o princípio da informalidade, pois não é concebível a existência de exigências de caráter formalístico que criem um muro intransponível para o cidadão quando pretenda aviar suas pretensões aos órgãos públicos.

Pertinentes as considerações de Nohara e Marrara:

Viola, portanto, o espírito da lei a situação na qual a autoridade competente nega conhecimento ou prosseguimento de requerimento ou recurso administrativo com base em formalidades não essenciais, dificultando o exercício de direitos dos administrados.¹²⁹

¹²⁷ A liberdade de endereçar às autoridades constituídas petições assinadas individualmente. (Tradução livre do autor).

¹²⁸ MORAIS, Alexandre de. Direito constitucional administrativo. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 272.

¹²⁹ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo:** Lei 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009. p. 95.

O direito de petição pode ser manejado por pessoa jurídica ou física, individual ou conjuntamente, quando envolver interesse de apenas um indivíduo ou de mais de uma pessoa, respectivamente, em ambos os casos tendo direito os cidadãos a verem suas pretensões analisadas e respondidas no tempo determinado pela lei ou, quando não houver expressa previsão legal, em tempo razoável.

3.6.3. Obtenção de certidões.

O art. 5º, inciso XXXIV, alínea “b” da CF/88, garante a todos, independentemente do pagamento de taxas, obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal.

O direito de obter certidões, ressalvados os casos de sigilo previstos na própria Constituição, mais que um direito do cidadão torna-se uma obrigação para a Administração Pública. Para conferir maior segurança a esse direito foi editada a Lei 9.051 de 1995, que logo no seu artigo 1º estabelece que as certidões para defesa e esclarecimentos de situações, requeridas aos órgãos da administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão ser expedidas no prazo improrrogável de 15 dias, contado do registro do pedido no órgão expedidor. E prossegue no artigo 2º que os interessados deverão constar esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido.

O intuito do art. 2º da lei 9.501/95 é, visivelmente, o de evitar conduta abusiva dos indivíduos, contudo, dentro da concepção em que se inseriu tal direito na constituição, não caberia à lei criar mecanismos de restrição à sua amplitude, conduta essa que colide frontalmente com os princípios da publicidade e da informalidade.

Consonante ao entendimento supra esposado assim se posiciona Carvalho Filho:

Não se pode esquecer que as certidões revelam a expressão do princípio da publicidade na Administração (art. 37, *caput* da CF) e sua obtenção configura-se como um dos direitos fundamentais dos indivíduos em defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, “b”, da CF).¹³⁰

¹³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 129.

Caso não seja atendido no seu intento, à exceção das situações previstas no inciso XXXIII do art. 5º da CF/88, a saber, aquelas em que o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, pode o interessado manejar, ainda, o devido *habeas data* que será mencionado em tópico específico como controle judicial.

3.6.4. Exame e apreciação das contas públicas municipais

O § 3º do artigo 31 da CF/88 prevê que as contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

No exercício do direito de análise das contas públicas, qualquer cidadão que detectar irregularidades poderá solicitar esclarecimentos ao Poder Público Municipal, utilizando o direito de petição bem como, detectada a gravidade da irregularidade poderá representar perante o Tribunal de Contas do respectivo Estado, o qual tomará as providências cabíveis para apuração das irregularidades apontadas.

Ainda que as contas tenham sido aprovadas pelo legislativo municipal, tal fato não tem o condão de afastar o direito do povo, verdadeiro titular do poder soberano, de apreciar as contas públicas. Caso as contas não sejam disponibilizadas considerar-se-á verdadeira omissão do Poder Público, passível de responsabilização.

3.6.5. Reclamação administrativa

Trata-se de instrumento colocado à disposição do cidadão para apresentar reclamações e oposições a atividades públicas que entenda afetar ou perigar interesses legítimos, ou mesmo apresentar reclamações sobre má prestação dos serviços públicos.

O instituto mereceu atenção no art. 37, § 3º, I da CF/88 e foi trazido ao texto constitucional por obra da EC 19/98, inspirado nos ideais de eficiência do serviço público, que está em estreita consonância com outros comandos legais, *ex vi* o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, que confere ao usuário de serviços públicos na condição de consumidor o direito de serviços públicos adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Ainda que

não houvesse menção expressa, já se consolidou como ferramenta à disposição do cidadão quando intenta levar alguma irregularidade ao conhecimento do Poder Público.

Quando o serviço público não preenche os requisitos acima mencionados, a própria Constituição determina que se criem condições para que os cidadãos possam apresentar reclamações.

Seguindo esse raciocínio, importante trazer o magistério de Diógenes Gasparini:

É oposição solene, escrita e assinada, a ato ou atividade pública que afete direitos ou interesses legítimos do reclamante. Dessa reclamações são exemplos a que impugna certo lançamento tributário e a que se opõe a determinada medida punitiva. É faculdade exercitável por pessoa física ou jurídica, que tenha direitos ou interesses legítimos afetados ou em via de afetação por ato ou atividade pública. Pode, assim, ser repressiva ou preventiva.
¹³¹

O § 3º, I, do art. 37 da CRFB/88 normatiza que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente “as reclamações relativas à prestação do serviço público em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços.”

Destarte, uma das formas do cidadão apresentar reclamações, participando diretamente do controle e melhoria dos serviços prestados pelo Estado, seja de forma centralizada ou descentralizada, é através da reclamação administrativa.

3.6.6. Participação do cidadão em colegiados de órgãos públicos e políticas setoriais

A participação do cidadão na Administração Pública é tão relevante para consolidação de uma democracia participativa e deliberativa que é contemplada em vários dispositivos constitucionais.

¹³¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1022.

O art. 10 da Carta Magna prevê que é assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos em que seus direitos profissionais ou previdenciários sejam objetos de discussão e deliberação.

Permite ao cidadão envolvido nas relações de trabalho, seja como empregador ou empregado, participar das decisões que envolvam direitos e deveres que decorram dessa relação. Evitando, com isso, que o Estado estabeleça de forma arbitrária as diretrizes que regulem direitos profissionais e previdenciários sem a efetiva participação do cidadão, na qualidade de interessado nas políticas trabalhistas.

O art. 29, XII, da CF/88, por sua vez, prevê como preceito a cooperação das associações representativas no planejamento municipal.

O artigo 187, da CF/88, prevê a participação efetiva do setor de produção na política agrícola, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, setores de comercialização, armazenagem e transportes. Cidadãos representantes de todos segmentos envolvidos no setor de produção agrícola, tendo garantida a participação nas políticas setoriais.

O artigo 194, VII, da Constituição Federal prevê a gestão quadripartite da seguridade social, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

O artigo 198, III da CF/88, prevê que uma das diretrizes que regem o sistema único de saúde, composto de uma rede regionalizada e hierarquizada, é a participação da comunidade.

O artigo 204, II da CF/88 prevê a participação da população nas políticas governamentais na área da assistência social, inclusive com utilização de recursos oriundos da seguridade social, previstos no art. 195 da Lei Maior.

O artigo 206, VI da CF/88 prevê a gestão democrática do ensino público.

O § 1º do artigo 216 da CF/88 elenca os instrumentos de proteção do patrimônio cultural brasileiro, a ser implementada pelo Poder Público com a colaboração da comunidade.

O artigo 225 da CF/88 impõe ao Poder Público e à comunidade a proteção do meio ambiente, bem como a preservação para as presentes e futuras gerações.

