

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO PÚBLICO

NATÁLIA SILVA MAZZUTTI ALMEIDA

O DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO POPULAR:  
*AUDIÊNCIA PÚBLICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL*  
(LEI 9.784/1999)

Uberlândia

2013

NATÁLIA SILVA MAZZUTTI ALMEIDA

O DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO POPULAR:  
*AUDIÊNCIA PÚBLICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL*  
(LEI 9.784/1999)

Dissertação apresentada no Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Público da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Área de concentração: Direitos fundamentais

Orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo

Uberlândia

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

---

- A553d  
2013      Almeida, Natália Silva Mazzutti, 1989-  
            O direito fundamental à participação popular : audiência pública no  
            processo administrativo federal (Lei 9.784/1999) / Natália Silva Mazzutti  
            Almeida. - Uberlândia, 2013.  
            153 f.
- Orientador: Luiz Carlos Figueira de Melo.  
            Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia,  
            Programa de Pós-Graduação em Direito.  
            Inclui bibliografia.
1. Direito - Teses. 2. Direitos fundamentais - Brasil - Teses. 3.  
            Administração pública - Participação do cidadão - Teses. I. Melo, Luiz  
            Carlos Figueira de. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de  
            Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

---

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, detentor de toda sabedoria, coautor deste trabalho.

Ao Prof. Luiz Carlos Figueira de Melo, por ter me ensinado que a vida é feita de plantios e colheitas e por ter fornecido mais uma vez adubo da melhor qualidade para minha plantação. Por manifestar o dom de ensinar e exercê-lo com intenso amor e dedicação.

Aos meus pais, pelo amor incondicional e pela constante dedicação a mim.

Aos meus irmãos, meus corretores oficiais, pelo amor, pelo carinho, pela ajuda, sempre as palavras serão poucas para expressar todo amor e gratidão que sinto pelo Felipe e pela Fernanda.

Ao meu esposo por inspirar meus dias com seu amor.

Aos meus familiares pelo apoio e confiança que sempre em mim depositaram.

Aos meus amigos por se apresentarem na minha vida como anjos de Deus, por compartilharem comigo as tristezas e alegrias e por estarem presentes em mais esta vitória, especialmente, a Karol pelo apoio dado nesse e em tantos outros momentos.

Enfim, a todos que de algum contribuíram para realização de mais uma sonhada etapa.

## **RESUMO**

O Estado Democrático de Direito deve propiciar a vivência e convivência humana com dignidade e harmonia. O principal vetor para esta conquista é a garantia ao cidadão da efetiva participação no exercício das funções estatais, em especial a atividade administrativa. O presente trabalho objetiva compreender o direito à participação popular no ordenamento jurídico brasileiro com adoção de três critérios de análise: Primeiro, no âmbito constitucional com investigação dos fundamentos jurídicos estabelecidos na Carta Magna de 1988, que sustentam a participação popular como direito fundamental. Segundo, na esfera da Administração Pública para estabelecer sua relação com a processualidade administrativa. Por último, no instituto da audiência pública, especificamente na regulamentação trazida pela lei 9.784/99, para verificação da eficácia social da participação popular.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Constituição de 1988. Democracia. Neoconstitucionalismo. Legitimidade.

## **RÉSUMÉ**

L'État Démocratique de Droit doit promouvoir la vivance et convivance humain avec dignité et harmonie. Le principal vecteur pour cette réalisation est la garantie au citoyen la participation effective en exercice des fonctions d'État, en spécial l'activité administratif. Cette étude vise à comprendre le droit à la participation populaire dans le système juridique brésilien, avec l'adoption de trois critères d'analyse: d'abord, dans le cadre d'enquêtes de nature constitutionnelle juridiques établies dans la Constitution de 1988, qui soutiennent la participation populaire comme un droit fondamental. Deuxièmement, dans le domaine de l'administration publique afin d'établir sa relation avec processualité administrative. Enfin, dans l'institut de l'audience publique, en particulier sur la réglementation introduite par la loi 9.784/99, pour vérifier l'efficacité sociale de la participation.

**MOTS-CLÉS:** Les droits fondamentaux. Constitution de 1988. Démocratie. Neoconstitutionalism. Légitimité.

“E se clamares por entendimento, e por inteligência alçares a tua voz, se como a prata a buscares e como a tesouros escondidos procurares, [...] acharás o conhecimento de Deus. Porque o Senhor dá a sabedoria: da sua boca vem o conhecimento e o entendimento”. Provérbios, 2:3-6.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 O DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL</b>	<b>14</b>
1.1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ELEMENTOS BASILARES .	14
1.1.1 Direitos fundamentais: definição .....	14
1.1.2 Fundamentos jusfilosóficos: pré-história dos direitos fundamentais .....	19
1.1.3 Abordagem histórica: dimensão individual, social, fraternal, democrática e da paz .....	24
1.1.4 Classificação dos direitos fundamentais.....	27
1.2 O DIREITO FUNDAMENTAL A PARTICIPAÇÃO POPULAR.....	29
1.2.1 Aspectos conceituais .....	29
1.2.2 O regime político democrático e a participação popular: implicação conceitual necessária.....	31
1.2.3 Análise da fundamentalidade.....	35
1.3 A CONSAGRAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL.....	37
1.3.1 O cenário político-social precedente ao processo constituinte.....	38
1.3.2 O Processo Constituinte: análise jurídica .....	42
1.3.3 A previsão da participação popular na Constituição de 1988 .....	54
<b>2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO NA GESTÃO PÚBLICA .....</b>	<b>57</b>
2.1 REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA UNILATERALIDADE À DEMOCRATIZAÇÃO.....	57
2.1.1 A gênese do direito administrativo .....	58
2.1.2 Reflexos do neoconstitucionalismo no direito administrativo: o advento da constitucionalização.....	61
2.1.2.1 O núcleo normativo do Direito: abordagem histórica da mudança.....	61
2.1.2.2 Neoconstitucionalismo: a problemática conceitual .....	63
2.1.2.3 Características do neoconstitucionalismo: a identificação do movimento teórico da valoração no Direito.....	66



2.1.2.4 A constitucionalização do direito administrativo: valorando a Administração Pública .....	68
2.1.3 Administração Pública dialógica: abertura para participação popular .....	70
2.2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: A LEI 9.784/99 COMO MARCO DA DEMOCRACIA NA GESTÃO PÚBLICA .....	74
2.2.1 O reconhecimento da processualidade administrativa.....	74
2.2.2 Conceito de processo administrativo: apresentação das divergências na adoção do termo processo e procedimento .....	75
2.2.3 O processo administrativo na Constituição Cidadã.....	79
2.3.2.1 O devido processo legal no exercício das funções estatais .....	79
2.3.2.2 A legitimação da função administrativa pelo processo .....	81
2.2.4 o processo administrativo federal: regulamentação pela lei 9.784/99.....	85
2.2.4.1 A competência para legislar sobre processo administrativo.....	86
2.2.4.2 Delimitação histórica da vigente legislação do processo administrativo federal: o Projeto de Lei da Câmara nº 41, de 1998 (nº 2.464/96, na Casa de origem).....	88
2.2.4.3 A teoria do diálogo das fontes aplicada à processualidade administrativa.....	91
<b>3 AUDIÊNCIA PÚBLICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL: A PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA SOCIAL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR</b>	<b>98</b>
3.1 AUDIÊNCIA PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL DE PARTICIPAÇÃO POPULAR .....	98
3.1.1 Origem, aspectos conceituais, objetivos e características .....	99
3.1.2 Princípios regentes: publicidade, formalismo moderado e eficiência .....	104
3.1.3 Audiência pública como forma de manifestação da consensualidade no processo administrativo .....	107
3.2 A AUDIÊNCIA PÚBLICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SEGUNDO A LEI 9.784/99.....	110
3.2.1 Natureza jurídica: categoria de inserção do instituto.....	111
3.2.2 Obrigatoriedade e requisitos: pressupostos .....	112
3.2.3 Procedimento: iniciativa, publicação, participantes e realização .....	115
3.2.4 Efeitos da audiência pública no processo administrativo .....	117

<b>3.3 A EFICÁCIA SOCIAL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA AUDIÊNCIA PÚBLICA.....</b>	<b>117</b>
3.3.1 Eficácia social da norma jurídica.....	118
3.3.2 A realização social da participação popular no Brasil.....	120
3.3.3 Análise da eficácia social: estudo da audiência pública 071/2012 da ANEEL...	130
3.3.4 Alternativas para melhoria da eficácia social na participação popular .....	134
3.3.4.1 Na esfera da Administração Pública: melhoria na divulgação .....	134
3.3.3.1 A educação como instrumento de conscientização em prol da participação popular.....	136
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>140</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>145</b>

## INTRODUÇÃO

O direito é ciência valorativa, visto que não há como regulamentar as relações humanas sem considerar as condicionantes axiológicas inerentes ao meio social. As regras não são suficientes para reger o complexo cultural em que o ser humano está inserido. Logo, a lei não pode ser a fonte exclusiva do Direito, mas a Constituição deve ser tomada como norma suprema, por exprimir pelos princípios os valores do povo. Perante essa referência normativa, o Direito deve ser relido à luz dos valores constitucionais. Nesse contexto, os direitos fundamentais apresentam-se como núcleo axiológico determinante da hodierna concepção de sistema jurídico com irradiação de seus efeitos para operacionalização das funções estatais e o Estado Democrático de Direito como forma de Estado que coaduna com a ideologia dessa estruturação jurídica.

A Constituição de 1988 consagrou o Brasil como Estado Democrático de Direito fundamentado na soberania popular, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo jurídico. Devido ao período de ditadura vivenciado no país desde o golpe militar de 1964, a Constituição promulgada em 1988 buscou romper com o terror da arbitrariedade vivenciado nesses anos e instalar uma ordem que privilegiasse a liberdade de intervenção da população nos atos do Estado. Nesse contexto, a participação popular, valor inerente ao regime democrático estabelecido, foi consagrada como direito fundamental. A intervenção da coletividade passa então a ser pressuposto para a legitimação do exercício das funções estatais, logo, se garante que os cidadãos não sejam meros espectadores da atuação do Estado, mas protagonistas.

Com isso, a relação entre o Estado e os cidadãos não mais se rege apenas pela imperatividade da Administração. Os atos administrativos caracterizados pela unilateralidade não são mais o núcleo isolado para compreensão do desenvolvimento da função administrativa. O autoritarismo e arbitrariedade provenientes do desvirtuamento da unilateralidade não podem mais permanecer. O Estado Democrático de Direito estrutura um novo paradigma para a Administração: a participação popular. Passa-se da estrutura de uma Administração unicamente unilateral para exigência da Administração dialógica. Os indivíduos na relação com a Administração saem da condição de

administrados para serem tratados como cidadãos, pois só assim é possível atingir a democracia.

Pela temática apresentada da participação popular como direito fundamental e sua necessária incidência no âmbito da Administração Pública, depara-se com a seguinte problemática: Quais os reflexos da participação popular no exercício da função administrativa? O processo e audiência pública podem se apresentar como instrumentos promotores deste direito?

Diante dessa problemática, o presente trabalho tem como objetivo geral estudar o princípio da participação popular no ordenamento jurídico brasileiro com adoção de três critérios de análise. Primeiro, no âmbito constitucional com investigação dos fundamentos jurídicos estabelecidos na Carta Magna de 1988 que sustentam a participação popular como direito fundamental. Segundo, na esfera da Administração Pública para conhecer o desenvolvimento desse princípio na função e sua relação com a processualidade administrativa. Por último, no âmbito da audiência pública, especificamente na regulamentação da lei 9.784/99.

Além disso, tem-se como objetivos específicos estudar a teoria dos direitos fundamentais a fim de apresentar os elementos basilares para sua compreensão como definição, fundamento filosófico, abordagem histórica, classificação. Apresentar o direito à participação popular e sua ligação com o regime democrático e ainda verificar se esse direito pode ser identificado como direito fundamental. Pesquisar o contexto histórico da Constituinte da Carta Magna de 1988 a fim de identificar sua relação com o princípio da participação popular. Investigar as implicações do regime político estabelecido na Constituição de 1988 com o reconhecimento da participação popular como direito fundamental e apresentar as previsões normativas constitucionais que contemplam esse direito.

Explorar a participação popular na Administração Pública conhecendo para tanto a regulamentação dada ao exercício da função administrativa pelo direito administrativo e as mudanças ocorridas com os reflexos do neoconstitucionalismo como a constitucionalização do direito administrativo. Apresentar a mudança de paradigma da Administração Pública unilateral para Administração Pública dialógica e a ligação dessa transição com o princípio da participação popular. Explorar o processo administrativo como instrumento a serviço da Administração Pública Dialógica e sua colaboração para a realização do princípio da participação popular no exercício da função administrativa

e ainda abordar a importância da Lei 9.784/99 para processualidade administrativa brasileira.

Apresentar o instituto da audiência pública conceitualmente e sua regulamentação pela referida lei por meio do estudo de elementos como natureza jurídica, legitimação, pressupostos e procedimento. Por fim, entender a relação da audiência pública com o princípio constitucional da participação popular e a problemática da eficácia social dessa norma.

Para tanto, seguir-se-á a seguinte metodologia:

Adotar-se-á a pesquisa bibliográfica por meio de exame de livros, capítulos de livros, artigos em periódicos, anais de congresso e outros textos científicos encontrados em bibliotecas e na rede *Internet* para o conhecimento da Teoria dos direitos fundamentais, do princípio da participação popular, da regulamentação da Administração Pública pelo direito administrativo e ainda do processo administrativo e da audiência pública. Utilizar-se-á a pesquisa documental tendo como objeto duas fontes primárias de estudo: os registros do processo constituinte que culminou na promulgação da Constituição de 1988 para exploração de como a participação popular se estabeleceu como direito fundamental no ordenamento brasileiro e o processo legislativo da lei 9.784/99 para verificação de sua importância na gestão pública.

O procedimento metodológico dedutivo será utilizado para realização da pesquisa bibliográfica que servirá para as seguintes delimitações conceituais do trabalho: direitos fundamentais, democracia, participação popular, Administração Pública Dialógica, processo administrativo e audiência pública. Além disso, tomar-se-á também o procedimento metodológico de estudo de caso do instituto da audiência pública, especificamente, sua regulamentação trazida pela lei do processo administrativo federal (lei 9.784/99). A justificativa da referida legislação encontra-se no reconhecimento de sua importância no âmbito administrativo, o qual será demonstrado no trabalho. Quanto à eleição da audiência pública, a escolha foi feita devido à ligação do instituto com o direito fundamental participação popular.

Quanto ao procedimento técnico, a pesquisa teórica pelo método dedutivo será promovida com emprego de análise textual para conhecimento do autor do texto, do vocabulário, da contextualização histórica para um trato geral do texto, análise temática para aprender sem intervir no conteúdo da mensagem, mas captando a problematização do texto e por fim uma análise interpretativa para que se tome uma

posição própria sobre o texto e se supere a estrita mensagem do texto e ainda o procedimento técnico adotado para pesquisa documental será a análise de conteúdo da Constituição quantos as normas que envolvem o princípio da participação popular e a lei 9.784/99 para conhecimento do processo administrativo federal e da audiência pública.

Com isso, o trabalho apresentará a seguinte estrutura de desenvolvimento. No primeiro capítulo, estudar-se-á a teoria dos direitos fundamentais quanto à definição, fundamentação jusfilosófica, histórico e classificação. Posteriormente, abordar-se-á o direito à participação popular para verificação de seu reconhecimento como direito fundamental. Por fim, conhecer-se-á contexto histórico da Constituinte da Carta Magna de 1988 a fim de identificar como a participação popular foi consagrada como direito fundamental no Brasil.

No segundo capítulo, explorar-se-á a participação popular na Administração Pública conhecendo para tanto a regulamentação dada ao exercício da função administrativa pelo direito administrativo. A mudança de paradigma da Administração Pública unilateral para Administração Pública dialógica e a ligação dessa transição com o princípio da participação popular. Explorar-se-á o processo administrativo como instrumento a serviço da Administração Pública Dialógica e sua colaboração para a realização do princípio da participação popular no exercício da função administrativa.

Por último, no terceiro capítulo, apresentar-se-á o instituto da audiência pública com análise de origem, conceito, características e princípios. Posteriormente, estudar-se-á a regulamentação trazida pela Lei 9.784/199. Por fim, explorar-se-á a questão da eficácia social, com apresentação de estudo de caso sobre o tema e ainda propostas para melhoria da efetividade da audiência pública.

## 1 O DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL

“O povo não aprenderá jamais se não participar. [...] Porque é em fazendo que o povo faz a si mesmo – a si mesmo e a dignidade de cada um de nós.” José Paulo Bisol

### 1.1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ELEMENTOS BASILARES

O sistema de direitos fundamentais é o núcleo axiológico dos Estados na pós-modernidade. Por ele é feita a apreensão dos valores da sociedade para o ordenamento jurídico. Num Estado Democrático de Direito se imprime uma relação de interdependência e reciprocidade entre a democracia e os direitos fundamentais, sendo que estes se apresentam “como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder”<sup>1</sup>.

Com isso, este tópico busca apresentar os elementos basilares que compõe a teoria dos direitos fundamentais, a fim de se estabelecer parâmetros que possibilitem a posterior verificação da relação da democracia com os direitos fundamentais e ainda da fundamentalidade da participação popular.

#### 1.1.1 Direitos fundamentais: definição

Ao buscar apresentar uma teoria sobre determinado tema, realizar a definição sobre o assunto em abordagem é essencial, pois possibilita a delimitação do objeto que será estudado e por essa delimitação orientam-se as demais apreensões. Perante isso, se traz o questionamento: o que são direitos fundamentais? Seriam o mesmo que direitos humanos? Direitos do homem? Diante dessas perguntas, o pensamento jurídico se depara com diversas respostas:

Sobre a dicotomia: direitos humanos e direitos fundamentais, Sarlet aponta que apesar dos termos serem usados muitas vezes como sinônimos, os primeiros

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed.rev.at. e amp. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 61.

estariam positivados no direito internacional e não ficariam adstritos a uma ordem constitucional, pois gozam do caráter de universalidade. Já os segundos seriam os direitos do ser humano positivados no direito constitucional de determinado Estado.<sup>2</sup> Quanto aos direitos do homem, esses seriam direitos não positivados nem na ordem internacional, nem na nacional, sendo expressão de cunho jusnaturalista. Tais distinções são importantes, pois refletem na questão da eficácia e efetiva proteção.<sup>3</sup> Todavia, reconhecer a diferença não descarta a íntima relação entre os termos.