O § 1º do artigo 227 da CF/88 prevê que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais.

Acima, o elenco dos principais dispositivos constitucionais que prevêem a participação dos cidadãos em colegiados de órgãos públicos e nas políticas governamentais.

3.6.7. Escolha dos representantes e participação nas decisões políticas

O art. 14 da Constituição Federal de 1988 prevê que a soberania popular será exercida pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei mediante: plebiscito, referendo ou iniciativa popular.

O constitucionalista Kildare Gonçalves Carvalho corrobora esse entendimento lecionando que “os direitos políticos têm por base a liberdade-participação, traduzidas na possibilidade atribuída ao cidadão de participar do processo político, votando, sendo votado, e participando de partidos políticos, por exemplo.”¹³²

Tal participação é a verdadeira manifestação da soberania da vontade do povo, pois não existe momento onde haja soberania mais plena, do que aquele no qual o voto paritário de cada cidadão forma a vontade majoritária para decidir os destinos da condução política dos entes federativos.

Trata-se da participação decorrente de direitos políticos, correspondente ao exercício da soberania pelo titular do poder, que é o povo. Nesse sentido importante fazer menção do posicionamento de Pedro Lenza, nos seguintes termos:

Os direitos políticos nada são do que instrumentos por meio dos quais a CF garante o exercício da soberania popular, atribuindo poderes aos cidadãos para interferirem na condução da coisa pública, seja direta, seja indiretamente.¹³³

¹³² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional:** Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional positivo. 15ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009. p. 730.

¹³³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** p. 785.

A participação plena na condução política dos entes que compõem a República Federativa do Brasil pressupõe o exercício do direito de votar e ser votado, atendidas as exigências constitucionais, bem como aquelas específicas explicitadas basicamente no Código Eleitoral e na Lei das Eleições, a saber, Lei 4.737 de 1965 e Lei 9.504 de 1997, respectivamente.

3.6.8. Intervenção em processo licitatório (Lei 8.666/93)

O cidadão pode acompanhar e intervir no processo licitatório, nos moldes da lei 8666/93, arts. 4º, 7º, 39 e 41, que traçam os parâmetros dessa participação do cidadão no processo licitatório.

O art. 4º do Estatuto das Licitações prevê que qualquer cidadão pode acompanhar o desenvolvimento do processo licitatório desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir realização dos trabalhos.

O art. 7º, § 8º, da Lei 8.666/93 menciona que “qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada.”

O art. 39 da Lei Geral das Licitações e Contratos prevê que quando o valor estimado para uma licitação ou conjunto de licitações for superior a R\$ 150.000.000,00 (cento e cinqüenta milhões de reais), o processo será obrigatoriamente iniciado com uma audiência pública, com antecedência mínima de 15 dias úteis antes da data de publicação do edital, na qual poderão ter acesso às informações, bem como ao direito de se manifestar, todos os interessados.

O art. 41 prevê a possibilidade de cidadãos e licitantes, devendo aqueles apresentarem impugnação até cinco dias úteis antes da abertura dos envelopes e estes até dois dias úteis antes do mesmo evento.

Inobstante os §§ 1º e 2º do art. 41 estipularem prazos para interessados e licitantes apresentarem impugnação ao edital, acredita-se que tais prazos não de ser observados *cum grano salis*, pois é sabido que as ilegalidades detectadas em processos administrativos podem ser revistas pela Administração Pública quando chegam ao conhecimento desta, em decorrência do poder de autotutela. Deixar de analisar irregularidades ao argumento de que esvaiu-se o prazo de

alegá-las pode, mais tarde, trazer prejuízos maiores para a Administração Pública, como a anulação de todo o processo administrativo de licitação.

A esse respeito as pertinentes e respeitáveis considerações da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Tanto o § 1º como o § 2º têm caráter ordinatório da própria atividade administrativa; mas, como todo prazo estabelecido em benefício da Administração e não do servidor ou do administrado, o previsto nos referidos parágrafos também pode e deve ser relevado quando as impugnações, mesmo sendo feitas fora de prazo, sejam procedentes; razões de economia processual aconselham essa medida, pois evitará que a ilegalidade venha a ser apontada depois pelos próprios órgãos administrativos de controle ou mesmo pelos órgãos de controle externo (Tribunal de Contas e Poder judiciário). Também a vinculação ao princípio da legalidade obriga a Administração a rever seus próprios atos quando irregularidades sejam descobertas por ela mesma ou por terceiros.¹³⁴

A intervenção do cidadão no processo licitatório, seja direta ou indireta, vinculante ou não, não se esgota nos instrumentos administrativos de impugnação, instrumentos outros, até mesmo judiciais, são capazes de interferir de forma a exercer o controle de tais processos.

Irene Patrícia Nohara comunga o mesmo entendimento quando manifesta sobre a fase convocatória do processo de licitação:

Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá apresentar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação da Lei de Licitações, sendo ainda possível o ingresso do cidadão com ação popular se “no edital de concorrência (de empreitada, tarefa e concessão de serviço público) forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam seu caráter competitivo”, conforme dispõe o art. 4º, III, b, da Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65).¹³⁵

Verificado algum vício no processo o cidadão poderá utilizar instrumentos tais como: impugnação de edital no prazo de até cinco dias úteis antes da abertura dos envelopes de propostas, nos moldes do § 1º do art. 41 da Lei 8.666 de 1993; impugnação da licitação; podendo, inclusive, conforme a ilegalidade apurada, impetrar mandado de segurança ou ação popular que serão comentados no tópico sobre instrumentos de controle judicial do processo administrativo.

¹³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 398.

¹³⁵ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 337.

3.6.9. Audiência, consulta e coleta públicas como instrumentos de participação do cidadão no processo administrativo

São também instrumentos de participação do cidadão nas tomadas de decisões da administração pública as audiências, consultas e coletas públicas, nas quais o poder público colhe a opinião de integrantes da coletividade antes de ultimado o ato administrativo, no intuito de melhor fundamentar a necessidade de se praticar o ato administrativo.

Tais institutos foram contemplados nos artigos 31 e 32 da Lei 9.784 de 1.999, Lei do Processo Administrativo e são entendidos pelos doutrinadores como institutos de caráter não vinculante, consultivo ou meramente opinativo.¹³⁶

Deve-se observar que o único requisito imposto pela Lei 9.784 de 1.999 para a abertura de consulta pública foi o fato de a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, já para a audiência pública o requisito principal exige que a questão seja relevante.

Tanto a expressão “interesse geral” quanto a expressão “questão relevante” traduzem termos jurídicos indeterminados, cabendo à doutrina, jurisprudência e poder discricionário do agente público competente definir quais situações traduzem interesse geral ou questão relevante. A controvérsia fica afastada quando a própria legislação prevê situações nas quais seja obrigatório o emprego de um ou de outro instituto.

Embora parecidas uma e outra não se confundem, haja vista que ocorrem em situações e procedimentos diferentes, especificamente abalizados pelo ordenamento jurídico vigente.

A audiência pública caracteriza-se pelo debate público e pessoal entre a Administração e cidadãos ou entidades representativas da sociedade civil sobre temas de relevante interesse público, sendo que estes participantes não se confundem com os interessados, especificados no artigo 9º da LPA, pois os interessados, quando do momento processual previsto, participam da produção dos atos processuais, nada obstando que participem também da audiência pública.

Como o próprio nome remete, trata-se de audiência e, por tal motivo, ocorre em data, horário e local previamente designados, aqui se fazendo muito importante a publicidade, para que os cidadãos e entidades representativas possam tomar prévio conhecimento de sua

¹³⁶ PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática.** p. 168.

realização. Geralmente a publicação é complementada através de convite divulgado junto à coletividade.

A legislação vigente tem exigido a realização de audiência pública em várias situações que a autoridade administrativa necessite coletar informações importantes para dar supedâneo às decisões a serem tomadas.

A lei 8.666/93 que trata das licitações e contratos administrativos, prevê a realização de audiências públicas no seu art. 39, para a licitação ou conjunto de licitações que ultrapassem o valor de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), consideradas de maior vulto; A Lei 8.689/93, no seu art. 12, prevê audiência na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS).

O CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) editou a resolução 09/87 que prevê a realização de audiências públicas para projetos de obras que venham a causar impacto ambiental, o art. 2º desta resolução prevê a nulidade de licença concedida pelo Órgão Estadual sem atendimento da solicitação de audiência pública, que pode ser requerida por entidade civil, Ministério Público ou 50 ou mais cidadãos.

A Lei nº 9.427/96, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), prescreve no seu art. art. 4º, §3º, que o processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.

O art. 19 da Lei nº 9.478, de 1997, regula que "as iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP".

A Lei nº 10.257, de 2001, Estatuto das Cidades, prevê audiência pública pelo menos em três momentos distintos: art. 2º, XIII, nos casos em que empreendimentos possam afetar o meio ambiente natural ou construído ou afetar o conforto ou a segurança da população; O art. 40, § 4º, I, prevê audiências públicas para o processo de elaboração do plano diretor e a fiscalização de sua implementação e, por fim, o art. 43, II, prevê o instituto como forma de gestão democrática da cidade.

Existem outras previsões de audiência pública no exercício das funções estatais

A consulta pública, por sua vez, ocorre através de consultas feitas pelo órgão administrativo a membros da coletividade e entidades representativas, no intuito de coletar dados de opinião pública, em manifestações escritas de participantes da sociedade, em peças formais que farão parte integrante do processo administrativo que a gerou. Outra característica é que a consulta pública ocorre em um determinado prazo, pra que dê tempo dos interessados terem vista dos autos do processo e redigirem suas opiniões para no momento oportuno apresentá-las.

A principal diferença é o caráter presencial e menos formal da audiência pública, prevalecendo a oralidade, nada obstante que pontos importantes do debate sejam reduzidos a termo, enquanto que na consulta pública prevalece uma maior formalidade no procedimento de coleta dos dados e não há necessidade de reuniões dos consultados.

A legislação pátria contempla a realização de consultas públicas em vários dispositivos, dentre os quais citar-se-á os seguintes:

A Lei das Parcerias Público-Privadas em seu art. 10, VI, determina a submissão de minuta do edital e do contrato administrativo à período de consulta pública, e especifica, inclusive, os instrumentos de disponibilização de tais minutias, a saber, imprensa oficial, jornais de grande circulação e por meio eletrônico.

O Estatuto das Cidades, Lei 10.257/01, elenca entre os instrumentos de gestão democrática da cidade, no art. 43, II, a consulta pública, além da audiência pública e debates.

O art. 42 da Lei 9.472/97, que instituiu a ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica, determina que as minutias de atos normativos serão submetidas à consulta pública, através do Diário Oficial da União.

Tem se ventilado ainda uma terceira figura, a saber, a coleta pública. Fabiana Menezes traz exemplo de coleta pública realizada na Grã-Bretanha, em meados de junho de 1995:

O direito de ser ouvido ganha conotações futuristas na Grã-Bretanha. Em meados de junho de 1995, foi instalada em Londres a primeira unidade de “vídeo-reclamação” dirigida à população para receber queixas, protestos e sugestões relativas ao Poder Público. Qualquer pessoa pode utilizar a cabine situada na rua mediante a colocação de uma moeda, que dá o direito a uma fala de três minutos. [...] Uma vez por semana, o conselho de bairro recolhe as fitas de vídeo e discute as reclamações, sugestões e denúncias feitas em relação à Administração local.

Preferir-se-á o entendimento de que o instituto da coleta pública seja gênero, do qual são espécies a audiência pública, a consulta pública e a coleta pública em sentido estrito, hoje praticada principalmente pelas facilidades dos recursos de tecnologia da informação em ambientes virtuais na internet.

Nada obsta que dados sejam coletados pessoalmente através de pesquisadores, ou mesmo através de urnas colocadas em locais estratégicos, contudo, com menor potencial de abrangência que aquela feita pela internet.

Melhor seria a utilização simultânea dos vários meios para abranger maior número e diversidade de interessados.

3.7. Instrumentos de participação indireta do cidadão no processo administrativo.

Entende-se como participação indireta no processo administrativo aquelas situações nas quais o cidadão não participa direta e efetivamente do processo, contudo lança mão de instrumentos tais como denúncias, representações e ações judiciais para provocar os órgãos e autoridades competentes, no sentido de tomar providências para combater eventuais vícios detectados no processo administrativo.

Subdivide-se ainda tal participação em duas subespécies, a saber, instrumentos administrativos e instrumentos judiciais, dependendo do órgão ou autoridade a que forem endereçadas as peças que visem a instauração do processo.

3.7.1. Instrumentos administrativos de controle ou participação indireta do cidadão no processo administrativo:

Este tipo de participação remete àquelas situações nas quais o cidadão dirige petições a órgãos administrativos encarregados do controle do processo administrativo. Tais órgãos podem ser encarregados do controle interno ou externo, ou se tratarem de ouvidorias que deverão agir com autonomia e independência, para não sofrer influência na prática de seus atos.

Os instrumentos mais utilizados nessa modalidade de participação são as denúncias, reclamações, representações e manifestações.

3.7.1.1. Denúncia de irregularidades perante o Tribunal de Contas da União

O § 2º do artigo 74 da CF/88 estabelece que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União. Tal dispositivo constitucional fora reproduzido no artigo 53 da Lei 8.443 de 1992, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

Este tipo de denúncia, embora retrate verdadeira participação do cidadão no processo administrativo, há que ser vista com cautela, no intuito de se evitar perseguições políticas e promoções pessoais. Vale ressaltar que a mesma deve seguir as diretrizes traçadas para as petições administrativas, coibindo-se inclusive o anonimato.

Corolário do direito de petição, tal denúncia visa o controle da gestão do dinheiro, bens e direitos públicos. Inobstante ser iniciado pelo cidadão o controle será exercido pelo TCU nos moldes previstos na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, Lei 8.443 de 1992. Necessário destacar que o TCU é órgão auxiliar do Poder Legislativo, auxiliando o Congresso Nacional no controle das contas públicas.

O TCU tem jurisdição própria e privada, em todo território nacional, sobre pessoas e matérias sujeitas à sua competência, com larga abrangência, nos termos do artigo 5º da Lei 8.443 de 1992, sujeitando qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o artigo 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Nos Estados e Municípios o controle está a cargo dos respectivos poderes legislativos com o auxílio do Tribunal de Contas dos Estados ou dos Tribunais ou Conselhos de Contas dos Municípios, onde houver, considerando-se que a atual Carta Magna veda a criação de tribunais ou conselhos de contas municipais, nos termos do § 4º do artigo 31.