Ferrajoli apresenta quatro respostas para a questão “De que coisa falamos quando falamos de “direitos fundamentais”?”<sup>4</sup>, sendo que ele trabalha apenas com a terminologia direitos fundamentais. A primeira resposta é dada pelo ponto de vista da justiça, uma abordagem axiológica do que deve ser consagrado como conteúdo desses direitos, sendo assim fundamentais “[...] todos os direitos que garantem o necessário para cumprir aqueles valores ou princípios de justiça”<sup>5</sup>. A segunda resposta é dada pelo ponto de vista da validade do direito positivo onde a base dos direitos fundamentais está na fonte, sendo assim fundamentais no âmbito do direito pátrio, todo aquele que o Estado consagra como tal, e no âmbito do direito internacional os direitos reconhecidos nas cartas e convenções internacionais. A terceira é pela perspectiva da efetividade. Aqui a apreciação está no plano empírico, assim “são direitos fundamentais [...] aqueles que historicamente se afirmam como resultado de lutas ou revoluções e que, são, de fato, concretamente garantidos nos diversos ordenamentos.”<sup>6</sup> Estas três respostas dadas até agora, a primeira no aspecto axiológico externo integrante da filosofia política, a segunda uma perspectiva jurídica interna do direito fundamental e a terceira uma visão da historiografia e da sociologia do direito não respondem o que são direitos fundamentais, por ser essa uma “questão de teoria do direito prejudicial a todas outras”<sup>7</sup>, ou seja, para se compreender os aspectos abordados pelas três primeiras respostas é indispensável o ponto de vista da teoria do direito. Por isso, a quarta resposta é dada

---

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed.rev.at. e amp. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p.29.

<sup>3</sup> Ibidem . p. 30.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. [Tradução: Alexandre Salim, Alfredo Copeti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanet Júnior, Sérgio Cademartori] Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 89.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 91.

<sup>7</sup> Ibidem. p. 91.



pelo autor por uma perspectiva ideologicamente neutra dos direitos fundamentais, ou seja, numa definição puramente formal ou estrutural.

Assim, na definição puramente formal ou estrutural de Ferrajoli são direitos fundamentais “todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir”<sup>8</sup>. Sendo que, para o autor, por direitos subjetivos se compreende:

[...] qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, por *status* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.<sup>9</sup>

Sobre a definição de direito subjetivo de Ferrajoli, Guastini observa que o autor omite a explicação sobre a correspondência entre o direito subjetivo e uma obrigação. Por isso, opina que tal correspondência se encontra no fato do enunciado que atribua um direito a uma pessoa ser traduzido sem se desligar ao significado do direito a outro enunciado que impõe obrigação. Além disso, Guastitni identifica uma contradição em duas teses sobre direito subjetivo apresentada por Ferrajoli: a primeira para cada direito existe uma obrigação correspondente; segunda, a um direito pode não existir obrigação. Pelas premissas da lógica, os dois postulados são contraditórios.<sup>10</sup>

Ferrajoli ainda traz a explicação do porque que sua definição é teórica e puramente formal ou estrutural. Em primeiro lugar, é teórica porque dispensa a exigência de que tais direitos estejam consagrados em determinados ordenamentos jurídicos em suas constituições ou leis fundamentais. Segundo o autor, não se trata então de uma definição dogmática de direitos fundamentais, pois se um dado ordenamento, como o totalitário, não prever os direitos fundamentais, a definição apresentada permanece válida. Pois “a previsão de tais direitos por parte do direito positivo de um determinado ordenamento é, de alguma maneira, condição de sua existência ou vigor naquele ordenamento, mas não incide sobre o significado do

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. [Tradução: Alexandre Salim, Alfredo Copeti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanet Júnior, Sérgio Cademartori] Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 9.

<sup>9</sup> Ibidem. p. 9.

<sup>10</sup> GUASTINI, Riccardo. Tres problemas para Luigi Ferrajoli. In: **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4.ed. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2009, p.57-58.

conceito de direitos fundamentais”<sup>11</sup>. Em segundo lugar, a definição de Ferrajoli é formal ou estrutural, pois “prescinde da natureza dos interesses e das necessidades tuteladas com o seu reconhecimento como direitos fundamentais e se baseia unicamente sobre o caráter universal da imputação”<sup>12</sup>. O termo universal deve ser compreendido no sentido puramente lógico e avalorativo que abrange a todos os sujeitos.

As vantagens da definição apresentada, segundo o próprio autor, é que não está vinculada a nenhuma questão de fato, por isso é válida para qualquer ordenamento jurídico, independentemente do que ele prevê sobre direitos fundamentais sendo aplicável também aos ordenamentos totalitários e pré-modernos, pois não está preso a valores, sendo ideologicamente neutra.<sup>13</sup> Apesar da formalidade da definição, o autor pontua que por ela é possível identificar uma base da igualdade jurídica localizada no fator da universalidade, ou seja, os direitos fundamentais são de todos. Todavia, essa universalidade é condicional pelo fato de “todos” serem apenas “[...] relativo às classes dos sujeitos cuja sua titularidade é normativamente reconhecida”<sup>14</sup>.

Perante essa questão das classes titulares dos direitos fundamentais, Ferrajoli identifica quatro classes de direitos: 1) os direitos humanos: direitos primários que dizem respeito, sem distinção a todo ser humano como a vida, saúde, liberdade; 2) direitos públicos: direitos primários reconhecidos apenas aos cidadãos como previdência, trabalho; 3) direitos civis: direitos secundários destinados às pessoas capazes de agir como autonomia privada; 4) direitos políticos: direitos secundários destinados apenas aos cidadãos capazes de agir como o voto, a autonomia política, acesso às funções públicas. Assim, para o autor, houve sempre três identidades de titulares dos direitos fundamentais: a pessoa, o cidadão e o capaz de agir.<sup>15</sup> O que mudou ao longo da história foi o grau de igualdade e desigualdade contemplados nessas classes.

Em outra perspectiva, Dimoulis e Martins afirmam que

---

<sup>11</sup> Op. cit., p. 10.

<sup>12</sup> GUASTINI, Riccardo. Tres problemas para Luigi Ferrajoli. In: **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4.ed. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2009, p. 10.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. [Tradução: Alexandre Salim, Alfredo Copeti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanet Júnior, Sérgio Cademartori] Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p.. 11.

<sup>15</sup> Ibidem, p.12-13.

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.<sup>16</sup>

Nesta definição, os elementos centrais são 1) a identificação dos sujeitos envolvidos na relação criada pelos direitos fundamentais: Estado e pessoa; 2) finalidade: limitar o poder estatal para preservar a liberdade individual; 3) posição no ordenamento: supremacia constitucional. Sobre ela ainda os próprios autores identificam algumas problemáticas: 1) Referência apenas aos direitos individuais quando existem também direitos coletivos e até direitos de gerações futuras como animais e natureza; 2) Limitação do sujeito passivo ao Estado, visto que já se trabalha a questão dos efeitos aos particulares (eficácia horizontal); 3) Restrição de direitos fundamentais a normas constitucionais, pois existe a importância das normas de direito público internacional e também infraconstitucional<sup>17</sup>.

Na ótica de Marmelstein, os direitos fundamentais são definidos como

[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico<sup>18</sup>.

Quanto às definições apresentadas, para o presente trabalho tomar-se-á o seguinte posicionamento: A diferenciação de direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais trazida por Sarlet será seguida, assim direitos do homem são aqueles advindos do direito natural sem positivação internacional ou constitucional, direitos humanos são os direitos inerentes a natureza humana positivados internacionalmente por meio de tratados, acordos, convenções, já os direitos fundamentais são marcados pela positivação constitucional em determinado Estado. Tal diferenciação poderia ser enquadrada na perspectiva de validade apontada por Ferrajoli que aborda os direitos fundamentais pelo critério da fonte.

<sup>16</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.46-47.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>18</sup> MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20.

Como foi trabalhado, dos quatro pontos de vista apresentados por Ferrajoli para dizer o que são direitos fundamentais, o que o autor entende como resposta concreta da questão é a perspectiva da teoria geral do direito, ou seja, uma definição formal. Todavia, tal posição não será aqui adotada por entender-se que essa se aproximaria da definição de direitos do homem e não de direitos fundamentais.

A definição de Dimoulis e Martins também não será adotada principalmente devido à restrição a direitos individuais, pois gera uma comprometedora limitação de conteúdo visto que o direito fundamental que será abordado no trabalho não é direito individual.

Por fim, a definição adotada no presente estudo é a de Marmelstein por identificar clara e essencialmente todos os elementos identificadores dos direitos fundamentais: 1) ligação à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder; 2) Positivização no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito 3) Importância axiológica que fundamenta e legitima todo o ordenamento jurídico.

### **1.1.2 Fundamentos jusfilosóficos: pré-história dos direitos fundamentais**

O ser humano apresenta natureza peculiar em relação aos outros animais. Nele está contida a capacidade de conhecer a si mesmo e ao mundo que lhe rodeia. O seu ser é guiado por uma dualidade que lhe é única: razão e emoção. Com isso, é capaz de criar, de resolver problemas, de amar, de conhecer o belo, de desfrutar a vida como nenhum outro ser na Terra o faz. Tais características lhe garantem reconhecimento de direitos independente de religião, *status* social, cultura, mas pelo simples fato de serem humanos, ou seja, pela sua natureza. É na linha desse pensamento, que os direitos fundamentais terão seus precedentes jusfilosóficos estabelecidos na perspectiva do jusnaturalismo, antes de atingirem a contemporânea concepção científica dentro do Direito, período que Sarlet identifica como pré-história dos direitos fundamentais.<sup>19</sup>

Na Idade Antiga, pode-se inicialmente destacar a abordagem monoteísta pelos registros do Antigo Testamento em que no livro de Gênesis 1: 26 é atestada a criação humana por Deus:

---

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 38.

E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra.<sup>20</sup>

Neste trecho é possível identificar a peculiaridade de concepção do homem quando em comparação a todo resto da criação divina relatada, pois é a única criatura que Deus concebeu a sua imagem e semelhança e lhe deu o poder de dominar sobre todos os outros animais, logo, lhe reconheceu de modo que nenhum outro ser fora reconhecido. Com isso, o destaque para essa concepção está pela colocação da humanidade como centro de importância de toda criação terrena, o que faz a natureza humana prevalente.

Outro destaque do texto bíblico sobre a questão, pode ser dado pelo registro do reino de Davi, pois “[...] estabeleceu, pela primeira vez na história política da humanidade, a figura do rei-sacerdote” que se diferenciava dos demais reinos monárquicos dos povos anteriores e de sua época pela estrutura do “[...] monarca que não se proclama deus nem declara legislador, mas se apresenta, antes, como o delegado do Deus único e o responsável supremo pela execução da lei divina” (p.42). Segundo Comparato, o reino de Davi foi o embrião daquilo que viria a ser definido como Estado de Direito, estrutura estatal que ampara o sistema de direitos fundamentais, pois reconheceu

[...] que as instituições de governo devem ser utilizadas para o serviço dos governados e não para o benefício pessoal dos governantes foi um primeiro passo decisivo na admissão da existência de direito que, inerentes à própria condição humana, devem ser reconhecidos a todos e não podem ser havidos como mera concessão dos que exercem o poder.<sup>21</sup>

Em outro âmbito cultural, a Democracia ateniense também foi marco no precedente histórico dos direitos fundamentais por ser um “modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade”<sup>22</sup> visto que a liberdade humana foi o fundamento axiológico da primeira dimensão dos direitos fundamentais contemplada na modernidade. Todavia, na democracia ateniense apesar do governo ser eleito pelo povo, o reconhecimento dos cidadãos com legitimidade para votar era muito limitado,

<sup>20</sup> Bíblia Sagrada. [Tradução: João Ferreira de Almeida]. 1.ed. Santo André: Geográfica, 2002, p. 3.

<sup>21</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p.38.

sendo a definição de povo da época restrita a uma casta privilegiada da sociedade. Aqui estaria a incompatibilidade para sustentar um sistema de direitos fundamentais que busca garantir a todos os membros da sociedade, independente de cor, credo, cultura, uma igualdade material de tratamento pelo Estado. Já na república romana, a limitação do poder político foi alcançada, não pela soberania popular ativa, mas graças à instituição de um complexo sistema de controles recíprocos entre os diferentes órgãos políticos.<sup>23</sup>

Com a queda da democracia ateniense e da república romana, contemplou-se então a extinção do império romano do Ocidente e começou então um novo período na história da humanidade guiado por novos valores: a Idade Média. Na Idade Média, o Cristianismo foi sem dúvida a fonte de orientação axiológica do período e centrou-se na questão da igualdade dos homens perante Deus. A vinda de Jesus trouxe novos ensinamentos para humanidade. Todavia, apesar da evolução trazida pelo Cristianismo sobre a extensão da igualdade a todos os homens não havendo mais a separação estabelecida entre os povos como identificado no Antigo Testamento, a humanidade não conseguiu naquele momento materializar socialmente aqueles ensinamentos, pois continuou admitindo a escravidão, a inferioridade da mulher, a colonização de outros povos,<sup>24</sup> ou seja, as desigualdades marcantes da humanidade permaneceram, sendo a igualdade proferida por Jesus sedimentada apenas no plano espiritual.

São Tomás de Aquino, filósofo da Idade Média, teve naturalmente seu pensamento construído com base no cristianismo sempre preocupado com o reconhecimento do valor humano e da igualdade. Além disso, atestou a existência de duas ordens, uma divina onde se encontrava o direito natural e outra humana onde estava o direito positivo, sendo que a desobediência dos governantes ao direito natural poderia até repercutir para uma legitimação do direito de resistência.<sup>25</sup>

Adentrando na modernidade, o pensamento filosófico focou suas construções teóricas na racionalidade humana. Nessa seara, por meio de Grotius deu-se início a laicização do direito natural. Segundo o pensador, “o direito natural nos é ditado pela razão que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme à

---

<sup>23</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 44

<sup>24</sup> Ibidem, p.18.

<sup>25</sup> AQUINO *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p 38.

natureza racional”<sup>26</sup>. Com isso, “As máximas do direito natural são desse modo as obrigações, os preceitos e as regras de moral que a reta razão deduz da “natureza racional e sociável” do homem.”<sup>27</sup> Percebe-se aqui claramente a mudança de paradigma do jusnaturalismo do puramente divino para a consideração da razão humana. Assim, a fonte das leis naturais não é mais apenas o sobrenatural, mas a própria racionalidade, pois o direito é reconhecido às pessoas independentemente de sua religião, mas devido sua humanidade. Grotius não faz a negativa de Deus em sua teoria, mas traz uma nova fundamentação para o direito natural no próprio homem. Assim, o princípio básico do direito natural moderno é trazido por Grotius:

[...] a verdadeira lei é uma reta razão, congruente, perdurável, que impulsiona com os seus preceitos a cumprir o dever e a proibir o mal. Tal lei é universal, não pode ser suprimida, nem revogada parcialmente, porque se harmoniza com a vontade de Deus.<sup>28</sup>

O apogeu do jusnaturalismo racional ocorreu com o movimento iluminista. Pufendorf, professor e jurista alemão, é representante de destaque do iluminismo. No pensamento do autor “As leis que comandam as ações mútuas dos homens estão arraigadas na sua natureza racional e são imutáveis e eternas: quem não as respeita ofende a sua própria dignidade”<sup>29</sup>. Todavia, essas leis naturais não estão na mente humana já desde seu nascimento, mas são produto de um duro processo de aprendizagem. Outra consideração importante, é que para Pufendorf o direito natural não estava fundado apenas na razão ou na vontade divina, sua teoria trazia uma conciliação entre as duas abordagens, visto que a lei natural está fundada tanto na vontade divina que concebeu o próprio homem como na própria razão humana.<sup>30</sup>

Por fim, o marco filosófico conclusivo desta pré-história dos direitos fundamentais, segundo Bobbio<sup>31</sup>, está no pensamento de Kant, responsável pela exploração de dois pilares dos direitos fundamentais: a autonomia e a dignidade. As

<sup>26</sup> GROTIUS *Apud* SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. Hugo Grotius: direito natural e dignidade. In: **Cadernos de Ética e Filosofia Política** 15, 2/2009, pp. 181-191. Disponível em <http://www.fflch.usp.br/df/cefp/Cefp15/sahd.pdf>. Acesso em 28 de nov. 2012.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> PUFENDORF *Apud* SAHD, Luis Felipe Netto de Andrade e Silva. **Teorias da lei natural: Pufendorf e Rousseau**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/trans/v30n2/a14v30n2.pdf>. Acesso em 20 nov. 2012.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p.224.

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. [Tradução: Carlos Neto Coutinho] Rio de Janeiro: Campus, 1992.

bases teóricas de Kant aplicadas como fundamento filosófico dos direitos fundamentais concentram primordialmente em duas obras “Fundamentação metafísica dos costumes” e “Crítica da razão prática”.

Quanto ao pilar da autonomia, para Kant a origem dos princípios supremos está na razão, já que tais princípios não podem ser encontrados no plano empírico, só a própria razão pode determinar a si mesma, buscando princípios supremos e conseqüentemente, estabelecendo sua autonomia. “A razão é autônoma quando dá a si mesma a própria lei”<sup>32</sup>, sendo capaz de eleger para si as leis queridas como universais, exercendo o “princípio supremo da moral”<sup>33</sup>. Somente quando o homem exerce função autolegislativa é que “uma vontade autônoma pode ser considerada livre, racional e igual e ser responsabilizada pelos seus atos e escolhas”<sup>34</sup>.

Já a dignidade da pessoa humana em Kant manifesta-se na segunda concepção do imperativo categórico que trata o ser humano como um fim em si mesmo. “Em toda a criação, tudo o que se quiser e sobre o que se tem algum poder pode também utilizar-se simplesmente como meio; unicamente o homem e como ele toda criatura racional é fim em si mesmo”<sup>35</sup>. Com isso, em Kant são estabelecidas as bases axiológicas que irão desenvolver o sistema dos direitos fundamentais, como será contemplado na abordagem histórica a seguir.

Por fim, pela análise dos fundamentos jusfilosóficos dos direitos fundamentais percebe-se que os valores que seriam apreendidos pelas normas e positivados pelas Constituições materializando o sistema de direitos fundamentais no Estado Moderno, já eram abordados nas sociedades desde a Antiguidade. A fundamentação filosófica dos direitos fundamentais apenas é contemplada na visão jusnaturalista seja na abordagem teológica ou racionalista, visto que o positivismo rejeita uma fundamentação filosófica desses direitos e o realismo mostra-se cético quanto a esta, é problema secundário, pois o importante é a busca da efetividade.<sup>36</sup> Rejeitam-se estas duas últimas visões, devido ao reconhecimento da necessidade de se

<sup>32</sup> WEBER, Thadeu. Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant. In: **Direito fundamentais e Justiça**. N<sup>o</sup> 19 – out/dez 2009, p. 232-259. Disponível em [http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/09\\_artigo\\_10.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_10.pdf)) Acesso em 28 de nov. 2012.

<sup>33</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 85.

<sup>34</sup> Op. cit.

<sup>35</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 103.

<sup>36</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 74-75.



compreender o direito não apenas pelo âmbito da norma ou do fato, mas é essencial a consideração dos valores, pois eles orientarão a operacionalidade dos direitos fundamentais.