No mesmo sentido pode oferecer denúncia qualquer cidadão que analisando as contas municipais se depare com irregularidades, nos termos do § 3º do artigo 31 da Constituição Federal de 1988. Podendo ainda, o cidadão, no caso de omissão na disponibilidade das contas

por sessenta dias, em cada ano, requerer a intervenção no município por ausência das contas públicas municipais.

A participação neste caso é indireta, haja vista que embora o cidadão ofereça a denúncia cabe ao Tribunal de Contas competente analisar a denúncia e caso a mesma seja pertinente, instaurar o competente processo administrativo de controle, para julgar se as contas são regulares ou irregulares.

3.7.1.2. Direito de representação por abuso de poder (art. 1º da lei 4.898 de 1965).

A atual Constituição da República não trouxe explicitado em seu texto o direito de representação, apesar de que o mesmo esteja atrelado ao direito de petição.

A Lei 4.898 de 1965 em seu artigo 1º dispõe que “o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, contra as autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem abusos, são regulados pela presente lei”. Nesses casos a representação é encaminhada à autoridade superior, competente para instaurar o devido inquérito administrativo, para apurar os abusos e aplicar as sanções.

Importante ressaltar que por uma mesma conduta, a autoridade pode ser responsabilizada administrativa, civil e criminalmente, caso o fato configure ilícito nas três esferas.

3.7.1.3. Representação ao Ministério Público.

É de se entender que pode o cidadão, em determinadas situações, principalmente aquelas que configurem improbidade administrativa ou, ainda, em situações que possa se sentir vulnerável, intimidado ou mesmo ameaçado, optar por protocolar representação perante o Ministério Público.

Caso tal representação seja apresentada oralmente deverá ser reduzida a termo no órgão de apoio ao Ministério Público.

A Lei nº 8.625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe no art. 27, parágrafo único, inciso I, que o Ministério Público deverá receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações e dar as soluções cabíveis.

Caberá ao *Parquet* promover a investigação do ilícito civil público noticiado, dando início ao devido procedimento administrativo, ao inquérito civil, ou mesmo ingressando com a ação judicial que entender cabível quando haja indícios suficientemente fortes de procedência das alegações.

3.7.1.4. Ouvidoria, o *ombudsman* brasileiro

Outra forma do cidadão participar do processo administrativo de forma indireta é na instituição da função pública do ouvidor, que se trata de um defensor do povo. Conforme dito antes a figura de um ouvidor, defensor do povo ou *ombudsman*, como fora denominado em sua origem, na Suécia, tem se revestido de relevância e é presença cada vez mais marcante nas democracias atuais.

O papel da ouvidoria é proteger o cidadão contra a conduta abusiva da administração pública, que possa ofender ou perigar direitos e interesses, ou mesmo zelar pela solução de notícias de má prestação dos serviços públicos e má gestão da *res publicae*.

Neste sentido, o magistério de Irene Nohara, quando discorre sobre a função do ouvidor:

A ouvidoria, no geral, vincula-se à figura do ouvidor, que deita raízes no denominado *ombudsman*. Trata-se de expressão de origem nórdica (proveniente da fusão de *ombud*, que significa procurador ou representante, com *man*, isto é, homem). A atribuição de *ombudsman* foi criada na Suécia (1809) para controlar a observação das leis pelos tribunais e funcionários públicos, sendo, em suma, um representante dos cidadãos nas instituições públicas.

A ouvidoria tem instituto simétrico no direito argentino, por exemplo, na figura do *defensor del pueblo*, previsto no art. 86 da Constituição Argentina, que corresponderia à figura do *ombudsman*.

A legislação brasileira contempla a função de ouvidor do povo em alguns dispositivos, como os infracitados.

A Lei 9.472/97 dispõe no art. 8º, § 1º, que entre os órgãos da Anatel, Agência Nacional de Telecomunicações, se insere a Ouvidoria, prevendo, ainda, no art. 45 que o Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República para um mandato de dois anos, admitida uma recondução.

A Lei 9.782, que criou a Anvisa, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, também previu, no art. 9º, a existência de um Ouvidor em sua estrutura.

Mesma previsão foi inserida na Lei 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde – ANS, que inseriu na sua estrutura organizacional a figura do Ouvidor.

Cabe ressaltar a recentíssima edição, em Minas Gerais, do Decreto nº 45.722, de 6 de setembro de 2011, que regulamentou a Ouvidoria Geral do Estado, criada pela Lei Est. 15.298 de 06 de agosto de 2004. Entre as prerrogativas da Ouvidoria, prescreve o Decreto, que é órgão autônomo, vinculado ao Poder Executivo, que visa a fiscalização e o aperfeiçoamento de serviços e atividades públicas.

A Ouvidoria Geral do Estado de Minas Gerais atuará com independência e sem subordinação a nenhum dos Poderes, além de possuir autonomia financeira, administrativa, orçamentária e técnica.

Vários entes federativos e órgãos da Administração Pública já instituíram suas ouvidorias, seguindo uma tendência irreversível num Estado Democrático de Direito, que se empenha em construir uma democracia participativa.

3.7.2. Instrumentos judiciais de participação indireta do cidadão no processo administrativo.

São aqueles instrumentos que pressupõem a provocação do Poder Judiciário visando o controle dos processos administrativos. São reputados instrumentos de participação indireta haja vista que a intervenção no processo administrativo se dará pela via do controle externo por ação judicial.

Embora alguns autores não abordem tal modalidade de participação, a mesma reveste-se de importância, principalmente pelo fato do sistema administrativista brasileiro estar submetido à unidade de jurisdição e, consequentemente, todos os atos e processos administrativos estão sujeitos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Caberá ao Judiciário analisar as alegações do cidadão ou entidade com poderes de representação e julgá-las procedentes ou improcedentes, uma vez procedentes implicará medidas ulteriores visando à nulidade total ou parcial do processo administrativo eivado de nulidade, ou mesmo impondo obrigações de dar, fazer ou deixar de fazer, quando haja lesão ou ameaça de lesão a direitos do cidadão.

3.7.2.1. Mandado de segurança individual ou coletivo.

A previsão do *mandamus* aparece pela primeira vez no Direito Constitucional brasileiro na Constituição de 1934, no item 33 do artigo 113, *in verbis*:

Dar-se-á mandado de segurança pra a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessado. O mandado não prejudica ações petitórias competentes.

A vigente Constituição do Brasil prevê o mandado de segurança no artigo 5º, LXIX:

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

O mandado de segurança é o remédio previsto na Constituição no intuito de coibir lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo promovida por autoridade, inclusive autoridades administrativas.

Entende-se por direito líquido e certo aquele fácil e inequivocamente comprovado por documentação acostada aos autos do *mandamus*, sendo assim, o mandado de segurança não pode prosperar com supedâneo em frágeis alegações desprovidas de lastro probatório.

O mandado de segurança não permite a dilação probatória, daí a expressão corrente nos meios judiciais, “via estreita do *mandamus*”, pressupondo que as provas devem ser previamente produzidas e aduzidas com a exordial.

Trata-se de uma ação constitucional, de natureza civil, que consiste em requerer em juízo que se proteja direito líquido e certo que está sendo lesado ou ameaçado por autoridade pública ou agente representante de delegatária de serviço público.

Cabível tanto dos atos administrativos vinculados quanto dos discricionários, pois nestes, embora não possa o Judiciário interferir no mérito administrativo, consubstanciado em questões de conveniência ou oportunidade, pode cotejar a legalidade do ato que venha a eivá-lo de nulidade.

O prazo para impetração do mandado de segurança é de 120 dias, a contar da data que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado (artigo 18 da Lei nº 1.533 de 1951). Importante ressaltar que inexiste prazo decadencial para impetração de mandado de segurança que vise coibir omissão do Poder Público, pois nesse caso o objetivo é afastar a omissão da Administração.

A previsão do mandado de segurança coletivo está no inciso seguinte, ou seja, artigo 5º, LXX da CF/88. Tem o mesmo objeto do mandado de segurança individual e pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Permite que pessoas jurídicas defendam interesses comuns de seus membros ou associados, ou ainda da sociedade, fortalecendo e valorizando as organizações classistas.

3.7.2.2. *Habeas data* como instrumento judicial de participação indireta no processo administrativo (art. 5º, LXXII, da CF/88).

É concedido para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, servindo, ainda, para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Inobstante ter natureza constitucional, deve atender as condições da ação, surgindo o direito subjetivo do cidadão no momento em que tem sua pretensão de informação não atendida pelo órgão ou entidade de caráter público detentor das informações em seus cadastros registrais.

Destarte, não bastam meras alegações de que não teve seu direito de informação deferido, há que se apresentar com a inicial prova de ter instado a administração a apresentar tais informações sem, contudo, obter êxito.

A esse respeito, colacionamos julgado do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

a prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no habeas data. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do habeas data.
¹³⁷

Pelo entendimento supra explicitado o direito de impetrar o *habeas data* nasce do desrespeito ao direito de informação garantido constitucionalmente ao cidadão, quando as informações de cunho pessoal sejam úteis e necessárias à defesa de direitos pessoais. Sendo assim, é instrumento que permite a participação indireta do cidadão no processo administrativo, haja vista a necessidade de provação do judiciário para que a informação seja prestada.

3.7.2.3. Ação anulatória de ato administrativo.

Determinados atos administrativos, supostamente produzidos com vício de legalidade, algumas vezes são combatidos na esfera administrativa sem que o interessado obtenha êxito em sua pretensão, ou seja, não consegue a invalidação de tal ato na via administrativa.

É cediço que no processo administrativo brasileiro impera a unidade de jurisdição, a saber, a inafastabilidade do judiciário em casos de lesão ou ameaça a direito, nos moldes do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, mesmo a coisa julgada administrativa pode ser revista pelo Poder Judiciário, não sendo, portanto decisão terminativa.

¹³⁷ RTJ 162/805.

Nessa esteira, entendendo o cidadão que a decisão administrativa encontra-se eivada de ilegalidade e pretendendo que seja extirpada do mundo jurídico, poderá lançar mão da competente ação anulatória, requerendo a tutela jurisdicional junto ao Poder Judiciário.

A decisão judicial, quando procedente irá produzir seus efeitos no ato administrativo, logo, a intervenção do cidadão no processo administrativo se deu por via oblíqua, ou seja, indiretamente.

3.7.2.4. Ação popular como instrumento judicial de controle do ato administrativo

O inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal enuncia que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A lei que regulamenta a ação popular é a Lei 4.717 de 1965, que inclusive dispõe em seu artigo 3º que a prova da cidadania será feita com a apresentação do título de eleitor ou documento que a ele corresponda.

Alexandre de Moraes salienta que apesar da Lei da Ação Popular definir exemplificativamente os atos com presunção legal de ilegitimidade “não exclui dessa possibilidade todos os atos que contenham vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência de motivos, desvio de finalidade ou tenham sido praticados por autoridade incompetente”.¹³⁸

A análise preliminar do inciso LXXIII já demonstra o caráter de instrumento de participação do cidadão no processo administrativo, ainda que de forma indireta, pois há que se provocar o Poder Judiciário, para através da tutela jurisdicional obter a invalidação de atos ou processos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio e moral públicos, bem como ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural brasileiros, seja na esfera federal, estadual, distrital ou municipal.

Há que se ressaltar que existe um requisito subjetivo e outro objetivo para o manejo da ação popular, a saber, quanto ao critério subjetivo, que somente tem legitimidade para a

¹³⁸ MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 281.

propositura da ação o cidadão, entendendo-se aquela pessoa natural que esteja no pleno exercício de seus direitos políticos. Dessa forma, ficam excluídos os estrangeiros, aqueles que tiverem seus direitos políticos suspensos ou declarados perdidos, bem como as pessoas jurídicas. Quanto ao requisito objetivo diz respeito à lesividade ao patrimônio público, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural brasileiros.

Os sujeitos passivos da ação popular são diversos, englobando tanto agentes públicos quanto aqueles que se beneficiaram do prejuízo, além de pessoas jurídicas de direito público ou privado, integrantes da Administração Direta, Indireta e, também as delegatárias, em nome das quais fora praticada a conduta lesiva descrita no artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal.

Fato é que a ação popular, inobstante sua pouca utilização pelos cidadãos, que preferem lançar mão de outros instrumentos menos onerosos para o próprio cidadão, como a denúncia e a representação, trata-se de um poderoso instrumento constitucional colocado à disposição do cidadão para intervir nas práticas reputadas ilegais na condução do processo administrativo.

3.8. Perigos e limitações ao direito de intervir no processo administrativo

Verifica-se que a participação do cidadão no processo administrativo, ressalvados os casos de sigilo e de comprovado comprometimento da segurança, tem sido bastante ampliada por diversos instrumentos, tais como o direito de petição, representação, denúncia, habeas data, mandado de segurança, audiências pública, consultas públicas, participação em órgãos colegiados, entre outros.

Inobstante a participação do cidadão ser contemplada desde a Carta Magna, não só do Brasil como de diversos outros países, até à legislação infraconstitucional e atos regulamentares, a mesma há de ser abordada com parcimônia, para evitar excessos que podem comprometer a eficiência das atividades administrativas e a duração razoável do processo administrativo.

Alguns autores já advertiram sobre os perigos de extremismos no instituto da participação, pois há que se aferir um ponto de equilíbrio entre celeridade, eficiência, eficácia das decisões administrativas, razoabilidade das decisões e duração razoável do processo, para que a participação não se torne requisito em obstáculo à consolidação da democracia.

Luísa Cristina Pinto e Netto alerta para os riscos postos pela participação, bem como apresenta meios para minimização de tais riscos. A autora evoca José Manuel Sérvulo Correia para listar os prováveis inconvenientes:

- (a) Multiplicação de formas de participação, o que acaba acarretando que só uma elite ativista participe; (b) a redução da eficiência em virtude do prolongamento do caminho da decisão, da multiplicação dos centros de decisão e da diluição da responsabilidade.¹³⁹

Luísa Cristina Pinto e Netto acredita que a participação procedural do cidadão possa apresentar riscos no que tange à eficiência, relativos à igualdade, ao interesse público.¹⁴⁰

A autora supra entende que a participação não pode ser entrave para a eficiência, pois sendo a eficiência um princípio estruturante do Estado Social e Democrático de Direito, a participação deve contribuir para a persecução dos interesses públicos.