### **1.1.3 Abordagem histórica: dimensão individual, social, fraternal, democrática e da paz**

Numa perspectiva histórica, apesar dos direitos fundamentais não terem surgido no Estado Antigo, como visto, é inegável a contribuição dada pela religião e filosofia, precedente ideológico dos direitos fundamentais. Todavia, a estruturação nos moldes conceituais adotados hodiernamente só se dá na fase de positivação nas Constituições no século XVIII, já que como visto uma das características dos direitos fundamentais é a positivação constitucional. Como forma de delimitar os momentos históricos de desenvolvimento dos direitos fundamentais, voltar-se-á à compreensão de suas dimensões. Neste ponto, destaca-se que a terminologia dimensão é mais adequada do que geração, pois “[...] o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade e não alternância”<sup>37</sup>

Basicamente, a primeira dimensão é a dos direitos de defesa, em que se busca a autonomia individual em face do poder como resposta a opressão do Estado Absolutista na tentativa de se estruturar juridicamente o Estado Liberal. Requer-se a não intervenção do Estado, razão pela qual são identificados como direitos de cunho negativo. Ademais, a sua incidência considera apenas a noção de igualdade formal, pois para a lei todos eram iguais, não importando a diferença entre os seres sociais. Dessa forma, a Constituição era aplicada somente se a relação envolvesse o Estado, pois, do contrário, entre particulares apenas era aplicável o Código Civil. Todavia, a burguesia não conseguiu manter a ideia da igualdade formal e, na metade do século XVIII, devido ao cenário de crises sociais instalado, teve-se a concepção da segunda dimensão dos direitos fundamentais.

---

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 46.

A segunda dimensão reconhece que os desiguais também têm direito, sendo que, para garanti-los, é necessário que o Estado adote postura intervencionista. Nesse passo, aqui se tem uma dimensão positiva dos direitos fundamentais, pois requer prestações positivas do Estado. Em vista disso, cai a dicotomia direito público *versus* direito privado, surgindo uma interrelação entre as esferas, bem como o crescimento de normas que se preocupam com os mais fracos. O sujeito tem direito não só por ser indivíduo, mas também por integrar a sociedade e, por isso, cabe ao Estado garantir os direitos sociais.

Comparato explica que

[...] a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso das torturas, pelas mutilações em massa, nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.<sup>38</sup>

Assim, após as duas grandes guerras mundiais, no contexto da pós-modernidade, a tônica dos direitos fundamentais passa do ter para o ser. Advém a terceira dimensão dos direitos fundamentais em que há o desprendimento, “[...] em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos [...] direitos de titularidade coletiva ou difusa”<sup>39</sup>. Nessa dimensão os direitos estão “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade [...] têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo”<sup>40</sup>. Segundo Vask<sup>41</sup> essa dimensão é denominada fraternidade e se identifica basicamente o reconhecimento de cinco direitos fundamentais: desenvolvimento, paz, meio ambiente, propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e comunicação.

Perante o fenômeno da globalização que vai além do aspecto econômico (globalismo), mas que incide também em outras esferas como política e o próprio direito adentra-se, segundo Bonavides, na quarta dimensão dos direitos fundamentais

<sup>38</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38.

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 48.

<sup>40</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 569.

<sup>41</sup> VASK *apud* BONAVIDES, p. 569.

que consagra o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. O jurista explica que “[...] na democracia globalizada, o Homem figura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro de gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema”.<sup>42</sup> Bonavides ainda identifica a existência de uma quinta dimensão, quando a paz traslada da terceira dimensão para esta atingindo um reconhecimento universal.

Quanto a esta quarta e até possível quinta dimensão dos direitos fundamentais, Sarlet indaga suas existências, pois acabam por gravitar em torno da mesma questão da liberdade, igualdade e fraternidade, tendo como referência o princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, para o autor, o processo de modificação dos direitos fundamentais nunca cessará, todavia, as modificações contemporâneas não chegam a identificar novas dimensões como proposto por Paulo Bonavides, mas apenas agregam forte vinculação à dignidade da pessoa humana, o que culmina numa releitura na aplicação dos tradicionais direitos fundamentais da liberdade, propriedade e igualdade.

É importante ressaltar que, na apresentação feita das dimensões dos direitos fundamentais, as características apresentadas são as predominantes em cada dimensão, todavia não as únicas. Com efeito, verifica-se, por exemplo, que na primeira dimensão a predominância é da não intervenção estatal nas relações privadas, contudo, isso não significa que o Estado não interferia de modo algum na sociedade, mas sim que apenas atuava em momentos estritamente necessários para a manutenção da ordem social.

Logo, o processo histórico dos direitos fundamentais consiste no constante acúmulo de conquistas da humanidade frente à organização do Estado. As dimensões são esferas acumulativas que compõem o sistema dos direitos fundamentais. Não há fim nesse processo, mas uma perpétua continuidade, visto que a sociedade a cada dia acentua sua complexidade de estruturação, e conseqüentemente, constantemente se exige que o direito se adeque para regular essas relações, principalmente as regulamentações quanto a fatores elementares da vida humana, como os reconhecidos por meio dos direitos fundamentais.

---

<sup>42</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 572

### 1.1.4 Classificação dos direitos fundamentais

A importância da classificação está na capacidade de promover uma visão sistêmica do assunto estabelecendo parâmetros objetivos para o estudo. Na temática dos direitos fundamentais, a doutrina apresenta vasta gama de classificações, pois estes “[...] além de complexos em sua estrutura interna, denotam uma pluralidade de tipo”<sup>43</sup>. As classificações aqui apresentadas serão as determinantes para posterior compreensão do direito fundamental à participação popular: 1) Quanto à forma de previsão no ordenamento jurídico; 2) Quanto à função.

Pelo primeiro critério os direitos fundamentais podem ser “escritos ou expressamente positivados (na Constituição ou em tratados internacionais) e [...] não escritos (implícitos ou decorrentes do regime e dos princípios)”<sup>44</sup>. Assim, tem sido adotada a definição que direitos fundamentais são aqueles consagrados numa ordem estatal determinada, é importante ficar claro que essa consagração pode se dar de forma explícita por meio de positivação expressa no texto constitucional, mas também de forma implícita, sendo extraídos dos princípios e do regime adotados pela ordem constitucional. Esta segunda possibilidade é possível nos sistemas jurídicos que adotam um sistema aberto de direitos fundamentais identificado por cláusula prevista na própria Constituição que permite o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos.

Quanto ao segundo critério existe acalorada discussão na doutrina devido basicamente a existência de duas posições para se classificar os direitos fundamentais quanto à função. Uma que divide os direitos fundamentais em dois grandes grupos: direitos de defesa e direitos a prestações, tal posição é adotada, dentre outros, por Canotilho, Alexy, Sarlet, apesar de haver pequenas diferenças internas nas classificações dos autores a marca de igualdade está na adoção apenas de dois grupos para indicar a função dos direitos fundamentais.<sup>45</sup>

A segunda posição é a capitaneada pelo pensamento de Jellinek por meio da teoria dos quatro *status*. Para o autor, *status* é a denominação dada às relações entre o indivíduo e o Estado de que é membro. A primeira relação do indivíduo com o Estado é

---

<sup>43</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p.101.

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 161.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p.162.

de subordinação, ou seja, o conjunto de deveres dos indivíduos frente a esse Estado, núcleo basilar para toda atividade estatal chamado *status* passivo. A segunda relação tem como fundamento o valor da pessoa humana, logo o *status* passivo é limitado pelos próprios cidadãos, é a esfera do indivíduo livre do poder do próprio Estado, sendo esta esfera de liberdade denominada *status negativus* ou *status libertatis*. A terceira “reconhece ao indivíduo a capacidade jurídica de pretender que o poder estatal seja adotado em seu interesse; [...] concede ao indivíduo pretensões jurídicas positivas”<sup>46</sup>, ou seja, exige prestações do Estado para população, por isso é chamado de *status positivus*. A quarta relação atesta a atuação dos cidadãos como imprescindível para o desenvolvimento da atividade estatal. “Esta é a esfera em que o cidadão reconhece o direito de participar na formação da vontade político do Estado e diz respeito ao *status activus*”. Pela apresentação da teoria dos quatro *status*, os direitos fundamentais podem ser classificados em três grupos: direitos de defesa (*status negativus*), direitos a prestações (*status positivus*) e direitos de participação (*status activus*).<sup>47</sup> Numa leitura mais contemporânea da classificação feita por Jellinek, podem-se destacar na doutrina brasileira as obras de Farias e de Dimoulis e Martins que mantêm a adoção da tripartição, mas trazem a leitura para o Estado Democrático de Direito, já que a de Jellinek foi concebida no Estado Liberal. A diferença determinante entre a classificação tripartida com a bipartida adotada por Sarlet é a inclusão dos direitos de participação no segundo grupo como direitos de prestação. Logo, para os adotantes dessa classificação os direitos de participação serão tratados como direitos sociais e não como uma terceira espécie.

A classificação adotada para a condução do trabalho quanto à função dos direitos fundamentais será a tripartida. Logo, identificam-se os seguintes grupos: primeiro, os direitos de defesa têm a função de proteger a pessoa do poder do Estado, requerem, pois, uma postura estatal negativa em prol dos direitos individuais como a liberdade e a propriedade, ou seja, impõem ao Estado o dever de não fazer. Segundo, os direitos a prestação têm a função de exigir prestação positiva do Estado, ou seja, buscam

---

<sup>46</sup> JELLINEK *apud* FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 102.

<sup>47</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 102-103.

obter, pela atuação estatal, as condições jurídicas e materiais favoráveis e indispensáveis à existência da vida humana em sociedade e ao exercício das liberdades asseguradas pelo *status negativus* como educação, saúde, segurança, trabalho. Terceiro, os direitos de participação que têm a função de garantir aos cidadãos a participação no exercício funcional do Estado, em qualquer das esferas para concretização do fundamento do governo do povo materializado nas Constituições pela consagração da soberania popular. “Trata-se de direitos ativos porque possibilitam uma “intromissão” do indivíduo na esfera política decida pelas autoridades do Estado” <sup>48</sup> como o sufrágio, “[...] conheceram historicamente uma contínua extensão de seus titulares [...] e multiplicaram-se com a introdução e formas de democracia direta (leis de iniciativa popular, referendo, orçamentos participativos)” <sup>49</sup>. Os direitos de participação possuem características mistas de direitos de defesa e de direitos a prestações.

## 1.2 O DIREITO FUNDAMENTAL A PARTICIPAÇÃO POPULAR

O Estado não é um fim em si mesmo, mas apenas um veículo para promoção do bem comum. Tal afirmação, que parece uma obviedade, infelizmente, não é o que se tem vivenciado em alguns momentos da história da sociedade, como nos regimes totalitários, em que o governo se porta como um fim em si mesmo. Para o estabelecimento de um governo que trate o povo como fim é indispensável o reconhecimento do direito à participação popular. Com isso, na hodierna estruturação jurídica dos Estados e perante a teoria dos direitos fundamentais apresentada, pode-se afirmar que a participação popular é um direito fundamental da sociedade? Sobre esta questão, o presente tópico se volta a responder.

### 1.2.1 Aspectos conceituais

Participar significa fazer ou ser parte de algo, quando se fala em participação popular permite-se que a sociedade se torne autora de sua própria história.

---

<sup>48</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 58.

“O povo não aprenderá jamais se não participar. [...] Porque é em fazendo que o povo faz a si mesmo – a si mesmo e a dignidade de cada um de nós.”<sup>50</sup>

Só por meio da participação popular que o povo se sente parte integrante da condução do ente que regulamenta o convívio humano em sociedade: o Estado. Promover a participação popular é essencial para legitimidade dos atos estatais. É necessário que o povo se reconheça no Estado, que a condução governamental do país se identifique com a vontade da população. A ideia de participação popular está “em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção”<sup>51</sup>. Quando o povo é impossibilitado de participar se “produz um ambiente e um sentimento de descrença, insatisfação e pouco – quando não a ausência – de comprometimento”<sup>52</sup>.

A participação popular aqui conceituada não se restringe a representatividade, pois para que o povo se identifique como o núcleo do governo do Estado não será apenas por manifestações periódicas em eleições, mas também na atuação diária na condução da máquina estatal. Na abordagem aqui adotada, “[...] consiste no processo de atuação do povo na esfera pública de um Estado; traduz-se na intervenção do povo nas instâncias de poder, seja por meio da ação conjunta nos processos decisórios, seja por intermédio do planejamento e da atividade fiscalizadora”<sup>53</sup>. Adota-se a terminologia participação popular, ao invés de participação política, por agregar a primeira duas acepções, em sentido jurídico refere-se a povo, ou seja, todos os membros daquele Estado e em sentido político, identifica todos os titulares de direitos políticos: os cidadãos.<sup>54</sup> Essa concepção lata é a capaz de legitimar a atuação do Estado, ou seja, de permitir que o povo atue em tudo que envolva a satisfação do bem comum. É nessa concepção de participação popular que o presente

<sup>50</sup> Assembleia Nacional Constituinte (atas de comissões). 9 d - Comissão de sistematização (Sessão solene). Disponível em [http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp). Acesso em 15 out. 2012.

<sup>51</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A nova cidadania**. In. \_\_\_\_\_. *Direito Público: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 3-24, p.10.

<sup>52</sup> SOUZA, André Barbieri Souza. **A União Europeia e o déficit democrático: um estudo a partir de Jürgen Harbermas**. Disponível em [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/andre\\_barbieri\\_souza.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/andre_barbieri_souza.pdf) Acesso em 06 de setembro de 2012.

<sup>53</sup> JUCÁ, Roberta Laena Costa. **O direito fundamental à participação popular e a consolidação da democracia deliberativa na esfera pública municipal**, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Centro de Ciências Jurídicas – CCJ Universidade de Fortaleza- UNIFOR, 2007, p. 48.

<sup>54</sup> DIAS, Solange Gonçalves. *Reflexões acerca da participação popular*, p. 46. Disponível em [ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/45\\_48.pdf](ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/45_48.pdf). Acesso em 29 de nov. 2012.

trabalho será conduzido, tomando o cidadão, o povo, como fonte motriz do Estado, para que ele se identifique naquilo que comanda sua vida em sociedade.

### **1.2.2 O regime político democrático e a participação popular: implicação conceitual necessária**

O direito à participação popular encontra seu fundamento no regime político da democracia. Segundo Levi, “por regime político se entende o conjunto das instituições que regulam a luta pelo poder e o seu exercício, bem como a prática dos valores que animam tais instituições”<sup>55</sup>. Mencio explica que “o estudo do regime político permite compreender as regras que disciplinam o modo como se deve chegar à decisão política”<sup>56</sup>. Basicamente, se identificam duas espécies de regime político com apresentação de características antagônicas: o regime autoritário ou autocrático e o regime democrático. O critério determinante para diferenciação dos dois regimes consiste em um dos objetos centrais do presente trabalho: a participação popular.

O regime autocrático, etimologicamente dos radicais gregos *autos* (por si próprio) e *kratos* (poder), é marcado pela existência de um único detentor do poder. Tal forma de regime político foi contemplada, por exemplo, no Estado Absolutista, em que a figura do Rei detinha todo poder do Estado. A legitimidade da concentração do poder no rei estaria no suposto fato deste ser um representante de Deus na terra, logo a manifestação daquele poder estava respaldado na perfeição da vontade do próprio Deus. Logo, a participação do povo no governo era inexistente, pois apenas o rei detinha a pureza da orientação divina.

Quanto ao regime democrático, José Afonso da Silva aponta que “a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”<sup>57</sup>. Em Bobbio, uma definição mínima consiste em “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais)

---

<sup>55</sup> LEVI, Lucio. Regime político. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 6.ed. Brasília: UNB, 1994, V.2.

<sup>56</sup> MARIANA MENCIO. **Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

<sup>57</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 126.



que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos”<sup>58</sup> Já Morin explica que:

A democracia faz o indivíduo um cidadão que reconhece deveres e exerce direitos. O civismo constitui então a virtude sociopolítica da ética. Requer solidariedade e responsabilidade. Se o civismo se esgarça, a democracia esgarça-se. A não-participação na vida da cidade, apesar do carácter democrática das instituições leva à agonia da democracia. Há, portanto, num caso assim, perecimento de democracia e de civismo.<sup>59</sup>

Perante esses conceitos se identifica que é intrínseco à democracia a ideia de participação popular. A partir do momento que uma nação se identifica por meio da Constituição como um Estado Democrático de Direito, não há como negar a positivação da participação popular, pois a participação popular é indispensável para concretização do regime democrático.

No regime democrático, a soberania atribuída ao povo se manifesta basicamente em duas perspectivas: pela representatividade e/ou pela participação direta. Segundo Canotilho, a diferença entre democracia representativa e participativa está que a primeira consiste em “participação através do voto, de acordo com os processo e formas da democracia representativa”, já a segunda é “forma mais alargada do concurso dos cidadãos para a tomada de decisões, muitas vezes de forma directa e não convencional”.<sup>60</sup> Na democracia representativa, a população manifesta seu poder de governo por meio da eleição de representantes que estarão legitimados para ser porta voz do querer do povo. Assim, nessa perspectiva, os cidadãos governam indiretamente, tal modo de exercício da democracia é justificado pela dificuldade de numa sociedade supercomplexa todos os cidadãos pessoalmente conduzirem o Estado. Nesse sentido Teixeira explica que:

A democracia indireta, também chamada representativa, é aquela em que o povo não podendo dirigir os negócios do estado directamente, face à extensão territorial, densidade demográfica e complexidade dos problemas sociais, outorga funções de governo a seus representantes que ele periodicamente, sendo, portanto, aquela em que o conjunto da

<sup>58</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. [Tradução: Marco Aurélio Nogueira] 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 18.

<sup>59</sup> MORIN, Edgar. **O método 6: ética**. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 149.

<sup>60</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 414.

Nação, a totalidade do povo, mediante, sufrágio universal, participa da designação dos governantes, que o representam.<sup>61</sup>

Todavia, a manifestação da democracia apenas por meio da representação não tem sido suficiente para realizar um efetivo governo do povo, para o povo e pelo povo, daí a necessidade de se garantir aos cidadãos uma democracia que extravase a simples atuação como eleitores, mas que também contemple a atuação direta da população. De acordo com Clève, a democracia:

[...] não se resume na possibilidade de manifestar-se, periodicamente, por meio de eleições para o legislativo e para o executivo. A cidadania vem exigindo a reformulação do conceito de democracia, radicalizando, até, uma tendência, que vem de longa data. Tendência endereçada à adoção de técnicas diretas de participação democrática. Vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta. Abre-se espaço, então para o cidadão atuar, direta e indiretamente, no território estatal.<sup>62</sup>

Segundo Lock,

Esta democracia participativa se consolida na medida em que os cidadãos utilizem todas as possibilidades participativas expressas na legislação e através delas ampliem ainda mais o dever dos governantes ouvir a sociedade e prestar contas de suas gestões.<sup>63</sup>

Fux, na exposição de motivos do projeto do novo Código de Processo Civil, afirma que principal característica desse Estado democrático, além do pluralismo político, é a participação de todos. “A participação, inerente à ideia democrática, reclama que o poder seja exercido com a colaboração de todos que se apresentem como interessados no processo de decisão”.<sup>64</sup> Outro apontamento importante do ministro é quanto à extensão desse direito à participação, que segundo ele, “[...] desborda dos limites estritamente políticos para projetar-se em todas as manifestações da vida em

<sup>61</sup> TEIXEIRA, Meireles. Curso de Direito constitucional. [Texto org. e atual: Maria Garcia]. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

<sup>62</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin. O cidadão, a Administração Pública e a Nova Constituição. In: **Revista de Informação legislativa**, Brasília a. 27, n. 106, p. 82-83, abr/jun 1990.