Nessa tensão entre eficiência e participação, pode ocorrer, segundo a autora, a fragilização da racionalidade do processo administrativo, com procedimentos longos, caros, complicados e desproporcionais aos resultados perseguidos; formalismo excessivo; engessamento da tomada de decisões administrativas. Quanto aos riscos relativos à igualdade/impessoalidade, deve-se filtrar as informações trazidas para o processo, bem como evitar que grupos privilegiados econômica e politicamente se privilegiem do processo administrativo, ferindo, assim, a impessoalidade. Existe, ainda, riscos relacionados ao interesse público, pois atores privados poderosos podem se infiltrar nas atividades públicas e, de dentro, exercer o que a doutrina chama de “captura”, fragilizando o interesse público e privilegiando interesses privados.¹⁴¹

Para minimizar os riscos elencados, Luísa Cristina apresenta as seguintes providências: obrigatoriedade de publicidade e transparência, obrigatoriedade de fundamentação, obrigatoriedade de imparcialidade, racionalidade procedural.¹⁴²

Acrescente-se que a participação do cidadão no processo administrativo está condicionada a algumas limitações de caráter legal e até mesmo procedural.

¹³⁹ NETTO. Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedural.** p. 120.

¹⁴⁰ Idem. p. 121 *et seq*

¹⁴¹ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação Administrativa Procedimental.** p. 121-136.

¹⁴² Idem. p. 141 *et seq.*

A legislação vigente baliza os limites de participação do cidadão no processo administrativo, desde a participação como parte, até mesmo como terceiro interessado ou como membro de grupos sociais com poderes de representação.

A participação deve ocorrer de forma racional, nos devidos moldes prescritos na legislação vigente, seja ela constitucional ou infraconstitucional, devendo ser rechaçada toda manifestação desordenada, que venha interferir na segurança pública e ordem jurídica vigente.

O cidadão não pode se cobrir com o manto da participação popular para utilizar de mecanismos ilícitos de formação da opinião pública e até mesmo prática de atos contrários a uma democracia participativa, baseada no Estado Democrático de Direito.

Os excessos praticados na escolha do mecanismo de interferência no processo administrativo poderão incorrer na respectiva sanção administrativa, cível ou mesmo criminal.

Participar no processo administrativo significa colaborar, fiscalizar, sugerir, denunciar e não atrapalhar, obstar ao ponto de prejudicar a Administração Pública.

Acredita-se que manifestações pacíficas e ordenadas são também mecanismos que possam ser utilizados para influir nas decisões de processos administrativos e até mesmo legislativos, como se viu recentemente várias caminhadas pela paz e desarmamento surtirem efeito, acelerando o processo de aprovação do estatuto do desarmamento e consequente medidas administrativas de desarmamento da população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A democracia é ideal que permeia os anseios da humanidade desde remotas épocas, malgrado, desde o estudo da democracia grega antiga, não se vislumbrar uma democracia que fosse plena, pois todos os modelos estudados até aos dias de hoje, em especial a democracia direta e a representativa, apresentam suas mazelas.

Tal se deve ao fato de as sociedades terem se tornado complexas e exclusivistas, corolário dessa complexidade o modelo que mais tem se adequado é o da democracia representativa. A democracia representativa finca raízes no Estado Liberal, sendo a solução da burguesia para ascender ao poder no período que se sucede as revoluções. Rousseau tecia severas críticas à democracia representativa, contudo, entendia as dificuldades de se implementar uma democracia direta em sociedades complexas e populosas.

A implantação de uma democracia representativa deveu-se principalmente ao fato de que a classe trabalhadora, submetida a longas jornadas de trabalho e baixos salários, ou seja, à exploração pela classe burguesa, fora alijada dos assuntos do Estado.

2. O influxo no sentido de participar das decisões administrativas ocorre principalmente em decorrência das conquistas sociais e trabalhistas, ocorridas no início do século passado. As primeiras Cartas Constitucionais a explicitar direitos sociais foram a Constituição do México de 1.917 e a Constituição Alemã de 1.919, Constituição de Weimar.

Com as conquistas ocorridas nos direitos sociais e do trabalho, dentre as quais a redução de jornada de trabalho, melhoria nos salários, proteção ao trabalho da mulher e previdência, a classe trabalhadora passou a dispor de melhores condições de trabalho e também de tempo para se preocupar com os destinos da sociedade na qual está inserida.

3. No Brasil, a preocupação com uma democracia participativa inicia-se com o abandono de uma postura arbitrária e adoção de postura mais democrática por parte do Estado, em decorrência dessa mudança de postura o processo administrativo tornou-se instrumento importante para conferir legitimidade aos atos praticados por seus representantes, evitando com isso a prática de abusos e coibindo a pessoalidade, parcialidade e desvio de finalidade, típicos das pessoas físicas que o representam. Nesse contexto insere-se a colaboração dos cidadãos na

condução das atividades públicas, pois cidadania garante direitos, mas também deveres, e um desses direitos/deveres refere-se à participação nas atividades estatais.

Pode-se situar essa guinada da democracia meramente representativa para uma democracia participativa e deliberativa principalmente em três momentos distintos da história brasileira: a edição da Constituição de 1.988, denominada Constituição Cidadã, que se propôs a tornar a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito, a Emenda Constitucional nº 19/98 que fora denominada de reforma administrativa, propondo uma administração pública mais voltada para a eficiência, consubstanciada na administração gerencial e, por fim, o advento da Lei 9.784/99 que inaugurou uma nova fase no estudo da processualidade administrativa e na construção de uma democracia participativa.

4. A gênese da democracia participativa no Brasil está contemplada na Constituição Federal de 1.988 que, logo em seu art. 1º, inciso II e o parágrafo único, lança os fundamentos da participação cidadã no estado democrático de direito.

Ora, se todo o poder emana do povo que o exerce através de representante ou diretamente, nada mais lógico e salutar do que o povo se preocupar mais com os destinos dados ao seu bairro, sua cidade, seu estado, e até mesmo seu país, através dos mecanismos de intervenção e controle na administração da “*res*” pública, através de seus respectivos processos administrativos.

Nesse sentido, a Lei 9.784 explicitou no art. 1º os dois objetivos primordiais do processo administrativo, representados pela proteção dos direitos dos administrados de um lado e, de outro, o melhor cumprimento dos fins da Administração.

Os legisladores não têm pougado esforços em produzir leis que contemplem a participação cidadã, contudo, a cultura popular não avança com a mesma velocidade, faltando, ainda, divulgação de tais direitos ao cidadão, haja vista que a exegese legislativa está concentrada nas mãos dos políticos, juristas e de uma parcela mais culta da população.

A participação do cidadão no processo administrativo tem o condão de elevar o cidadão ao status de participante na condução das políticas, sendo o único instrumento capaz de deslocar o cidadão de sua inquietante posição de súdito (administrado) e guindá-lo ao *status* de protagonista na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, bem como na concretização do Estado Democrático de Direito.

5. O fenômeno da participação não tem o condão de substituir a democracia representativa existente, mas antes ombrear com a mesma no sentido de construir decisões mais democráticas em uma sociedade cada vez mais complexa e global. Problemas que antes eram locais ou regionais, hoje se tornaram globais, como da dignidade da pessoa humana, redistribuição de renda e erradicação da pobreza, proibição do trabalho escravo, preservação do meio ambiente, desarmamento das grandes potências nucleares e solução pacífica dos conflitos.

6. Para os fins do presente trabalho cumpre delinear conceitos do que se entende como cidadania, participação e instrumentos de participação.