<sup>63</sup> LOCK, Fernando do Nascimento. Participação popular no controle da administração pública: um estudo exploratório. In: **Revista Eletrônica de Contabilidade Curso de Ciências Contábeis**. Volume I. N.1 Set-Nov/2004. Disponível em <http://w3.ufsm.br/revistacontabeis/anterior/artigos/vIn01/a07vIn01.pdf>. Acesso em 29 nov. 2012.

<sup>64</sup> BRASIL. PROJETO DE LEI DO SENADO n°. 166/2010, p. 22. Disponível em [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=97249](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249). Acesso em 29 nov. 2012.

comunidade”<sup>65</sup>, ou seja, no Estado Democrático, a participação não é garantida só por meio do voto ou da representatividade, mas dá aos cidadãos possibilidade de atuação em todas esferas estatais. Além disso, a participação é elemento legitimador do Estado. “É pela participação que se legitima a conduta dos agentes de Estado que implementam o quanto deliberado nas instâncias próprias. Em outras palavras, a atuação do Estado, para ser legítima, há de decorrer das deliberações democráticas.”<sup>66</sup>

Com isso, busca-se uma estruturação da democracia que possibilite a plenitude de efetividade do fundamento da cidadania. “Havida até pouco por impossível ou de adoção extremamente dificultosa, a democracia direta já não é o sonho ou a utopia dos filósofos, que pretendiam vê-la ressurrecta, como Rousseau, nas páginas do Contrato Social”<sup>67</sup> Bonavides explica que “Sua versão moderna ou contemporânea [...] toma, de conseguinte, a feição aberta de uma democracia participativa, qualificada pela suprema voz e presença do povo soberano em todas as questões vitais da ação governativa.”<sup>68</sup>

Uma discussão importante levantada ao se tratar de democracia seria quanto à sua compreensão como vontade da maioria. Para Oliveira “Mais do que um conceito procedimental, formal, que absolutiza a decisão da maioria, a democracia revela uma feição material, garantidor, dentre outras coisas, de um espaço protegido à atuação da minoria”<sup>69</sup>. Visto que “[...] o regime político ancorado somente na decisão majoritária poderia estar mais para uma guerra, sem regras, do que para um procedimento democrático”<sup>70</sup>. A diferença está que na democracia, a atuação da maioria está previamente limitada pelo sistema jurídico de modo que sua manifestação não sucumba o interesse da minoria. Nessa ceara, “os direitos fundamentais representariam uma espécie de “terreno proibido”, garantido frente ao princípio da maioria”<sup>71</sup>, ou seja, o sistema dos direitos fundamentais garante a proteção da minoria para que a vontade da maioria não se manifeste como opressora.

<sup>65</sup> BRASIL. PROJETO DE LEI DO SENADO nº. 166/2010, p. 22. Disponível em [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=97249](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249). Acesso em 29 nov. 2012, p. 22.

<sup>66</sup> Idem, p. 23.

<sup>67</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 345.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 345.

<sup>69</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Participação administrativa. **Revista de Direito administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 20, p. 167-191, abr./jun., 2005, p.179.

<sup>70</sup> Ibidem, p.182.

<sup>71</sup> Ibidem, p.182.

Por isso, democracia deve ser entendida como “regime político que, além de adotar o critério da maioria para a tomada de decisões essenciais numa sociedade pluralista, reconhece o total respeito à liberdade crítica individual e das minorias” <sup>72</sup> Percebe-se entre democracia e direitos fundamentais uma relação de fundamentação recíproca, pois “De fato, podemos verificar que hodiernamente os direitos fundamentais cumprem uma função primordial na arquitetura jurídico-política: constituem paradigma de legitimação de regimes políticos” <sup>73</sup> e ao mesmo tempo a democracia é o regime político que suporta a estrutura dos direitos fundamentais e ela própria positiva o direito fundamental à participação popular.

### 1.2.3 Análise da fundamentalidade

Após apresentar a implicação conceitual da participação popular com regime o democrático e as perspectivas de manifestação da democracia, chega o momento de investigar se a participação popular teria o *status* normativo de direito fundamental. Para responder a essa questão valer-se-á da teoria apresentada no primeiro tópico do presente capítulo a fim de verificar adequação aos critérios de identificação dos direitos fundamentais.

Pela definição de direitos fundamentais adotada, basicamente identificam-se os seguintes elementos caracterizadores: 1) ligação à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder; 2) Positivação no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito 3) Importância axiológica que fundamenta e legitima todo o ordenamento jurídico. Então, teria a participação popular esses elementos?

A dignidade da pessoa humana fundamenta “[...] a totalidade dos direitos humanos positivados como direitos fundamentais no ordenamento jurídico constitucional. [...] resume e consubstancia por inteiro o teor axiológico e principiológico dos direitos fundamentais das quatro dimensões já conhecidas e

---

<sup>72</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 83.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 82.

proclamadas”<sup>74</sup>. Logo, todo direito fundamental tem como último embasamento a dignidade da pessoa humana. Essa impõe que o sistema jurídico considere o ser humano como um fim em si mesmo e tenha em vista esse preceito no estabelecimento de todas as normas. A participação popular tem base na dignidade da pessoa humana pois garante que o povo seja o fim do Estado, resguardando a sociedade da manifestação de governos ditatoriais que colocam o Estado como um fim em si mesmo, sendo que esse *status* apenas pode ser alcançado pelo ser humano devido o reconhecimento de sua dignidade. A respeito da limitação do poder, é evidente a ligação da participação popular com esta, por garantir a manifestação e controle do poder pelo próprio povo.

Quanto à positivação no plano constitucional, são considerados direitos fundamentais não só aqueles consagrados de forma explícita por meio de positivação expressa na Carta Magna, mas também os de forma implícita, sendo extraídos dos princípios e do regime adotados pela ordem constitucional. O direito à participação popular é elemento central do regime político da forma de Estado em que se manifesta o sistema de direitos fundamentais: o Estado Democrático de Direito. Logo, independente de estar explicitado na Constituição poderá ser extraído do regime político que comporta os direitos fundamentais: a democracia. É importante ficar claro que não é qualquer direito fora do rol expresso que vai ser considerado direito fundamental, mas os ligados à dignidade da pessoa humana e à limitação do poder, ou seja, ao conteúdo basilar dos direitos fundamentais como é o caso da participação popular.

Quanto à importância axiológica de fundamentação e legitimidade da ordem jurídica, não há como conceber um sistema de direitos fundamentais sem a garantia da participação popular, sendo possível garantir os direitos fundamentais apenas num Estado em que “o povo organizado e soberano é o próprio Estado, é a democracia no poder, é a legitimidade na lei, a cidadania no governo”<sup>75</sup>. Logo, o direito fundamental à participação popular volta-se para proteger e realizar o regime que sustenta a própria estrutura do sistema dos direitos fundamentais. Com isso, identificado todos os elementos caracterizadores dos direitos fundamentais tem-se evidenciada a fundamentalidade do direito à participação popular.

---

<sup>74</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 10.

<sup>75</sup> Ibidem.

### 1.3 A CONSAGRAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL

Apesar da ideia de participação popular ser pretérita à Constituição Brasileira de 1988, o presente trabalho adotará como delimitação temporal para pesquisa do tema no Brasil, o contexto histórico que culmina na promulgação da Constituição em 05 de outubro de 1988, por ser marco da consagração da participação popular como direito fundamental nos países. Nesta Carta Magna identifica-se demasiada preocupação em romper com o autoritarismo e a arbitrariedade vivenciados na ditadura e ainda em estabelecer normas que prezem pela participação popular reprimindo qualquer forma de repressão vivenciada anteriormente, pois materializa a transição do regime político autocrático, instaurada com o golpe militar de 1964, para a democracia. Por isso, ganha a alcunha de “Constituição Cidadã” para demonstrar sua ênfase na proteção da participação popular.

Segundo Vainer

De fato, a Constituição de 1988 expressa bem os anseios da sociedade no período em que foi promulgada. Após vinte anos de ditadura e violação aos direitos humanos, a Carta Política de 1988 consagrou em especial os direitos individuais, dando atenção especial ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e aos direitos conexos a este princípio, como a proibição da tortura (5º, III) e a prática de racismo como crime inafiançável (5º, XLII), entre outros.<sup>76</sup>

Nesse sentido, Barroso explica que “Criar a Lei Maior, de um Estado, ou substituí-la, tem sentido prático quando há uma ruptura do regime anterior, o que se dá por uma insatisfação generalizada”<sup>77</sup>. Sobre a Constituinte de 1988, Coelho afirma que

Como fenômeno sociológico e político o processo constituinte deriva de anteriores movimentos em setores organizados da sociedade brasileira de oposição ao regime de exceção instalado em 1964, de luta pela reconstitucionalização do país e de convocação de uma

<sup>76</sup> VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 16 – jul./dez. 2010, p. 188. Disponível em [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161-Artigo\\_Bruno\\_Zilberman\\_Vainer\\_\(Breve\\_Historico\\_acerca\\_das\\_Constituicoes\\_do\\_Brasil\\_e\\_do\\_Control\\_e\\_de\\_Constitucionalidade\\_Brasileiro\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-161-Artigo_Bruno_Zilberman_Vainer_(Breve_Historico_acerca_das_Constituicoes_do_Brasil_e_do_Control_e_de_Constitucionalidade_Brasileiro).pdf). Acesso em 28 nov. 2012.

<sup>77</sup> BARROSO, Pêrsio Henrique Barroso. **Constituinte e Constituição: Participação popular e eficácia constitucional**. Curitiba, Juruá, 1999, p. 85.

“Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana”. Já do ponto de vista jurídico-formal, o processo constituinte é resultado do Ato Convocatório e se refere à eleição do corpo constituinte, instalação de seus trabalhos, Regimento Interno e elaboração, discussão e votação do texto promulgado como nova Constituição Federal.<sup>78</sup>

A fim de conhecer esse marco histórico para sociedade brasileira, nada melhor do que acessar as fontes primárias que registram a instauração e todo o processo da Constituinte. Assim, o principal arcabouço documental pesquisado foi o acervo disponibilizado pelo Senado Federal e pela Câmara dos deputados em seus sítios eletrônicos. Além disso, também se consultou fontes secundárias que colaboraram com o estudo da temática. Deste modo, partir-se-á agora para delimitação dos aspectos políticos, sociais e jurídicos desta história, principalmente aqueles importantes para a regulamentação da participação popular.

### 1.3.1 O cenário político-social precedente ao processo constituinte

Devido ao regime ditatorial vivenciado na década de setenta, falar em Constituinte era ato temeroso no campo da política. Todavia, paulatinamente, algumas manifestações sobre a questão foram aparecendo. No ano de 1971, durante a criação do grupo dos “autênticos” do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), em Recife, foi a primeira vez que se falou, formalmente, sobre a Constituinte como modo de oposição à ditadura por meio do documento denominado “Carta de Recife” que defendia a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Perante essa manifestação, Trancredo Neves, que cabecava a corrente dos moderados manifestou que “Falar em Constituinte nesta hora é o mesmo que jogar um pano vermelho na cara dos militares”<sup>79</sup>. Todavia, em 1977, a publicação do Pacote de Abril, conjunto de leis outorgadas pelo então presidente Ernesto Geisel, dentre outras medidas, instituiu a regra de que a metade

---

<sup>78</sup> COELHO, João Gilberto Lucas. Processo Constituinte, Audiências Públicas e o nascimento de uma nova. In: **Audiências Públicas na Assembléia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna**. Org: Ana Luiza Backes, Débora Bithiah de Azevedo, José Cordeiro de Araújo. Câmara dos Deputados: Brasília, 2009. Disponível em [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1882/audiencias\\_constituente\\_parte1.pdf?sequence=6](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1882/audiencias_constituente_parte1.pdf?sequence=6). Acesso em 28 nov. 2012.

<sup>79</sup> MORENO, Jorge Bastos. **A História de Mora, capítulo 14: ‘Estou cercado, eu ataco’**. O globo, São Paulo, 14 jan. 2012.

das vagas disputadas para o Senado deveria ser preenchida pelo voto indireto do Colégio Eleitoral para garantir ao governo maioria no Congresso. Com isso, um terço dos senadores não foi escolhido pelo voto direto, mas referendados após uma indicação do Presidente da República, os quais, por isso, ficaram conhecidos como senadores biônicos<sup>80</sup>. Tal acontecimento “levou o MDB a oficializar a convocação de uma Constituinte como prioridade da oposição legal”<sup>81</sup>.

Diante do fortalecimento do MDB e o desgaste do governo, em 1979, ocorreu a reforma partidária pela Lei nº 6.767 que findou com o sistema do bipartidarismo vigente no regime da ditadura e permitiu o retorno ao pluripartidarismo. Por um lado, isso permitiu a criação e organização de novos partidos. Por outro, para não causar estranheza que em pleno autoritarismo se decida retornar ao pluripartidarismo, isso, na verdade, consistia em estratégia do próprio regime para dividir a oposição então concentrada no MDB<sup>82</sup>. Nessa reforma partidária, o tema da Constituinte se mostrou na pauta de alguns partidos e nos movimentos sociais<sup>83</sup>. Em 1981, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no Congresso Pontes de Miranda em Porto Alegre, levanta a temática da Convocação a Constituinte.

Como influência social decisiva para o início do processo constituinte, teve-se a campanha pelas Diretas Já para Presidente da República, em 1984. O movimento popular tomou todo o país e essa campanha para eleições diretas para presidente “transformou-se no maior movimento de massas da segunda metade do século XX no Brasil e ativou a sociedade”. A proposta do movimento chegou ao Congresso Nacional por meio da proposta de emenda constitucional nº 5/ 1983, que ficou conhecida como emenda Dante de Oliveira, nome do deputado federal do PMDB-MT que a propôs. Todavia, a emenda foi rejeitada em 25 de abril de 1984, pois não alcançou o número

---

<sup>80</sup> BRASIL. Pacote de abril. <http://www.brasil.gov.br/brasil/conteudo/historia/1977/pacote-de-abril>. Acesso em 15 de out. 2012.

<sup>81</sup> COELHO, João Gilberto Lucas. Processo Constituinte, Audiências Públicas e o nascimento de uma nova. In: **Audiências Públicas na Assembléia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna**. Org: Ana Luiza Backes, Débora Bithiah de Azevedo, José Cordeiro de Araújo. Câmara dos Deputados: Brasília, 2009.

<sup>82</sup> DELGADO, Tarcísio. **A histórica de um rebelde: 40 anos 1966-2006** Brasília: Fundação Ulysses Guimarães, 2006, p. 201.

<sup>83</sup> MICHILES, Carlos et alli. *Cidadão constituinte: a saga das emendas populares*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 19-23.



necessário de votos parlamentares para modificar a Constituição então vigente, ou seja, dois terços dos deputados e dos senadores.<sup>84</sup>

Mas a esperança de mudança não havia acabado, a possibilidade de se eleger um presidente civil de partido de oposição pelo Colégio eleitoral reativou as expectativas e foi pressuposto determinante para posterior convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Com isso, em 12 de agosto de 1984, o PMDB oficializou a candidatura de Tancredo Neves que em 15 de janeiro de 1985 teve sua vitória no Colégio eleitoral.

Todavia, uma fatalidade atravessaria a história de Tancredo Neves e do Brasil, pois nas vésperas de sua posse como presidente, ele foi hospitalizado e veio a falecer sem assumir a presidência. Tal fato foi sentido como duro golpe para sociedade que vivenciava a expectativa de mudança do cenário opressor da ditadura. Por conseguinte, o vice-Presidente, José Sarney, assumiu a presidência com o compromisso de convocar a Constituinte. Perante a expectativa da convocação surgiu a discussão se deveria ser uma Assembleia Constituinte exclusiva ou congressual por meio do Poder Executivo. O grande debate deu-se em torno de uma assembleia constituinte exclusiva ou do cumprimento das funções constituintes pelos membros do Congresso (senadores e deputados) que seriam eleitos de acordo com o calendário e regras regulares.

A “constituinte exclusiva” era o modelo sugerido por organizações como a OAB e muitos pensadores brasileiros, por significar uma ruptura com o *status quo* e pelo desejo de que o poder constituinte originário se manifestasse sem as amarras e práticas já estabelecidas na função legislativa ordinária. Contra ele, todavia, existiu a ponderação dos riscos de choque institucional entre a Constituinte e um Congresso funcionando paralelamente. Venceu esta tese.<sup>85</sup>

Pelo ato convocatório previu-se a eleição de um corpo legislativo regular, mas com poderes especiais para elaborar, em assembleia unicameral, uma nova Constituição. Em 05 de julho de 1985, José Sarney encaminhou para o Congresso

---

<sup>84</sup>COELHO, João Gilberto Lucas. Processo Constituinte, Audiências Públicas e o nascimento de uma nova. In: **Audiências Públicas na Assembléia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna**. Org: Ana Luiza Backes, Débora Bithiah de Azevedo, José Cordeiro de Araújo. Câmara dos Deputados: Brasília, 2009, p. 23.

<sup>85</sup> COELHO, João Gilberto Lucas. Processo Constituinte, Audiências Públicas e o nascimento de uma nova. In: **Audiências Públicas na Assembléia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna**. Org: Ana Luiza Backes, Débora Bithiah de Azevedo, José Cordeiro de Araújo. Câmara dos Deputados: Brasília, 2009, p. 24.

Nacional a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 43 visando a convocação da Assembleia Nacional Constituinte congressual. Em seguida, no dia 18 de julho de 1985 instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, para elaborar um anteprojeto de Constituição, e ficou conhecida como Comissão Afonso Arinos por ter sido presidida por esse jurista.<sup>86</sup> Em 04 de agosto de 2005 foi criada a Comissão Mista para dar parecer sobre a PEC nº 43. A referida Comissão decidiu ouvir representantes da sociedade no decorrer dos trabalhos o que culminou em prolongadas discussões. Em 15 de outubro de 1985, leu-se o relatório do deputado Flávio Bierrenbach do PMDB, que perante as manifestações do povo decidiu propor votação popular sobre se a Assembleia Nacional Constituinte seria exclusiva ou congressual o que gerou grande alvoroço. Claro que a sugestão foi reprovada tanto pelo governo como pelo PMDB. Em substituição ao relatório do deputado Flávio Bierrenbach foi aprovado o relatório do deputado Valmor Giavarina.<sup>87</sup> Com isso, o processo de votação da PEC 43/ 1985, depois de muita discussão, tornou-se a Emenda Constitucional nº 26 de 27 de julho de 1985 que apresentou a seguinte redação:

**AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL**, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Art. 2º. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.

Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte.

Art. 4º .....<sup>88</sup>

Quanto à Comissão Afonso Arinos, depois do trabalho que durou mais de um ano, com realização de audiências que deram abertura para manifestação da opinião popular, em 18 de setembro de 1986, ela conclui sua missão com a entrega do documento final que surpreendeu o governo por não apresentar o caráter

<sup>86</sup> BARROSO, Pésio Henrique Barroso. **Constituinte e Constituição: Participação popular e eficácia constitucional**. Curitiba, Juruá, 1999, p. 93.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 94

<sup>88</sup> BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985.

conservadorismo que esperavam, mas por de fato refletir os anseios do povo. Por isso, como se verá, não foi adotado como anteprojeto oficial pela ANC.

Finalmente, em 15 de novembro de 1986, ocorreu a eleição para a Assembleia Nacional Constituinte, tendo participado da escolha dos constituintes mais de 69 milhões de eleitores, precisamente 69.003.963, com predominância dos eleitores urbanos (67,57%), expressando o extraordinário crescimento das cidades, fenômeno intensificado a partir da década de 70. Ocorrida a eleição, a Assembleia foi então composta por 559 parlamentares (487 deputados e 72 senadores), com renovação de 45% em relação à composição do Congresso na legislatura anterior.<sup>89</sup> Com isso, já se chegou à organização política necessária para iniciar o processo para formação da nova Constituição da brasileira. Processo que será a partir de agora analisado.

### 1.3.2 O Processo Constituinte: análise jurídica

Em 01 de fevereiro de 1987, foi instalada a Constituinte, em sessão presidida pelo ministro José Carlos Moreira Alves, presidente do STF, conforme previsto no ato convocatório, e com a presença de José Sarney. A sessão seguiu as solenidades oficiais sendo que Moreira Alves fez apenas um pronunciamento oficial:

São candentes de verdade estas palavras de Loewenstein: “A massa do povo é suficientemente lúcida para reclamar um mínimo de justiça social e de segurança econômica. Porém, nem a mais perfeita Constituição está em situação de satisfazer essas aspirações, por mais pretensioso que possa ser o catálogo dos direitos fundamentais econômicos e sociais. A Constituição não pode solver o abismo entre a pobreza e a riqueza.” [...] Srs. Constituintes: Na feitura de uma Constituição, as questões são múltiplas, e as dificuldades várias. Resolvê-las com prudência e sabedoria é o grande desafio que se apresenta a esta como a todas as Assembleias Constituintes. Os olhos conscientes da nação estão cravados em vós. A missão que vos aguarda é tanto mais difícil quanto é certo que, nela, as virtudes pouco exaltam, porque esperadas, mas os erros, se, fatais, estigmatizam. Que Deus vos inspire<sup>90</sup>

<sup>89</sup> SAMPAIO, Marcondes. **Há 25 anos era eleita a Assembleia Nacional Constituinte**. Câmara dos deputados, Brasília, 14 nov. 2011. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/noticias/institucional/noticias/ha-25-anos-era-eleita-a-assembleia-nacional-constituente>. Acesso em 28 nov. 2012.

<sup>90</sup> BRASIL. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Danc)**, ano I, nº 1, 2/2/1987. Disponível em [http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp). Acesso em 15 de out. 2012.

O ministro ainda presidiu a segunda sessão, em que se teve a eleição do presidente da ANC: o deputado Ulysses Guimarães (PMDB-SP). Eleito o presidente, os trabalhos da ANC desenvolveram-se do seguinte modo:

Inicialmente, voltou-se para votação do Regimento Interno da ANC, sendo que as principais polêmicas sobre sua elaboração foram quanto “a) soberania da Assembleia Nacional Constituinte; b) compatibilização da elaboração constitucional com as atividades congressuais ordinárias; c) forma de tramitação e votação do Projeto de Constituição; d) participação dos cidadãos e da sociedade no processo” <sup>91</sup>. Regulamentando referidas polêmicas, o Regimento Interno da Constituinte foi promulgado em 24 de março de 1987 e previu a seguinte forma de tramitação e votação do Projeto de Constituição: não adoção de nenhum anteprojeto como o que havia sido apresentado pela Comissão Afonso Arinos. Com isso, optou-se pela criação de Comissões temáticas para o desenvolvimento dos trabalhos, como previsto no art. 13 do Regimento Interno: “as comissões incumbidas de elaborar o Projeto de Constituição, em número de 8 (oito), serão integradas, cada uma, por 63 (sessenta e três) membros titulares e igual número de suplentes” <sup>92</sup>. Cada uma dessas Comissões foi dividida em três subcomissões, além da previsão de uma nona Comissão de Sistematização, conforme previsão Do art. 15 do Regimento.

Cada Subcomissão ficaria incumbida de elaborar relatório sobre seu tema e cada Comissão seria responsável por agrupar o trabalho de suas subcomissões formando capítulos ou títulos para o Projeto da Constituição. A Comissão de Sistematização ficaria responsável por organizar sistematicamente o conteúdo elaborado pelas Comissões e apresentar o Projeto de Constituição que seria discutido e votado, em primeiro turno, pelo Plenário da ANC, para se chegar a uma redação final do projeto para ser votada em segundo turno sendo então possíveis apenas emendas supressivas ou corretivas. Com isso, por fim se chegaria à redação final da Constituição.

---

<sup>91</sup> COELHO, João Gilberto Lucas. Processo Constituinte, Audiências Públicas e o nascimento de uma nova. In: **Audiências Públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna**. Org: Ana Luiza Backes, Débora Bithiah de Azevedo, José Cordeiro de Araújo. Câmara dos Deputados: Brasília, 2009, p. 26. Disponível em [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1882/audiencias\\_constituente\\_parte1.pdf?sequence=6](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1882/audiencias_constituente_parte1.pdf?sequence=6). Acesso em 28 nov. 2012.

<sup>92</sup>BRASIL. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Danc)**, ano I, n° 33, 25 mar. 1987. Disponível em [http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembly-nacional/resolucao-2-1987](http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento-interno-da-assembly-nacional/resolucao-2-1987). Acesso em 28 nov. 2012.

Quanto à participação da sociedade e dos cidadãos não constituintes no processo, o Regimento Interno trouxe as seguintes possibilidades: 1) Faculdade de apresentação de sugestões iniciais a serem encaminhadas às Comissões por órgãos legislativos subnacionais, de entidades associativas e de tribunais, além das de parlamentares (art. 13, § 11); 2) Realização de Audiências Públicas nas Subcomissões temáticas (art. 14); 3) Submissão de emendas populares sendo exigido no mínimo 30.000 (trinta mil) assinaturas em listas organizadas por no mínimo três entidades associativas legalmente constituídas que se responsabilização pela idoneidade das assinaturas (art. 24); 4) Defesa dessas emendas populares por um de seus signatários indicado já na apresentação da proposta de emenda (art. 24, VI). Sobre o direito de apresentar emendas populares, Coelho explica que:

Cada cidadão teve o direito de subscrever até três propostas de emenda ao Projeto de Constituição. É o “direito de iniciativa” ou de proposição, assegurado aos cidadãos em alguns ordenamentos constitucionais democráticos. Foi a principal reivindicação de participação popular no processo constituinte. Diferentes propostas foram apresentadas e o dispositivo foi utilizado pelas mais diversas orientações político-ideológicas da sociedade. Foram aceitas e tramitaram 122 emendas com um total de 12.265.854 assinaturas. Muitas outras iniciaram coletas de assinaturas, mas não se viabilizaram.<sup>93</sup>

Ainda segundo o autor, existem registros divergentes sobre o número de sugestões iniciais apresentadas pela sociedade. Em pesquisa da qual participou pelo Centro de Estudos e Acompanhamento da Constituinte da UnB, à época, para a publicação *Cidadão constituinte– a saga das emendas populares* (Ed. Paz e Terra, 1989), foram catalogadas 9.770. Entretanto, segundo os registros do *Jornal da Constituinte*, nº 63, de 5/10/1998, apontam-se 12.000 sugestões entre os diversos 32.337 documentos submetidos à apreciação dos relatores das Subcomissões.<sup>94</sup>

Adentrando agora sobre questões específicas trabalhadas nas Comissões da Constituinte. A Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da

<sup>93</sup> COELHO, João Gilberto Lucas. Processo Constituinte, Audiências Públicas e o nascimento de uma nova. In: **Audiências Públicas na Assembléia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna**. Org: Ana Luiza

Backes, Débora Bithiah de Azevedo, José Cordeiro de Araújo. Câmara dos Deputados: Brasília, 2009, p. 26-27.

Disponível em [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1882/audiencias\\_constituente\\_parte1.pdf?sequence=6](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1882/audiencias_constituente_parte1.pdf?sequence=6). Acesso em 28 nov. 2012.

<sup>94</sup> Ibidem, p. 26.

Mulher teve sua primeira reunião em 01 de abril de 1987, ocasião que elegeu Mário Assad do PFL-MG como presidente e ainda Aécio Neves e Anna Maria Rattes como Primeiro e Segunda Vice-Presidente além da indicação pelo presidente de José Paulo Bisol – PMDB-RS como relator da Comissão. Após esta designação, Mário Assad marcou próxima reunião para divisão das Subcomissões com a eleição também dos respectivos Presidentes, Vice-Presidentes bem como para designação dos relatores. Em 07 de abril de 1987, a Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher se reuniu e promoveu a divisão dos membros para as três Subcomissões Temáticas: Da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais; dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias; Dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. E logo, cada Subcomissão já se reuniu individualmente com seus membros para iniciarem os trabalhos.

A Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais explorou, dentre outras, a questão da soberania e da democracia cuja definição iria refletir diretamente na proteção da participação popular pelo ordenamento jurídico brasileiro que ao presente trabalho interessa. Na primeira reunião da Subcomissão, o Constituinte Roberto D'Ávila (presidente) se manifestou quanto a importância temática que estaria sob sua competência:

Tenho certeza – repito – de que esta Subcomissão será uma das mais importantes nos trabalhos constitucionais. Acho que a questão da democracia, que se impõe hoje, em nosso País, como também a questão das relações internacionais, serão a pedra de toque dos nossos trabalhos neste órgão, assim como serão a soberania e a nacionalidade.<sup>95</sup>

Sobre a temática da soberania, vale destacar a manifestação do Senhor Carlos Roberto de Siqueira Campos na audiência pública do dia 30 de abril. O professor centra seu discurso na soberania interna que reflete diretamente sobre a participação popular. Sugere o jurista que o texto constitucional se inaugure com princípios sobre a soberania e os fundamentos da organização nacional para fugir da tradição brasileira de apenas abrir com um artigo enunciando que o Brasil é uma República Federativa com regime de representatividade, e posteriormente já falar dos símbolos nacionais, da

---

<sup>95</sup> Assembleia Nacional Constituinte (atas de comissões). I-a – Subcomissão da nacionalidade, da soberania e das relações internacionais, p. 2. Disponível em [http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp). Acesso em 15 out. 2012.

língua nacional e da soberania popular. Campos pronuncia ainda sobre a possibilidade de se inspirar em países que já passaram pelo mesmo processo de redemocratização que o Brasil estava passando e inaugurar os documentos constitucionais com um título preliminar sobre princípios fundamentais. Com isso, apresenta uma sugestão redacional do artigo primeiro ao quinto para a nova Constituição. Pela delimitação temática, o presente trabalho só abordará os artigos primeiro e segundo. Art. 1º: “O Brasil é uma República Federativa livre e independente, constituída sob o regime representativo em um Estado social e democrático”<sup>96</sup>. Sobre este, Campos explica que o conceito de soberania mais moderno não é o institucional como prerrogativa indeclinável e inquestionável, mas sim no sentido de dependência ou independência, por isso a adoção do termo independente na redação do dispositivo. Quando se diz que o Brasil é um país livre e independente “não pode demitir-se, em momento algum, dos predicativos e dos atributos da soberania, não pode subjugar-se a uma ordem Internacional econômica inóspita contrária aos interesses nacionais e que mitiga, de muito, a amplitude de nossa própria soberania”<sup>97</sup>.

Quanto à adoção da terminologia Estado social democrático de direito, Campos explica que no Brasil presenciou-se verdadeira idolatria a ideia do Estado de direito. Todavia, o Estado de direito não é suficiente para romper com a ditadura e redemocratizar o Brasil, visto que significa apenas a submissão do Estado à ordem jurídica. O professor alerta:

Ora, a ditadura pode ser um Estado de Direito, como foi no Brasil. Regimes autoritários consubstanciam também um Estado de Direito, porque, desde logo, jurisdicizam o poder violento, transformam o poder em competência jurídica e se subordinam à ordem jurídica autoritária, ditatorial.<sup>98</sup>

Por esse motivo que as constituições contemporâneas não se prendem apenas a ideia de Estado de direito, mas preconizam um Estado social democrático de direito sobre o qual Campos esclarece:

---

<sup>96</sup> Assembleia Nacional Constituinte (atas de comissões). I-a – Subcomissão da nacionalidade, da soberania e das relações internacionais, p. 37. Disponível em [http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp). Acesso em 15 out. 2012.

<sup>97</sup> Idem, p. 37.

<sup>98</sup> Idem, p. 38

Por que Estado social e democrático de Direito? Porque esta alocação sugere de forma muito veemente, muito candente, a idéia de que a legalidade estatal deve estar associada aos propósitos do avanço social e democrático. Isto, mais do que nunca, é necessário em nosso País, na quadra de evolução histórica que estamos a viver.<sup>99</sup>

Logo, um Estado social democrático de direito é aquele que se submete a uma ordem jurídica, mas não a qualquer ordem jurídica, e sim àquela estabelecida por manifestação da vontade popular, seja diretamente ou por meio de seus representantes, resguardando a sociedade do estabelecimento de ordem jurídica ditatorial.

Sobre art. 2º, Campos propõe:

Art. 2º Todo poder emane do povo e em seu nome é exercido.  
 §1º Nenhum indivíduo, grupo, órgão ou instituição pode atribuir-se o exercício da soberania nacional, que pertence ao povo brasileiro e é exercido através de seus representantes, de referendo, de iniciativa popular das leis e da participação e controle dos atos do Estado.  
 § 2º Todos têm direito de garantir o cumprimento da Constituição e de resistir aos atos de violação da ordem constitucional democrática.<sup>100</sup>

O previsto no *caput* do art. 2º expressa a clássica concepção da soberania popular, a novidade da propositura de Campos está nos parágrafos. Aqui o que interessa é a redação do §1º que pretende proteger o regime democrático contra qualquer intervenção que ameace a soberania popular, pois esta pertence apenas ao povo brasileiro, ninguém pode usurpá-la como foi feito no período da ditadura. Toda e qualquer manifestação do Estado em qualquer de seus poderes se reporta ao titular da soberania: o povo.

Das sugestões proferidas em audiência por Carlos Roberto de Siqueira Campos, apenas a clássica concepção da soberania popular foi apresentada no anteprojeto final, em 22 de maio de 1987, elaborado pela Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, a terminologia Estado social democrático de direito inicialmente foi adotada parcialmente, e a ideia de proteção contra a usurpação da soberania popular foi indiretamente prevista no art. 5º. O anteprojeto da Subcomissão contou com 37 artigos, todavia, o que interessa para o tema da participação popular se detém apenas ao Título I, especificamente, do art. 1º ao 5º:

<sup>99</sup> Assembleia Nacional Constituinte (atas de comissões). I-a – Subcomissão da nacionalidade, da soberania e das relações internacionais, p. 38. Disponível em [http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp). Acesso em 15 out. 2012.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 38



### **Da Soberania**

Art. 1º O Brasil é uma República democrática, representativa, constituída pela vontade popular numa Federação indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Art. 2º A soberania pertence ao povo e dele emanam os poderes do Estado.

Art. 3º São poderes do Estado e órgãos da soberania popular, harmônicos e interdependentes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 4º Os poderes do Estado são exercidos pelo povo através de representantes ou, diretamente, pelos meios previstos nesta Constituição.

Art. 5º Cumpre ao Estado promover de fato a liberdade e igualdade dos cidadãos, removendo os obstáculos de ordem política, econômica, social e cultural para viabilizar a efetiva participação popular na Administração Pública e no controle da atividade de seus órgãos.<sup>101</sup>

Quanto à Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, também instalada no dia 07 de abril de 1987, é importante destacar as audiências itinerantes por ela adotadas que buscaram ouvir o povo em vários lugares do país como forma de melhorar a promoção da participação popular no processo constituinte. Esses setores, principalmente os mais populares, por falta de estrutura e condições financeiras, não teriam condições de se manifestar, vindo a Brasília ou entregando suas sugestões aos Parlamentares.

A primeira audiência foi realizada em 4 de abril de 1987, na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, dentre as várias manifestações, vale destacar o pronunciamento do jurista Miguel Reale Júnior, que abordou o tema da participação popular na política brasileira, alertando que não se exercita democracia apenas pelo voto. Ainda criticou a exigência das assinaturas para participação popular por ser método dispendioso que dificulta o acesso do eleitor a Constituinte. Por fim, defendeu o direito de audiência no processo de participação e manifestou-se contrário ao voto facultativo e aos dezesseis anos.<sup>102</sup> Da fala de Reale Júnior para o presente trabalho é essencial a afirmação que a democracia não se restringe ao voto, visto que aqui se explorará a participação popular no exercício da atividade administrativa do Estado

<sup>101</sup> Assembleia Nacional Constituinte (atas de comissões). I-a – Subcomissão da nacionalidade, da soberania e das relações internacionais, p. 107. Disponível em [http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp). Acesso em 15 out. 2012.

<sup>102</sup> Assembleia Nacional Constituinte (atas de comissões). I-b – Subcomissão dos Direitos, Políticos dos Direitos, Coletivos e Garantias, p. 27. Disponível em [http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp). Acesso em 15 out. 2012.

como manifestação da democracia fugindo da tradicional democracia representativa para a democracia participativa.