Como cidadania se entende o mais amplo exercício dos direitos e deveres civis, políticos e sociais, independentemente de critérios de idade, capacidade civil, bem como de discriminações de qualquer espécie, a saber, raça, gênero, religião, etc.

Participação é a conduta ativa do cidadão no intuito de auxiliar na construção de decisões administrativas de forma dialogada entre o Estado e a sociedade.

Instrumentos de participação, ou de defesa da cidadania, devem ser entendidos num sentido amplo que contemplem os direitos da cidadania, desde os mais elementares até aqueles mais complexos. Todos os instrumentos jurídicos e populares colocados à disposição dos cidadãos para que possam defender seus direitos individuais, coletivos e difusos, seja na dimensão civil, política ou social.

7. A participação do cidadão no processo administrativo é regida por princípios que funcionam como verdadeiro fundamento na edificação de um Estado Democrático de Direito. Dentre o rol de princípios que inspiram a Administração Pública, bem como o processo administrativo, preferencialmente foram abordados aqueles que têm estreita relação com a participação cidadã, objeto de foco do presente trabalho.

Nesse diapasão, afiguram como princípios que estruturam a participação cidadã: o princípio da dignidade humana, o princípio da democracia, o princípio da cidadania, o princípio da participação, o princípio da publicidade, o princípio do devido processo legal, os princípios da ampla defesa e do contraditório, o princípio do informalismo moderado, o princípio da boa-fé objetiva e, por fim, o princípio da motivação, todos devidamente comentados no subitem 1.7 deste trabalho.

8. O segundo capítulo destinou-se aos estudos da processualidade administrativa, donde se depreende que, apesar da preferência européia pela expressão procedimento, principalmente pela influência da adoção por vários países do sistema de dualidade de jurisdição, no Brasil não há como se adotar a expressão, em primeiro lugar pela opção esposada na Constituição, em segundo lugar pela adoção da unidade de jurisdição, respaldada no art. 5º, XXXV da CRFB/88.

9. No que tange à natureza jurídica do processo administrativo, partiu-se das concepções que há décadas são fruto de estudos, principalmente pelos processualistas civis, a saber, o processo como: contrato, quase-contrato, relação jurídica, situação jurídica, entidade jurídica complexa, instituição e procedimento.

Destas, deu-se especial atenção àquelas que ainda são estudadas até aos dias de hoje, a saber: processo como relação jurídica, o processo como situação jurídica e o processo como procedimento, haja vista que as demais estão superadas.

Feitas as devidas considerações sobre as teorias supra mencionadas, verificou-se que a teoria da relação jurídica, inobstante ser a mais aceita pelos juristas contemporâneos não é satisfatória para a processualidade administrativa, pois enquanto no processo judicial existe um juiz imparcial que profere a decisão, no processo administrativo o Estado é parte e encarregado da decisão.

Ressalte-se, ainda, que nas relações privatísticas a lei é paradigma de ilicitude, pois os particulares podem fazer tudo que a lei não proibir, enquanto que nas relações publicísticas a lei é paradigma de legalidade, pois o agir administrativo está pautado pelo princípio da legalidade, podendo a Administração Pública fazer somente o que a lei permitir ou determinar.

Por outro lado, a teoria da relação jurídica baseada no direito das obrigações posta uma parte diante da outra numa situação de credor e devedor, conferindo ao credor o direito de exigir do devedor um dar, fazer ou não fazer. No processo administrativo esta construção não se encaixa, haja vista que o que ocorre na verdade são situações jurídicas, nas quais os interessados se postam diante das normas como onerados, no intuito de serem destinatários dos efeitos decorrentes da lei.

Some-se a todas estas considerações que no processo civil o juiz busca a verdade processual, enquanto que no processo administrativo busca-se a verdade real, e que no processo

civil impõe a primazia de interesses privados enquanto no processo administrativo impõe a primazia dos interesses públicos.

Diante de tais considerações, acredita-se que processo administrativo é um complexo de situações jurídicas, com normas e ritos procedimentais próprios, direcionado teleologicamente para a edição de ato final de cunho decisório ou informativo, resguardando-se a ampla defesa e o contraditório quando houver litigantes ou acusados, com vistas ao atendimento do interesse público.

Procedimento administrativo, por sua vez, é um conjunto de atos encadeados, verdadeiro *iter* procedural, que varia de complexidade e serve de instrumento para a realização do processo administrativo.

10. A preocupação com a positivação do processo administrativo iniciou-se ao final do século XIX e início do século XX, no direito comparado, no Brasil tal preocupação ocorreu tarde, sendo que as leis que tratam de uma processualidade administrativa somente vieram à tona na década de 90 do século XX.

A Lei 9.784/99 foi um marco na processualidade administrativa e poderia com pequenas alterações ser publicada como lei geral, contudo, o legislador optou por editá-la como lei federal. Apesar desse fato, segue como paradigma para a edição das leis processuais administrativas dos outros entes integrantes da Federação.

11. Feita a análise de diversas classificações da participação do cidadão no processo administrativo, apresenta-se proposta própria quanto aos seguintes critérios: 1) Quanto aos sujeitos: a) Individual, que se subdivide em: a1) Participação como parte; a2) Participação como interessado. b) Coletiva: integrando grupos sociais com poderes de representatividade. 2) Quanto ao momento: a) Intervenção: que ocorre no transcurso do processo administrativo, interferindo ou não na decisão administrativa; b) Controle: que pode ocorrer tanto no curso do processo, quanto após sua decisão final 3) Quanto à natureza da participação: a) Direta: que é a intervenção do cidadão no processo administrativo, sem necessidade de intermediação de órgãos ou agentes públicos; b) Indireta: que demanda o instituto da representação ou mesmo a intermediação de órgãos ou agentes públicos para o controle das decisões administrativas. 4) Quanto aos instrumentos: a) Instrumentos administrativos: instrumentos capazes de intervir e influenciar nas decisões administrativas, endereçados diretamente aos órgãos públicos que

conduzem o processo administrativo; b) Instrumentos judiciais: ações intentadas perante o Poder Judiciário no sentido de efetivar o controle de legalidade das decisões administrativas. 5) Quanto à força vinculante: a) Vinculantes: instrumentos capazes de vincular a decisão administrativa; b) Não vinculantes: aquelas intervenções de caráter meramente informativo.

12. De todo o exposto, percebe-se que o cidadão pode e deve participar do processo administrativo, seja de forma a vincular a decisão administrativa ou mesmo prestando informações que serão avaliadas na fundamentação das decisões administrativas.

Destarte, a participação do cidadão no processo administrativo pode se dar de forma interventiva, como controle e até mesmo, em algumas situações, de forma preventiva.

13. Quanto aos instrumentos de participação do cidadão no processo administrativo adotou-se a seguinte classificação: 1) instrumentos de intervenção ou participação direta: pedido de informação, petição aos poderes públicos, obtenção de certidões, exame e apreciação das contas públicas, reclamação administrativa, participação do cidadão em órgãos colegiados de políticas setoriais, escolha de representantes e participação nas decisões políticas, intervenção em processo licitatório, audiência, consulta e coleta públicas, ; 2) instrumentos de controle ou participação indireta; que se subdivide em: 2.1) instrumentos administrativos de controle: denúncia de irregularidade perante o Tribunal de Contas, representação por abuso de poder, representação ao Ministério Público e Ouvidoria; e 2.2) instrumentos judiciais de controle: mandado de segurança individual e coletivo, habeas data, ação anulatória de ato administrativo, ação popular.