O relator, Lysâneas Maciel, na 12ª Reunião Ordinária realizada em 13 de maio de 1987, abordou que sobre a temática dos direitos coletivos houve uma preocupação em estabelecer garantias de participação popular e dar a garantia de eficácia a todo belo princípio estabelecido, o que pode ser visualizada na regulamentação dada à ação popular e à proposta do mandado de segurança coletivo. Nas palavras do relator:

Não apenas adotamos a questão da ação popular já existente, mas a ampliamos, quer na iniciativa a entidade, associações etc., mas também no alcance, podendo ir até à moralidade administrativa e violações da Constituição. Quer dizer, ampliou-se a ação popular. Não tiveram aquele efeito restrito, nem as penalizações, a não ser nas ações temerárias e emulação de direito, as limitações que tinha antigamente a ação popular. Sugerimos a criação do mandado de segurança coletivo, com alcance sobre pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado.<sup>103</sup>

Apesar da preocupação de alguns constituintes em estabelecer a participação popular para além da mera democracia representativa, como discursado por Reale Jr. e pontuado pelo relator no trecho acima, os Constituintes desta subcomissão tiveram discussões acaloradas devido à divergência de opinião sobre como a participação popular deveria ser consagrada na Constituição. Pode-se apontar como exemplo o debate entre os Constituintes Anna Maria Rattes e João Menezes, ocorrido na 14ª Reunião Ordinária da Subcomissão realizada em 19 de maio de 1987. A discussão se inicia devido ao seguinte pronunciamento da Constituinte Anna Maria Rattes:

Quanto ao conteúdo, acredito que a preocupação maior que S. Ex.<sup>a</sup> teve – e que sinto na fidelidade com que ele encampou essa idéia – foi o conteúdo ideológico da participação popular dentro de uma nova Constituição. A nossa Subcomissão é, vamos dizer, inovadora, porque pela primeira vez se fala em direitos coletivos e direitos políticos coletivamente. Então, não há, dentro de uma democracia moderna, dentro do novo aspecto participativo de que a política se reveste, como deixar de inserir o grande papel da participação popular, e até mesmo

---

<sup>103</sup> Assembleia Nacional Constituinte (atas de comissões). I-b – Subcomissão dos Direitos, Políticos dos Direitos, Coletivos e Garantias, p. 67. Disponível em [http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp). Acesso em 15 out. 2012.

do respaldo popular, às decisões do Congresso. Acho que isso tem que ser bastante avaliado e com todo o cuidado.<sup>104</sup>

Perante essa declaração, o constituinte João Menezes indaga a visão de participação popular com o seguinte questionamento: “V. Ex.<sup>a</sup> representa a vontade popular, V. Ex.<sup>a</sup> não foi eleita pelo povo?” Perante este, Anna Maria Rattes responde: “Represento, mas não com toda a plenitude de que gostaria. E acho até que o nobre Constituinte sente-se de certa maneira cerceado na sua representatividade quando não pode tê-la complementada, embasada e aumentada pela participação e o respaldo popular em todas as suas atitudes”.<sup>105</sup>

Nessa discussão, que ainda se prolongou, fica claro que para João Menezes a participação popular por meio da democracia representativa já é o suficiente para atender os anseios do povo, enquanto que para Anna Maria Rattes a representatividade não exclui o povo do processo, pois a democracia representativa e a participativa se complementam. Pelo que já foi dito de participação popular até agora, fica evidente que o presente trabalho segue o entendimento da Constituinte Anna Maria Rattes, a democracia representativa não é o suficiente para efetivar a participação do povo brasileiro no Estado, ainda mais de um povo vindo recentemente do cenário opressor da ditadura.

A última reunião registrada em ata desta Subcomissão foi a do dia 23 de maio de 1987, em que se submeteu a votação de seu anteprojeto, na ata em análise não se teve registro do anteprojeto final da Subcomissão, por isso, não foi possível apresentá-lo como feito para Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais.

Quanto à Subcomissão Dos Direitos Políticos e Garantias Individuais pelo registrado das reuniões em ata, não foi identificado nenhum registro a ser destacado sobre a questão da participação popular, por isso, não haverá aprofundamento sobre os trabalhos desta Subcomissão.

Após as Submissões subordinadas à Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher terem elaborados seus anteprojeto houve reunião no

---

<sup>104</sup> Assembleia Nacional Constituinte (atas de comissões). I-b – Subcomissão dos Direitos, Políticos dos Direitos, Coletivos e Garantias, p. 87. Disponível em [http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp). Acesso em 15 out. 2012.

<sup>105</sup> Assembleia Nacional Constituinte (atas de comissões). I-b – Subcomissão dos Direitos, Políticos dos Direitos, Coletivos e Garantias, p. 87. Disponível em [http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp). Acesso em 15 out. 2012.

dia 28 de maio de 1987 para apresentação. Nesta reunião estava presente o presidente da ANC Ulysses Guimarães, que fez a abertura dos trabalhos com o seguinte pronunciamento, demonstrando sua satisfação quanto ao modo que a Constituinte estava se desenvolvendo:

Desejo dizer que, como Previdente da Assembléia [sic] Nacional Constituinte, estou muito orgulho e tranquilo [sic]. Orgulhoso, em primeiro lugar, porque, mais uma vez, a criatividade – não é só no futebol que ela ocorre – a engenhosidade, a inortodoxia, e não aceitação daquilo que é tradicional, quando se entende que isso deva ocorrer, tudo isso tem se dado na elaboração da Constituição.<sup>106</sup>

E ainda fez um pronunciamento que coaduna com o hodierno olhar jurídico para o sistema jurídico, que centra a finalidade do Estado no ser humano expressada, por exemplo, pelo fundamento da dignidade humana:

O Estado é meio, não é fim. O fim é o homem com as suas perplexidades, com as suas angústias, com os seus desafios, com as suas necessidades, com os seus problemas, que devem ter no Estado um aliado e não um coveiro, um carrasco. Acho que esta deontologia do Estado é fundamental para realmente se dar sentido aos direitos e garantias individuais.”<sup>107</sup>

Após a manifestação de Ulysses Guimarães, se iniciou a apresentação de relatório pelos presidentes das subcomissões. O primeiro pronunciamento foi o da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, que pontuou o esforço não só para criação de uma Constituição, mas sobretudo de democratização do Estado brasileiro, de modo a dá-lo função de meio e não de fim da sociedade. Tudo isso, a fim de se fugir da realidade vivenciada no período da ditadura, e assim entregou o relatório.<sup>108</sup>

Posteriormente, Lysâneas Maciel, presidente da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, iniciou sua fala chamando a atenção para a preocupação com que tiveram em promover a participação popular no procedimento de

<sup>106</sup> Assembleia Nacional Constituinte (atas de comissões). I– Comissão da soberania e Dos direitos e garantias do homem e da mulher, p. 7. Disponível em [http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp). Acesso em 15 out. 2012.

<sup>107</sup> Assembleia Nacional Constituinte (atas de comissões). I– Comissão da soberania e Dos direitos e garantias do homem e da mulher, p. 7. Disponível em [http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp). Acesso em 15 out. 2012.

<sup>108</sup> Idem, p. 8.

elaboração do anteprojeto, fato que já havia sido aqui identificado quando foi analisado os trabalhos desta Subcomissão. Para representar isto, o presidente observou:

[...]Ouvimos representantes de mais de 475 setores – organizações, associações de bairro, igrejas, comunidades – e alguns apresentaram sugestões até em papel de pão. Mas, como eram boas, então as transformamos em propostas que pudessem ser submetidas à apreciação dos demais Constituintes e aproveitadas. Porque adotamos esse procedimento? Porque, na verdade, queremos deixar bem claro, nesta nova Constituição, que a fonte primária do poder é o povo. E isto está instituído no art 2º do anteprojeto de nossa subcomissão. A depender do texto constitucional, ninguém mais dará golpe de Estado neste País com base numa interpretação maliciosa do dispositivo constitucional. Poderá fazê-lo pelo uso da força, que, muitas vezes, é imprevisível, mas não baseado no texto constitucional. O art. 2º diz textualmente que a soberania do Brasil pertence ao povo e só pela manifestação de sua vontade, prevista na Constituição, é lícito assumir, organizar o poder.<sup>109</sup>

Por fim, foi apresentado o relatório da Subcomissão Dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. Com os anteprojeto das Subcomissões recolhidas, a Comissão teria agora que se dedicar a discuti-los para posteriormente apresentar um anteprojeto único para a Comissão de Sistematização. O procedimento de desenvolvimento dos trabalhos da primeira Comissão da Constituinte, também foi executado nas demais comissões. Todavia, como o objetivo da presente abordagem é destacar a questão da participação popular, a análise ficará adstrita apenas à primeira Comissão por ser quem tinha por competência a regulamentação do tema.

Perante os relatórios das Comissões apresentados à Comissão de Sistematização, esta se voltou para o objetivo de finalmente chegar ao projeto final a ser votado.

Das várias discussões registradas na Comissão de Sistematização, vale destacar o pronunciamento de José Paulo Bisol, relator da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, sobre a emenda popular:

Não são as negociações que são definitivas. Definitivo é o fato de que estamos escrevendo esta Constituição com lágrimas e sangue de um povo marginalizado e sacrificado, onde oitenta milhões de brasileiros são pobres, quarenta milhões dos quais não alcançam sequer a

<sup>109</sup> Assembleia Nacional Constituinte (atas de comissões). I – Comissão da soberania e Dos direitos e garantias do homem e da mulher, p. 9. Disponível em [http://www.senado.gov.br/publicacoes/anaais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anaais/asp/CT_Abertura.asp). Acesso em 15 out. 2012.

condição ética de existência: a condição moral. É com o suor e com o sangue destes que estamos escrevendo a Constituição. E haveremos de encontrar uma saída para estabelecer definitivamente a participação popular e a visibilidade da administração.<sup>110</sup>

Aqui se identifica que desde as discussões nas Subcomissões até o trabalho da Comissão de Sistematização, a participação popular é questão central da Constituinte, o povo brasileiro e seus representantes ansiavam por romper com o aprisionamento da ditadura e apresentar uma nova Constituição como um grito de rompimento com o autoritarismo da ditadura para finalmente se voltar a ter um Estado para o povo e não para o governo. Em 24 de novembro de 1987, tal foi alcançando, a Comissão de Sistematização apresentou ao presidente da ANC Ulysses Guimarães o projeto final da Constituição para votação.<sup>111</sup> Posteriormente, quase um ano em processo de votação após a apresentação do projeto final, em 05 de outubro de 1988 o Brasil presenciou a sua redemocratização com a publicação de uma nova Constituição.

Assim, após esse trabalho de análise das fontes que registram o processo constituinte a fim de verificar como a participação iria se consagrar como direito fundamental no Brasil, identifica-se que esta fez parte do processo ao permitir a manifestação da sociedade, seja pela participação em audiências públicas, seja pela propositura de emendas populares ou ainda pela possibilidade de defesa das mesmas. Além disso, a participação ficou consagrada no próprio texto constitucional, iniciando-se pela soberania popular, pelo fundamento da cidadania, pelas diversas previsões de participação direta ou indireta do povo. Seja no poder legislativo por meio do voto ou pelas atuações diretas como o plebiscito, referendo e participação popular. Tanto como no poder executivo pela previsão da participação da população, por exemplo, pelos orçamentos participativos. Mais importante aqui do que identificar previsões pontuais que garantam a participação popular no Brasil, é acentuar que a estruturação do Brasil como Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania e a cidadania garante previsão genérica de participação popular no país como forma de legitimação da atuação estatal. Num Estado em que a soberania advém do povo, não há como concebê-lo sem a garantia da participação popular.

---

<sup>110</sup> Assembleia Nacional Constituinte (atas de comissões). 9 a - Comissão de Sistematização, p. 432. Disponível em [http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp). Acesso em 15 out. 2012.

<sup>111</sup> Assembleia Nacional Constituinte (atas de comissões). 9 d - Comissão de sistematização (Sessão solene). Disponível em [http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT\\_Abertura.asp](http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp). Acesso em 15 out. 2012.

### 1.3.3 A previsão da participação popular na Constituição de 1988

A primeira consagração da participação popular na Constituição brasileira está no art. 1º, ao dispor que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Segundo Mêncio, “a democracia na forma em que foi recepcionada pelo nosso sistema jurídico, é baseada nos princípios da soberania popular e participação do povo no exercício do poder político” (P. 39). Como trabalhado, nesta estruturação estatal a participação popular é elemento imprescindível de modo que o exercício das funções do Estado só se legitima perante a abertura para participação do povo. Por este dispositivo constitucional, é possível afirmar então que o direito fundamental à participação popular incide na atividade dos três poderes do Estado brasileiro: executivo, legislativo e judiciário. Nesse sentido, segundo Oliveira:

[...] a junção da noção de democracia à de Estado de direito, levada a efeito pela atual Constituição, muito mais que estabelecer um qualificativo do modo de ser do nosso Estado Federal, foi responsável pela atribuição aos cidadãos de um direito de primeiríssima grandeza, de importância inquestionável: o direito de participação nas decisões estatais.<sup>112</sup>

Além dessa previsão basilar da garantia da participação popular no Estado brasileiro, a Constituição também apresenta diversas disposições pontuais protegendo este direito:

No art. 5º, em que se tem a apresentação de um vasto rol de direitos e garantias fundamentais individuais, encontra-se no inciso XXXIV a garantia do direito de petição perante os Poderes Públicos, que consiste em manifestação do direito à participação popular ao garantir o acesso dos cidadãos aos órgãos públicos, de modo que fique bem claro que o Estado não faz nenhum favor ao atender pedidos de informação ou defesa de direitos da população, mas simplesmente cumpre uma obrigação imposta pela Constituição. Já o inciso LXX do mesmo artigo traz a novidade do mandado de segurança coletivo garantindo o uso do remédio constitucional não apenas para tutelas particulares, mas também em defesa da coletividade, sendo uma

---

<sup>112</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Participação administrativa. **Revista de Direito administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 20, p. 167-191, abr./jun., 2005.

abertura no âmbito judiciário para participação popular. Além do mandado de segurança coletivo, a ação popular também se apresenta como meio para garantia da participação popular no judiciário, a novidade trazida pela Constituição está na extensão dos direitos possíveis de tutela por esse tipo de ação como a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural ou aspecto importante da ação popular é a legitimidade ativa, já que no mandado de segurança coletivo apenas era possível a impetração por meio de pessoas jurídicas enquanto na ação popular o próprio cidadão tem a legitimidade para iniciar a ação.

Passando para esfera dos direitos sociais, pode-se destacar a previsão do art. 10 que “[...] assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação”<sup>113</sup>. Permitindo a participação popular nos órgãos responsáveis pela regulamentação no campo do trabalho.

Quanto aos direitos políticos, o art. 14 regulamenta que a soberania popular “será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular”<sup>114</sup>. Aqui se contempla a previsão do exercício da democracia representativa por meio voto e também da democracia direta pelas figuras do plebiscito, referendo e iniciativa popular, sendo que tais previsões garantem a participação popular no exercício da função legislativa do Estado.

No âmbito do poder executivo, o art. 31, § 3º 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.<sup>115</sup>

Já o art. 37, § 3º dispõe que “a lei disciplinará formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta”. E ainda o art. 89, VII prevê na composição do Conselho da República, órgão superior de consulta do Presidente da República, a participação de seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três

---

<sup>113</sup> BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

<sup>114</sup> Ibidem.

<sup>115</sup> Ibidem.



anos, vedada a recondução. Em todos os dispositivos percebe-se a preocupação em se abrir a atividade administrativa do Estado para participação da população.

O art. 74, § 2º garante ao cidadão o controle das atividades administrativas do Estado por meio de denúncias ao Tribunal de Contas da União, órgão responsável pela fiscalização das contas públicas da União. Outra previsão de fiscalização pela população é a prevista no art. 173, § 1º, que impõe ao estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias a exploração da atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade.

Sobre a seguridade social, “conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”<sup>116</sup>, a Constituição estabelece como um de seus objetivos para se considerar quando o Poder Público for organizá-la, o “caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”<sup>117</sup> (art. 194, VII). Quanto aos direitos relativos à saúde, a participação da comunidade se apresenta como diretriz do sistema único de saúde (art. 198, III), bem como na área de assistência social do governo também tem como diretriz a participação popular (art. 204, II).

Segundo o art. 205, o direito à educação é voltado para o preparo do cidadão ao exercício da cidadania, sendo a gestão democrática do ensino público (art. 206, VI) um dos princípios para promoção da educação. Além disso, na proteção ao meio ambiente (art. 225), à criança e ao adolescente (art. 227), ao idoso (art. 227), a Constituição também garante a participação popular para promoção desses direitos.

Apesar da participação popular ser garantida de modo amplo no desenvolvimento das funções estatais, o presente trabalho objetiva nos próximos capítulos limitar seu estudo ao âmbito da Administração Pública, função do Estado marcada por histórico de arbitrariedade e autoritarismo.

---

<sup>116</sup> BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

<sup>117</sup> Ibidem.

## **2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO NA GESTÃO PÚBLICA**

Com o foco da participação popular no âmbito da administração pública, o capítulo que se inicia com apresentação da forma como o direito regulamenta a gestão da coisa pública tendo como princípio informante o dever de promoção da participação popular. Perpassando pelo fenômeno do neoconstitucionalismo, buscar-se-á apresentar como os valores constitucionais passam a determinar o campo do direito administrativo. Nesse contexto, o devido processo legal será estudado como protagonista para inserção da democracia na esfera administrativa, sendo importante a exploração teórica e normativa dessa peça chave para garantia da participação popular.

### **2.1 REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA UNILATERALIDADE À DEMOCRATIZAÇÃO**

A atividade administrativa é a função do Estado que está mais próxima do cotidiano dos cidadãos. Desde o início da jornada diária das pessoas ela já os permeia com serviços de água, energia, transporte, educação, saúde. Sem que talvez, os cidadãos tenham plena consciência disso, a função administrativa estatal lhes atinge todos os dias sendo gerida por meio da denominada Administração Pública e regulamentada juridicamente pelo direito administrativo. Num Estado Democrático de Direito, o modo de se gerir a coisa pública não pode mais estar isento da incidência da participação popular. Assim, o presente tópico busca apresentar a influência do sistema de direitos fundamentais, especificamente da participação popular, na regulamentação e atuação da Administração Pública.

### 2.1.1 A gênese do direito administrativo

Segundo Melo<sup>118</sup>, para entender a gênese do Direito administrativo, o marco histórico é o Estado de Direito. Sabe-se que o Estado de Direito é aquele em que a sociedade e o próprio Estado estão submissos à regência do sistema jurídico. Contrapõe-se a estrutura do Estado Absolutista que apenas impõe as leis, mas a elas não se submete. O autor afirma <sup>119</sup> que não há que se falar em Direito administrativo antes do Estado de Direito, pois este não estava enclausurado pela ordem jurídica. Existia apenas o Direito Civil para reger as relações privadas, o Estado estava alheio a essa regência.

O Estado de Direito, fruto da revolução francesa, surge em contraposição ao Estado Absolutista, opõe-se à arbitrariedade e ao autoritarismo do antigo regime, pois no Estado de Direito, o próprio Estado está submisso à lei. Perante essa nova lógica estatal surge o direito administrativo para regulamentar a atividade da Administração Pública. Para sujeitar o poder estatal à lei era preciso de normas próprias com fundamentos diferentes do direito civil, já que este regia as relações entre particulares e era inepto para reger vínculos de outra índole, era preciso normas que atendessem as peculiaridades do Estado.

Então, segundo Bandeira de Melo “o que hoje conhecemos por “Direito administrativo” nasceu na França” <sup>120</sup> com a seguinte progressão histórica: Em 1789, com o início da Revolução Francesa vieram os ideais de mudança para estruturação do Estado. Os revolucionários franceses após a revolução tinham séria preocupação em promover rígida separação dos poderes, como meio de se protegerem da experiência tida com o Judiciário no Antigo Regime que resultou na Revolução. Bandeira de Melo aponta que “após a Revolução Francesa, desenvolveu-se naquele país uma singular concepção da tripartição do exercício do Poder, segundo a qual haveria uma violação dela se o Judiciário controlasse atos provenientes do Executivo” <sup>121</sup>. De acordo com o autor, essa manifestação da separação dos poderes era “uma forma eufêmica de traduzir a prevenção que os revolucionários tinham com o Poder Judiciário [...], o qual além de

---

<sup>118</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47.

<sup>119</sup> Ibidem. p.47.

<sup>120</sup> Ibidem, p. 38

<sup>121</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40

arraigado conservantismo, de fato invadia competências administrativas e arvorava-se em administrador”<sup>122</sup>.

No ano 1790 publicou-se a lei 16 – 24 agosto, que estabeleceu a separação entre as funções do Estado sob pena de atribuição de crime funcional aos juízes que intervissem nas questões administrativas: “As funções jurisdicionais são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas; os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, por qualquer forma, as operações dos corpos administrativos”. Tendo continuado as violações entre a separação querida das funções, em 1795 proibiu-se que os tribunais conhecessem atos da Administração. Com isso, a própria Administração julgaria as contendas proposta contra ela. Esse período ficou conhecido como sistema do Administrador-Juiz e perdurou até o fim da Revolução Francesa, quando Napoleão Bonaparte assumiu e iniciou a modificação do sistema. No ano de 1799 ocorreu a criação do Conselho do Estado, órgão que seria determinante para a concepção do direito administrativo. Inicialmente, esse órgão tinha natureza apenas consultiva e propunha decisão a ser tomada pelo Chefe de Estado em matéria recursal. Em 1872, foi extinta a necessidade de homologação da decisão proposta pelo Conselho de Estado, mas permaneceu o poder do Chefe de Estado de revisá-la. Esse sistema ficou conhecido como Justiça delegada, mas permanecia em primeira instância o sistema administrador-juiz. Em 1889, por decisão do próprio Conselho de Estado, foi transferida para ele competência plena de decisão em litígio administrativo. Surgiu então na França o sistema de dualidade da jurisdição ou contencioso administrativo, em que o Tribunal do Poder Judiciário, e separadamente, o Tribunal Administrativo tinha competência para dizer o direito com força de coisa julgada, ou seja, apresentavam voz jurisdicional. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que

O apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança em relação aos juízes do velho regime serviram de fundamento para a criação, na França, da **jurisdição administrativa** (o **contencioso administrativo**), ao lado da **jurisdição comum**, instituindo-se, dessa forma, o sistema da dualidade de jurisdição.<sup>123</sup>

As decisões desse Conselho de Estado foram a grande base teórica para construção do direito administrativo que se difundiu da França para outros países,

<sup>122</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>123</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4.

inclusive para o Brasil que “na Constituição de 1824 criou um Conselho de Estado, depois foi extinto pelo Ato Adicional de 1834, reinstaurado em 1841 e abolido tacitamente pelo Dec. 1, de 15 de novembro de 1889”<sup>124</sup>. Assim, apesar de o direito administrativo brasileiro ter bases teóricas no direito francês, hoje, não se adota no país o sistema do contencioso administrativo.

Ao contrário de Bandeira de Melo, que nega qualquer resquício do direito administrativo antes do Estado de Direito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>125</sup> afirma que apesar do direito administrativo nascer como ramo autônomo apenas no século XVIII para o século XIX, anteriormente já existia normas administrativas, visto que onde quer que exista o Estado, existem órgãos encarregados do exercício de funções administrativas, só que tais normas não faziam parte de uma disciplina autônoma, apenas integrava o direito civil.

Perante essa perspectiva ideológica apresentada da concepção do direito administrativo, Gustavo Binzenbojm nega veemente a relação da origem do direito administrativo com o Estado de Direito e a teoria da separação dos poderes, visto que para ele “o direito administrativo, nascido da superação do Antigo Regime, serviu como instrumento teórico para a preservação daquela mesma lógica de poder” e “do princípio da autoridade, e não com a promoção das conquistas liberais e democráticas”<sup>126</sup>. Segundo o jurista, “[...] as categorias básicas da disciplina não surgiram da sujeição da Administração à vontade heterônoma da lei, mas antes de uma autovinculação do Poder Executivo à sua própria vontade.”<sup>127</sup>

Assim, as primeiras premissas estruturantes do direito administrativo buscavam a manutenção do princípio da autoridade e não a promoção de ideais democráticos. Posterior à origem do direito administrativo, incorporou-se a disciplina o que Binzenbojm denominou de “*vertente garantística*, caracterizada por meios e instrumentos de controle progressivo da atividade administrativa pelos cidadãos”<sup>128</sup>. Com isso, o direito administrativo se desenvolveu conciliando paradigmas

---

<sup>124</sup> MEDAUAR, p. 45.

<sup>125</sup> Op. Cit., p. 1.

<sup>126</sup> BINZENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**, p.14. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINZENBOJM.PDF>. Acesso em: 11 de junho de 2012.

<sup>127</sup> Ibidem.

<sup>128</sup> BINZENBOJM, Gustavo. **A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos**, p.14. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINZENBOJM.PDF>. Acesso em: 11 de junho de 2012, p. 2.

contraditórios, de um lado premissas sustentadoras do poder e de outro a tentativa de controle popular.

Alerta-se para necessidade de se desvincular da visão romântica do direito administrativo como fiel manifestação do Estado de Direito, visto que ele se desenvolve inicialmente simplesmente numa perspectiva unilateral pautado na necessidade de se estabelecer princípios próprios que sustentassem o trabalho da Administração Pública. Nessa perspectiva estabelece-se a teoria do ato administrativo, que se apresentaria como principal elemento para o desenvolvimento da atividade administrativa no direito francês, por exemplo, que foi marcada por uma atuação simplesmente unilateral da Administração Pública, pautada em prerrogativas como imperatividade, presunção de legalidade e autoexecutoriedade.

Todavia, a regulamentação jurídica da Administração Pública por essa perspectiva unilateral, muitas vezes arbitrária e autoritária, viria a ser modificada perante uma alteração do próprio direito diante as mazelas sociais trazidas pelo Estado Liberal com o advento das duas grandes guerras. Do mesmo modo que o Estado revalorizou-se para superar a crise social, o Direito também o fez, reestruturando-se em valores, advém o neoconstitucionalismo.

## **2.1.2 Reflexos do neoconstitucionalismo no direito administrativo: o advento da constitucionalização**

### **2.1.2.1 O núcleo normativo do Direito: abordagem histórica da mudança**

Na Europa Continental até a segunda guerra a lei era tida como fonte principal e quase exclusiva do Direito, sendo que a Constituição não passava de documento político sem efeito jurídico vinculante. Todavia, depois da segunda guerra a Constituição passa a ser tratada como autêntica norma jurídica. As Constituições europeias passam a apresentar nova composição jurídica com privilégio normativo aos princípios. Segundo Sarmento, “[...] boa parcela das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas – são em grande parte, princípios e não regras” <sup>129</sup>. Assim, é nesse contexto de nova roupagem

---

<sup>129</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In: Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p.115.

constitucional que as concepções do neoconstitucionalismo se manifestam sendo que a reestruturação normativa da Constituição culmina em necessidade de mudança hermenêutica para leitura constitucional.

Segundo Barroso, as referências principais para o desenvolvimento do neoconstitucionalismo na Europa continental são

[...] a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã [03]), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. [...] a Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.<sup>130</sup>

O termo neoconstitucionalismo teve sua origem na Espanha e na Itália, não é adotado no constitucionalismo de juristas como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Haberle, Gustavo Zagrebelsk, Luigi Ferrajoli, pois apesar desses serem tomados como pensadores para embasamento dos adeptos do neoconstitucionalismo, não se denominam neoconstitucionalistas.

No Brasil, a Constituição de 1988 é marco histórico do revigoramento do direito constitucional no país. Ela nasce como manifestação reacionária ao antigo regime autoritário na busca de uma reconstrução democrática do país. Há dois momentos importantes de identificação do neoconstitucionalismo brasileiro <sup>131</sup>, o primeiro pelo tratamento da Constituição como norma jurídica com necessidade de sua aplicação direta pelos juízes. Tal entendimento foi introduzido por autores como Luis Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève, Sarmiento explica que

[...] o que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a

---

<sup>130</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional brasileiro)**. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 06 de junho de 2012.

<sup>131</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In: Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p.215.

Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloquentes.<sup>132</sup>

O segundo momento é identificado com a introdução no país das teorias pós-positivistas por juristas como Paulo Bonavides e Eros Roberto Grau influenciados, dentre outros, por Ronald Dworkin e Robert Alexy. Pela teoria pós-positivista, tem-se discussões sobre temas como principiologia, técnica interpretativa de ponderação, teoria dos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se o retorno para os cursos de pós-graduação em Direito de discussões entre a relação do Direito com a Moral, uma ênfase na produção acadêmica sobre a teoria dos princípios ressaltando sua normatividade e a constitucionalização de diversos ramos do Direito. Hodiernamente, as tendências do neoconstitucionalismo inaugurados pela Constituição de 1988 permanecem exalando seus efeitos no sistema jurídico. Nas discussões jurídicas os princípios são a pedra de toque da argumentação e as novas técnicas interpretativas como a ponderação são constantemente invocadas por nossa Corte Constitucional. Logo, os reflexos do neoconstitucionalismo no direito brasileiro são contemporâneos.

Após essa contextualização histórica sobre o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, voltar-se-á para apresentação de algumas de suas conceituações a fim de se atingir os denominadores comuns capazes de identificá-lo.

#### **2.1.2.2 Neoconstitucionalismo: a problemática conceitual**

Perante uma análise gramatical do termo neoconstitucionalismo, percebe-se uma formação de palavra por composição pela junção do radical “neo” à palavra constitucionalismo. Sabemos que “neo” significa novo, logo o primeiro significado que poderíamos abstrair o termo neoconstitucionalismo seria novo constitucionalismo, apesar da obviedade dessa afirmação, ela se faz necessária para traçarmos a relação do neoconstitucionalismo com o constitucionalismo a fim de se identificar o que de inovador o primeiro termo traz. Segundo Carbonell “não são poucos os autores que se

---

<sup>132</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In: Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 215.



perguntam se em realidade há algo novo no neconstitucionalismo ou se trata apenas de uma etiqueta vazia [tradução nossa]”<sup>133</sup>. Nesse sentido, Mauro Barberis explica que

*El término “neoconstitucionalismo”, empleado con frecuencia sobre todo en el debate filosófico-jurídico, reenvía evidentemente a “constitucionalismo”, término a su vez usado para indicar al menos tres cosas distintas, aunque conectadas entre si. En un primer sentido, muy lato, “constitucionalismo” reenvía al antiguo ideal del gobierno de las leyes, o más bien del Derecho; en segundo sentido, más estricto, designa la traducción propia de los siglos XVIII y XIX de este modelo en la Idea de Constitución como instrumento para limitar el poder político; en terceiro sentido – estrictísimo, y no del todo adecuado – indica (la doctrina de) el Derecho constitucional.*<sup>134</sup>

O jurista afirma que o neoconstitucionalismo retorna pelo menos aos dois primeiros sentidos do constitucionalismo, ou seja, ao governo do Direito e à Constituição como instrumento limitador do poder político o que sustentaria a adequação da terminologia criada.

Segundo Comanducci, o termo neoconstitucionalismo comporta três acepções: teoria, ideologia e metodologia. Nas palavras do jurista “*El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente una ideología y una correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente com la positivista*”<sup>135</sup>. Como teoria o neoconstitucionalismo visa descrever o processo de modificação dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos que se contrapõe a teoria do positivismo vigente anteriormente. Esse novo modelo é caracterizado pela positivação dos direitos fundamentais e pela presença de princípios nas Constituições, por peculiaridades nas técnicas interpretativas para aplicação das normas constitucionais em relação à técnica interpretativa usada pelo positivismo para lei. Como ideologia o neoconstitucionalismo se distingue do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX por não ter como objetivo central a limitação do poder estatal, mas sim a garantia dos direitos fundamentais. Como método o neoconstitucionalismo promove a comunicação necessária entre Direito e Moral, o que era rejeitado pelo positivismo metodológico.

<sup>133</sup> CARBONELI, Miguel. **El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis**. In: El canon neoconstitucional. Madrid: IJ-UNAM, 2010, p. 153.

<sup>134</sup> BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 259-260.

<sup>135</sup> COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 83.

Sanchís também apresenta três desdobramentos para compreensão conceitual do neoconstitucionalismo. Com a indagação *¿Qué puede entenderse por neoconstitucionalismo?*<sup>136</sup>, o jurista responde que primeiramente o neoconstitucionalismo é um modelo institucional de certa forma de organização política; em segundo, uma teoria do direito para explicar a cultura jurídica contemporânea; em terceiro, uma ideologia em que uma de suas dimensões é considerar a filosofia política que trata o Estado Constitucional de Direito como a melhor forma de organização política, outra de caráter metodológico que sustenta a vinculação necessária entre direito e moral e uma última que propõe uma visão crítica e não só descritiva do Direito.

No âmbito jurídico brasileiro, Barroso traz a seguinte conceituação para neoconstitucionalismo:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional [...] identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinaladas, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito<sup>137</sup>.

O Professor Schier observa que o neoconstitucionalismo é o movimento que trouxe luz contra a escuridão do positivismo com sua lógica subsuntiva de interpretação. A ligação do direito com a moral, o reinado da principiologia, as novas técnicas interpretativas de ponderação e certa interpretação criativa dos magistrados são elementos do neoconstitucionalismo que concedem luminosidade ao sistema jurídico.

138

<sup>136</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 123.

<sup>137</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional brasileiro)**, p. 10-11. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 06 de junho de 2012.

<sup>138</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 4 – out/nov/dez de 2005. Disponível em

Numa abordagem conceitual mais concisa, Rodrigues afirma que “o neoconstitucionalismo significa uma gama de fenômenos no âmbito do Direito Constitucional, que, em conjunto, acabaram por gerar uma constitucionalização do Direito como um todo”<sup>139</sup>.

Por fim, na conceituação de Rossi em que se entenda o termo constitucionalismo contemporâneo como neoconstitucionalismo:

O constitucionalismo contemporâneo estabelece a recepção, no ordenamento jurídico, da moral, especialmente sob a forma de direitos fundamentais. O neoconstitucionalismo quer promover o reencontro do Direito com os valores, rematerializando-o. A técnica subsuntiva, própria do positivismo tradicional que separa herméticamente o Direito da Moral, torna-se, cada vez mais, insuficiente para dar solução a gama complexa de questões que surgem no horizonte. O conflito entre princípios, especialmente na seara dos direitos fundamentais, exige uma nova técnica de solução, a ponderação de valores, o juízo argumentativo desta ponderação<sup>140</sup>.

Perante as diversas conceituações apresentadas, volta-se para a identificação das características coincidentes que seriam determinantes para identificação de uma manifestação neoconstitucionalista.

### **2.1.2.3 Características do neoconstitucionalismo: a identificação do movimento teórico da valoração no Direito**

Ao analisar o tratamento conceitual de Camanducci, pode-se abstrair das três acepções apresentadas as seguintes características para o neoconstitucionalismo: posituação dos direitos fundamentais e preocupação com sua garantia, valorização dos

---

<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>. Acesso em 04 de jul de 2012.

<sup>139</sup> RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **Neoconstitucionalismo e legalidade administrativa: a juridicidade administrativa e sua relação com os direitos fundamentais**. Disponível em <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-29280.pdf/rev630309NeoconstitucionalismoPrincipiollegalidade.pdf>. Acesso em 04 de jul 2012.

<sup>140</sup> ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais**. Disponível em [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia\\_do\\_carmo\\_sampaio\\_rossi.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf). Acesso em: 06 de junho de 2012.

princípios, emprego de novas técnicas interpretativas e vinculação do Direito a Moral. Em Sanchís, observam-se as características de preocupação com a compreensão do constitucionalismo contemporâneo, ou seja, com a positivação do sistema de direitos fundamentais e a supervalorização principiológica, a vinculação entre Direito e Moral e valorização do Estado Constitucional de Direito.

Na doutrina brasileira, a conceituação de barroso já pontua explicitamente diversas características do neoconstitucionalismo. Com a conceituação de Amélia Sampaio Rossi, percebem-se as características de novas técnicas interpretativas para normas constitucionais em contraposição a simples subsunção do positivismo, a vinculação entre Direito e Moral e a positivação dos direitos fundamentais. Assim fica evidente a coincidência de diversas características nas conceituações do neoconstitucionalismo.

Com isso, Vale aponta que

Esses pontos em comum, retirados de teorias cujas bases filosóficas são bastante ecléticas, podem ser sintetizados da seguinte maneira: a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e moral.<sup>141</sup>

Sarmiento identifica três pontos de convergência para identificar o neoconstitucionalismo: construções de novas teorias que sejam compatíveis com as mutações da cultura jurídica, ou seja, mudança da lógica formal para a ideia do razoável método compatível para interpretação das normas constitucionais com relevância principiológica; abertura do direito para o debate moral, sendo que alguns juristas aceitam apenas a ligação contingente entre as esferas como Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchís, Ricardo Guastini e Suzana Pazzolo e outros atestam por uma conexão necessária entre direito e moral como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Carlos Santiago

---

<sup>141</sup> ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais**. Disponível em [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia\\_do\\_carmo\\_sampaio\\_rossi.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf). Acesso em: 06 de junho de 2012.

Nino; por fim, o último ponto de convergência seria o foco no poder judiciário, visto que no neoconstitucionalismo o juiz é o grande protagonista.<sup>142</sup>

Com isso, o jurista apresenta as seguintes características centrais do neoconstitucionalismo: valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica como a ponderação, reconhecimento da defesa da constitucionalização do Direito e destaque do judiciário.

Sendo a constitucionalização do Direito, uma das características do neoconstitucionalismo, passa-se à análise de seus reflexos na esfera do direito administrativo.

#### **2.1.2.4 A constitucionalização do direito administrativo: valorando a Administração Pública**

A constitucionalização do Direito é fenômeno intrínseco ao neoconstitucionalismo, consiste na interpretação extensiva e radiante dos direitos fundamentais e princípios mais importantes da ordem constitucional<sup>143</sup>. Se pelo neoconstitucionalismo tem-se a inserção nas Constituições de vasto sistema de direito fundamentais com relevância normativa dos princípios exigindo mudança interpretativa. Esse fenômeno não fica restrito ao direito constitucional, visto que o Direito estabelecido como sistema encontra seu fundamento axiológico na Constituição que irradia para as demais esferas jurídicas ou microssistemas jurídicos culminando no fenômeno da constitucionalização.

Ricardo Guastini explica que a constitucionalização é um processo de transformação do ordenamento jurídico que o deixa impregnado das normas constitucionais. O ordenamento jurídico constitucionalizado é identificado por uma Constituição capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, os políticos, a sociedade<sup>144</sup>. Assim, falar em Constitucionalização do direito administrativo no Brasil é verificar se a vasta gama de direitos fundamentais e a

---

<sup>142</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In: Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p.120.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>144</sup> GUASTINI, Ricardo. **Estudios de la teoría constitucional**. México: IIJ-UNAM-Forntamara, 2007, p.153.

regência principiológica da “Constituição Cidadã” brasileira têm refletido na leitura dessa esfera jurídica.