14. Quanto aos perigos da participação do cidadão no processo administrativo, a doutrina tem ventilado os seguintes: comprometimento da eficiência e duração razoável do processo; participação limitada a uma elite ativista; multiplicação dos centros decisórios e diluição da responsabilidade pelas decisões; procedimentos caros, longos, complicados e desproporcionais aos resultados perseguidos; formalismo excessivo; “captura” dos interesses do processo administrativo, para atender muito mais a interesses privados.

Para combater tais perigos faz-se necessário: ampla publicidade e transparência, motivação das decisões, imparcialidade, duração razoável do processo administrativo.

A participação enfrenta, ainda, limitações legais, pois o cidadão deve participar do processo administrativo de modo a não perigar a segurança pública e a ordem jurídica vigente.

Participar é contribuir, cooperar, exercer controle, e não dificultar, atrasar ou obstar o agir da administração.

No ato de participação os excessos praticados poderão gerar responsabilidade administrativa, cível e até criminal.

15. A evolução histórica da sociedade brasileira, desde seus primórdios coloniais até a presente república federativa e presidencialista, que implanta um Estado Democrático de Direito, vem construindo uma democracia participativa, onde os cidadãos e as instituições com poderes de representação têm dado sua parcela de contribuição.

Parcela ainda tímida, já que os resquícios do coronelismo e da ditadura militar deixaram marcas indeléveis de autoritarismo e afastamento do cidadão dos assuntos do Estado que, somente com muito esforço e ideal democrático, serão mitigadas.

A participação do cidadão no processo administrativo ainda é algo novo, que não está muito arraigado à cultura brasileira, esmorecendo por vezes diante de uma apatia causada pelo desinteresse pelas causas sociais. Tal fato é agravado pela ausência de uma educação para a cidadania, que forme cidadãos conscientes e críticos.

Faltam iniciativas como cartilhas, palestras, programas de mídia escrita, falada e televisiva que venham a esclarecer os instrumentos de participação cidadã em linguagem mais acessível aos cidadãos. Inserindo de uma vez por todas o cidadão no contexto administrativo como sujeito de poder e não apenas como simples súdito.

BIBLIOGRAFIA

- ALCOFORADO, Luiz Carlos. **Llicitação e contrato administrativo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 11^a edição, São Paulo, Ícone Editora, 2006.
- ARAUJO, Luis Ivani de Amorim. **Um estudo sobre democracia**. Monografia.
- ARISTÓTELES. **A política**. Tradução Nestor Silveira Chaves, 14^a ed. Rio de Janeiro, Editora Ediouro, 1996.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 42^a ed. São Paulo: Editora Globo, 2001.
- ARAUJO, Luis Ivani de Amorim. **Um estudo sobre democracia**. Monografia. Rio de Janeiro, 1959.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARBOSA, José Olindo Gil. **A Lei Geral do Processo Administrativo: Lei 9784, de 29 de janeiro de 1999**. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3676>>. Acesso em 17 fev. 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 04 jul. 2010.
- _____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITTAR, Eduardo C. B., ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e sociedade: Para uma teoria geral da política**. 8^a ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>> Acesso em: 18 jul. 2011.
- BRASIL. **Lei n. 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm> Acesso em: 03 ago. 2011.
- BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
- CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Vol. I. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A ,1941.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21^a ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2010.
- CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Teoria geral do estado e ciência política**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
- CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Filosofia política 2**. Porto Alegre, L&PM, 1985.
- COSTA, Nelson Nery. **Processo administrativo e suas espécies**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**; curso moderno de graduação. 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- DAHL, Robert A. **La democracia y SUS críticos**. Barcelona: Editorial Paidós, 1992.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução Civil**. 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 23^a ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo.** 5^a ed. Buenos Aires: ediciones Ciudad Argentina.
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2004.
- FAZZALARI, Elio. Instituzioni di Diritto Processuais. 8a ed. Milão: Cedam, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. **Soberania no mundo moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo.** 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível.** São Paulo: Saraiva, 1972.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle (coord). **Ato administrativo e devido processo legal.** São Paulo: Ed. Max Limonad, 2001.
- FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins. **Processo Administrativo:** comentários à Lei nº 9784/1999. Belo horizonte: Fórum, 2008.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010..
- GÓMEZ, José María. **Política e democracia em tempos de globalização.** Petrópolis: Ed. Vozes, 2000.
- GOLDSCHIMIDT, James. Direito processual Civil. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003.
- GRINOVER, Ada Pelegrini ET AL. **Teoria geral do processo.** 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- HABERMAS, jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.
- _____. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Vol 1. 2^a ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** 2^a ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São paulo: Martins Fontes, 1992.
- _____. **Teoria pura do direito.** Trad. João Batista Machado. 4^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional positivo.** 15^a ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 13^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LUCAS, Randolph. **Democracia e participação.** Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1985.
- MACHETE, Pedro. **A audiência dos interessados no procedimento administrativo.** 2^a ed. Lisboa: Universidade Católica, 1996.
- MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 25^a. Edição, 2002.
- MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, 235: 321-381, Jan/Mar. 2004.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 19^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 14^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 26^a ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela cautelar no processo administrativo.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa no Brasil.** Belo Horizonte, 2002. Tese de doutoramento pela UFMG.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969.** 3^a ed.

MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública. Mecanismos de operacionalização. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Acesso em 11 maio 2010.

MOISÉS. **Bíblia Sagrada.** Deuteronômio.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito administrativo.** 14^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9784/99.** São paulo: Malheiros, 2000.

MOURA, Elizabeth Maria de . O devido processo legal na Constituição Brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito. São Paulo: Celso Bastos editor, 2000.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedural:** garantias, riscos e disciplina adequada. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada.** São Paulo: atlas, 2009.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, Dierle José Cordeiro. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

OBARA, Alessandra. **Participação popular na Administração Pública: Audiências públicas.** São Paulo, 2009, dissertação de mestrado pela PUC/SP.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.

PESSOA, Robertônio Santos. Processo Administrativo. Jus Navegandi, Teresina, a 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2107>>. Acesso em 17 fev. 2004.

PINTO, Márcio Alexandre da Silva. Evolução da proteção jurídica da cidadania. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v. 36**: 253-313, 2008.

_____. Em defesa do direito da cidadania. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v. 35**: 271-315, 2007.

_____. Evolução do direito público da cidadania. **Revista Curso de Direito Universidade Federal de Uberlândia v. 34**: 201-250, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo, Editora Max Limonad, 1996.

PORUGAL. Constituição da República Portuguesa.: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 03/09/2011

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Introdução ao Direito das Obrigações**. 5^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SAMPAIO, Luiz Augusto Paranhos. **Processo Administrativo**. Goiânia: Editora AB, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed., Porto alegre: do Advogado, 2006.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revistada**. Vol. 1 e 2. São Paulo: Ática, 1994,

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** 18^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SOARES, Evanna. **A audiência pública no processo administrativo.** Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em <<http://www1jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3145>>. Acesso em: 17 fev.2004.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito administrativo de participação:** cidadania, Direito, Estado, Município. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.209, 1997.

VIEIRA, Luiz Vicente. **A democracia em Rousseau: a recusa dos pressupostos liberais.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito.** Ed. Revista dos Tribunais, 4^a edição, 2003. p. 90.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil:** Ley, derecho, justicia. 9^a ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.