Apesar do direito administrativo e do direito constitucional terem origem no mesmo contexto histórico, as duas disciplinas se desenvolveram inicialmente sem comunicação. Somente após a Segunda Guerra, com o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, é que o fenômeno da constitucionalização iria incidir no Direito administrativo. As constituições italiana e alemã foram as primeiras a terem dispositivos sobre a Administração Pública na Carta Magna. No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe vasta regulamentação sobre a matéria da Administração Pública em seu texto.

Barroso explica que

[...] três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do direito administrativo: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a sequência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados.<sup>145</sup>

A tentativa de constitucionalizar o direito administrativo não é missão fácil, Marçal Justen Filho explica que “em alguns temas, o conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito tempo deixou de existir”<sup>146</sup>. Por isso, há a necessidade de constitucionalizar o direito administrativo, ou seja, “impregnar a atividade administrativa com o espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos direitos fundamentais e valores ali consagrados”<sup>147</sup>. É necessário que a supremacia da Constituição não seja apenas discurso político, mas se concretize na atividade administrativa do Estado.

Para Binenbojm, “Talvez o aspecto mais importante dessa constitucionalização do Direito administrativo seja a ligação direta da Administração

<sup>145</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional brasileiro)**. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 06 de junho de 2012.

<sup>146</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 76

<sup>147</sup> Idem. p. 76.

aos princípios constitucionais, visto estes como *núcleos de condensação de valores*”<sup>148</sup>. Um desses princípios é a participação popular, logo, é imprescindível a efetivação de uma Administração Pública democrática. Nessa ótica, Oliveira explica que a missão do direito administrativo é “[...] viabilizar, através de mecanismos institucionais, a efetivação de direitos, não somente individuais, mas sociais, coletivos e difusos, ou seja, centralizar-se na figura do cidadão-administrado”<sup>149</sup>. Com isso, o autor explica que nasce a necessidade de “[...] institucionalização de canais destinados a permitir que os cidadãos, individualmente ou mediante entidades representativas, expressem suas razões e opiniões acerca dos assuntos públicos, mas com reflexos na atuação administrativa”<sup>150</sup>.

Adentra-se agora na verificação de como a Administração Pública teve que sofrer mudanças de operacionalização do seu exercício funcional perante as normas constitucionais e ainda como o processo administrativo será uma institucionalização de canais de acesso pelo cidadão ao poder público.

### 2.1.3 Administração Pública dialógica: abertura para participação popular

A relação entre o Estado e os cidadãos não mais se rege apenas pela imperatividade da Administração. Os atos administrativos caracterizados pela unilateralidade não são mais o núcleo isolado para compreensão do desenvolvimento da função administrativa. O autoritarismo e arbitrariedade provenientes do desvirtuamento da unilateralidade não podem mais permanecer. O Estado Democrático de Direito estrutura um novo paradigma para a Administração: a participação popular. Passa-se da estrutura de uma Administração unicamente unilateral para exigência da Administração dialógica. Os indivíduos na relação com a Administração saem da condição de administrados para serem tratados como cidadãos, pois só assim é possível se atingir a democracia. Visto que segundo Valle “[...] não há como se reconhecer a democracia

---

<sup>148</sup> BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos, p.15. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2007-GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>. Acesso em: 11 de junho de 2012

<sup>149</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 17.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 18.

sem a possibilidade real de intervenção dos cidadãos no processo de definição de seu destino”<sup>151</sup>. O termo cidadão comporta o significado de sujeito ativo frente ao Estado, participante das decisões estatais e não apenas de mero espectador. Mello e Dantas afirmam que o Estado Democrático de Direito “não vê apenas cidadão um simples súdito mas um titular de direitos e parceiro da Administração e que, por isso, o inclui na atividade administrativa como corresponsável”<sup>152</sup>.

Giannini aponta a participação popular na esfera administrativa como uma das características da Administração Pública contemporânea.<sup>153</sup> Quanto à conceituação, para Oliveira, participação popular na Administração Pública é “*a possibilidade de intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão da Administração Pública, de caráter consultivo ou deliberativo*” (2010, p. 21). Já segundo Modesto, participação administrativa ou participação no âmbito da administração pública consistem em:

[...] todas as **formas de interferência de terceiros na realização da função administrativa do Estado**. Mas a participação popular na administração pública é conceito necessariamente mais restrito: trata-se **da interferência no processo de realização da função administrativa do Estado, implementada em favor de interesses da coletividade, por cidadão nacional ou representante de grupos sociais nacionais, estes últimos se e enquanto legitimados a agir em nome coletivo**.<sup>154</sup>

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou o Brasil como Estado Democrático de Direito fundamentado na soberania popular, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo jurídico. Logo a Administração Pública está sujeita a regência da democracia, espera-se uma Administração Consensual ao invés da tradicional Administração Unilateral. Segundo Justen Filho, “a observância de procedimentos democráticos, com a ampla participação da população, é um fator constitutivo da validade da atividade

<sup>151</sup> VALLE, Vanice Regina Lúrio do. **Controle Social: promovendo a aproximação entre a administração pública e a cidadania**. In: Brasil. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 2001. Monografias vencedoras: perspectivas para o controle social e a transparência da Administração Pública. Brasília: TCU, 2002, p. 90.

<sup>152</sup> MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. **A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado**. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7585](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585)

<sup>153</sup> GIANNINI *apud* OLIVEIRA, p. 21.

<sup>154</sup> MODESTO, Paulo. **Participação popular na administração pública**. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/2586/participacao-popular-na-administracao-publica>. Acesso em 08 jan. 2012.



administrativa.”<sup>155</sup> Com isso, a atividade administrativa apenas se legitima com a efetivação da participação popular.

Antes da vigente estruturação constitucional, e até mesmo pela conservadora e permanente postura da Administração Pública, o principal elemento de desenvolvimento da função administrativa era o ato administrativo. Segundo Carvalho Filho, ato administrativo é

[...] a exteriorização da vontade dos agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos com o fim de atender o interesse público<sup>156</sup>.

Pela conceituação do jurista identifica-se que o ato administrativo basicamente é identificado por três elementos: exteriorização da vontade do agente público, regência pelo Direito Público e a busca de realização do interesse público. A relação do ato administrativo com a postura conservadora da Administração Pública está essencialmente ligada à unilateralidade do ato administrativo. Tradicionalmente, a Administração Pública permitia que seus agentes exteriorizassem atos administrativos que interferiam na esfera de direitos da sociedade, sem que esta tivesse a chance de participar da formação desse ato.

Outro problema está na caracterização básica do ato administrativo como imperativo, com presunção de legitimidade e auto-executável. A imperatividade impõe a submissão, de todos os indivíduos que se encontrem no campo de incidência, aos efeitos do ato administrativo. A presunção de legitimidade preconiza que até que se prove o contrário, o ato administrativo nasce em conformidade com a ordem jurídica vigente. E por último, o ato administrativo é auto-executável por não precisar de autorização do judiciário para produzir seus efeitos. Apesar de essas características viabilizarem a dinâmica operacional da Administração Pública, infelizmente, muitas vezes são usadas para uma manifestação autoritária e arbitrária do Poder Executivo devido a independência que proporcionam ao ato administrativo e, consequentemente, dificulta seu controle.

---

<sup>155</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 64.

<sup>156</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.96.

O novo molde estabelecido pela Constituição ao poder executivo impossibilita a permanência dessa estrutura, afinal, num Estado Democrático de Direito é essencial à participação da coletividade no desenvolvimento de todas as esferas funcionais do Estado. Segundo Di Pietro, participação popular na Administração Pública é “uma característica essencial no Estado de Direito Democrático, porque ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade” <sup>157</sup>. Oliveira aponta que a Constituição brasileira promulgada em 1988 “[...] teve início no Brasil a real democratização administrativa, a ser implementada por intermédio da *participação popular na Administração pública*.” <sup>158</sup>

Ferraz afirma que a Constituição Cidadã brasileira de 1988 fez ampla abertura para participação democrática (v.g art. 14, art. 29, XIII, art. 74, § 2º, art. 192, VII, art. 198, III, art. 204, II, art. 206, VI, art. 216, § 1º, art. 227, § 1º – e a EC 19/98 incluiu o art. 37, § 3º) e ainda que a legislação infraconstitucional seguiu essa tendência com regulamentação de antigas e novas formas de participação direta da sociedade para o exercício da atividade administrativo como audiências e consultas públicas, cooperação de entidades representativas da sociedade civil em diversas áreas, participação e cooperação dos usuários na prestação de serviços públicos, orçamento participativo, ouvidorias gerais, gestão paritária de serviços e políticas públicas (v.g. Lei n. 8.078/90, Lei n. 8.666/93, Lei n. 8.987/95, Lei n. 9.074/95, Lei n. 9.427/96, Lei n. 9.478/97, Lei 9.784/99, Lei Complementar n. 101/00, Lei 10.257/01, Lei n. 10.233/01). <sup>159</sup>Esse aspecto da participação administrativa direta será trabalhado no próximo capítulo por meio do instituto da audiência pública. O presente estudo passará a partir de agora a explorar a relação do processo com a participação popular

No âmbito da Administração Pública, o processo tem destaque na promoção da democracia por ser instrumento promotor da cidadania na Administração Pública ao permitir que o cidadão participe da construção do ato administrativo. Segundo Oliveira, a democracia pelo processo é um dos principais meios para se efetivar a participação

<sup>157</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública, In: **Revista de Direito administrativo - RDA**, vol. 191, jan./mar. 1993, p. 26-39.

<sup>158</sup> As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. In: **Revista de direito administrativo**. RJ. 209 p. 153-167, jul/set 1997. P. 156

<sup>159</sup> Luciano Ferraz. RDAC 23, p. 62.

popular na administração pública <sup>160</sup>. Assim, a ideia de processo e participação é indissociável. Como essa relação de implicação ocorre, o que se passará a trabalhar tendo como foco a regulamentação trazida pela lei 9.784/99.

## 2.2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: A LEI 9.784/99 COMO MARCO DA DEMOCRACIA NA GESTÃO PÚBLICA

### 2.2.1 O reconhecimento da processualidade administrativa

Por um lamentável período, os estudos processuais restringiam-se ao processo jurisdicional. Para este as teorizações foram complexas e constantes, enquanto que para o processo administrativo o tratamento era de mero coadjuvante do teatro jurídico. Medauar aponta três fatores que justificariam a desatenção a uma processualidade administrativa: Primeiro, o antecedente histórico de estudo, pesquisa e aplicação das questões basilares do processo no âmbito do processo jurisdicional, já que nesse se encontra a gênese da construção processual. Esse precedente levou a uma falsa ideia de vinculação da ideia de processo à função jurisdicional do Estado; Segundo, a concepção privatista do processo que dominou até meados do século XIX, em que o processo e a jurisdição eram voltados somente para a tutela dos direitos subjetivos, ou seja, havia um vínculo ao direito privado que impossibilitava uma visão mais ampla da processualidade. Em terceiro, a preocupação cega com a apresentação científica do direito processual que acarretava um tratamento meramente técnico dos temas, impossibilitando a visão da processualidade como gênero instrumental.<sup>161</sup>

Entretanto, Carvalho Filho atenta para a necessidade do tratamento genérico do processo, ao apontar que esse “consiste exatamente no instrumento pelo qual se procede ao delineamento e à seqüência de fatos, atos e atividades com vistas a ser alcançado determinado fim” <sup>162</sup>. Assim, o processo deve ser reconhecido como

---

<sup>160</sup> MODESTO, Paulo. **Participação popular na administração pública**. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/2586/participacao-popular-na-administracao-publica>. Acesso em 08 jan. 2012.

<sup>161</sup> MEDAUAR, Odete. **Processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 1993, p. 13.

<sup>162</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários à lei 9.784/99**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 2.

instrumento de realização das atividades dos três âmbitos funcionais do Estado: legislativo, executivo e judiciário.

O processo administrativo não se limita ao desenvolvimento de determinadas funções da Administração como processo licitatório, disciplinar, tributário, mas deve estar presente, constantemente, como “instrumento de transformação de poder estatal em ato estatal”<sup>163</sup>, um vetor dinâmico de realização da função pública. Assim, o processo administrativo é concebido como meio que possibilita a comunicação da Administração com os cidadãos e permite que esses exerçam a cidadania que um Estado Democrático de Direito garante.

### **2.2.2 Conceito de processo administrativo: apresentação das divergências na adoção do termo processo e procedimento**

Uma discussão que perdura na matéria processual administrativa é sobre qual o termo adequado a ser empregado na processualidade administrativa: processo ou procedimento. Vejam as teses existentes para adoção dos termos.

No Direito comparado, observa-se que os países adeptos ao sistema dual de jurisdição como França, Itália e Portugal, devido a existência de uma Jurisdição Administrativa, usam o termo processo administrativo quando o Estado exerce a função jurisdicional administrativa para solução dos contenciosos e procedimento administrativo quando o Estado desenvolve puramente atividade administrativa.

Na doutrina estrangeira, Carnelluti<sup>164</sup> aponta que processo é gênero do qual o procedimento é sua mera instrumentalização, contudo, não cogita a extensão ao âmbito executivo e legislativo quando o instituto não é exclusivo do judiciário.

Para o jurista italiano Fazzallari<sup>165</sup>, procedimento é um conceito geral do direito extraído de um complexo de normas que incidem sobre atos e posições subjetivas que preparam o provimento que é um ato do Estado. Já o processo é

---

<sup>163</sup> SANTOS, Alexandre Magno Borges Pereira. **O princípio do contraditório como do Franca**, 2004. Dissertação (Mestrado Stricto Sensu – área de concentração: Direito do Estado no Estado Democrático de Direito). Orientador: Prof. Dr. Antônio Cláudio da Costa Machado, p. 193.

<sup>164</sup> MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa**. Belo Horizonte, 2001. Tese (Doutorado – área de concentração: Direito administrativo). Orientador: Prof. Paulo Neves de Carvalho, p. 97

<sup>165</sup> Ibidem. p. 67

procedimento em contraditório, assim o processo só se difere do procedimento pelo princípio do contraditório.

Na doutrina nacional Sundfeld aponta que “as diferenças básicas entre as funções jurisdicional e administrativa, influirão decisivamente na estruturação dos respectivos processos” <sup>166</sup> de modo que “tamanhas são as dessemelhanças entre as atividades, que se torna imprescindível o apuramento do uso dos termos técnicos – dentre eles “processo” e “procedimento”.<sup>167</sup> Egon refuta o entendimento de Sundfeld ao explicar que

[...] ocorre que tanto no Direito Processual Civil quanto no Direito administrativo o termo designa, com exatidão, um mesmo instituto normativo: relação jurídica desenvolvida com interação de sujeito detentor de poder estatal, através de sequência lógica de atos praticada e cumprida visando o alcance do ato final <sup>168</sup>.

Lucia Valle Figueiredo entende que processo deve ser utilizado perante a existência de situações com controvérsias, sanções e punições disciplinares, já o termo procedimento “como requisito essencial da atividade administrativa normal de explicitação da competência” <sup>169</sup>. Em contrapartida, Egon observa que

[...] eventual diferenciação entre processo e procedimento não reside na litigiosidade e/ou caráter acusatório da sequência de atos a ser praticada pela Administração. Tal somente seria possível caso houvesse disciplina de Direito positivo assim o definindo. Defendemos a idéia paralela à do Direito Processual (teoria geral, civil, penal) – a de que o termo “processo” requer a existência de relação jurídica própria e o termo “procedimento” designa unicamente a sequência de atos nela contida <sup>170</sup>.

Marçal Justem Filho defende a inexistência de processo administrativo visto que “o que dá identidade ao processo é uma composição totalmente peculiar e sem paralelo em qualquer outro tipo de vínculo jurídico. O processo vincula três sujeitos,

<sup>166</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **A importância do procedimento administrativo**. RDP 84/64-74. São Paulo: RT, 1990.

<sup>167</sup> Ibidem. p. 39

<sup>168</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784**. São Paulo: Malheiros, p.42

<sup>169</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de processo administrativo**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.43.

<sup>170</sup> MOREIRA. Op. Cit. p.44.

produzindo situações jurídicas subjetivas favoráveis e/ou desfavoráveis”<sup>171</sup>, na atividade administrativa há “identidade de sujeitos ocupando condição de parte e julgador. [...] Não há julgador imparcial – na acepção de não ser parte na controvérsia, [...] há envolvimento psicológico, subjetivo e inconsciente na questão”<sup>172</sup>. Para Marçal, portanto, “o Estado-Administração não desempenha atividade processual”. Egon também discorda do entendimento do autor e expõe que

[...] as locuções “relação processual” e “processo” designam espécies de atividades inerentes à Administração Pública, concretizadas sob determinado regime jurídico, necessárias e suficientes para legitimar a utilização dos termos. Não seriam a natureza triangular do processo jurisdicional, nem, tampouco, a posição de imparcialidade do Poder Judiciário aptas a impedir seu emprego científico<sup>173</sup>.

Além do que “o agente administrativo pode ser “parte”, mas o exercício do *dever-poder* da Administração é imparcial”<sup>174</sup>. Assim, para EGON, “nem o procedimento é sinônimo de função administrativa, nem o processo, de função jurisdicional”<sup>175</sup>.

Segundo Guimarães

[...] processo e procedimento são realidades distintas, sendo que *a noção de processo, onde quer que ele se manifeste, vincula-se (por injunção constitucional) à litigiosidade havida entre os sujeitos contendores, condição que, se verificada, lhes garante a ampla defesa e o contraditório.*<sup>176</sup>

Assim, para o autor a diferença entre processo e procedimento debruça-se na litigiosidade, sendo que a presença desse fator agrega a existência da incidência do contraditório e da ampla defesa. Tanto o processo quanto o procedimento culminam em

---

<sup>171</sup> JUSTEN FILHO. Marçal. **Ampla defesa e conhecimento de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo**. Revista Dialética de Direito Tributário 25/68-79. São Paulo: Dialética, 1997.

<sup>172</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 46.

<sup>173</sup> Ibidem. p.49

<sup>174</sup> Ibidem. p.50

<sup>175</sup> Ibidem. p.53.

<sup>176</sup> GUIMARÃES, Bernardo Stobel. **Âmbito de validade da lei de processo administrativo (Lei nº 9.784/99) – para além da Administração Federal**. In: Revista de Direito administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11 jan./mar. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 202.

um ato administrativo, todavia, apenas numa situação de litigiosidade é que se tem o revestimento do devido processo legal.<sup>177</sup>

Di Pietro<sup>178</sup> entende que os termos processo e procedimento não se confundem. O primeiro consiste em instrumento essencial para o exercício da função administrativa englobando tudo aquilo que for necessário para preparar, instruir e fundamentar atos objetivados pela Administração Pública. Já o segundo é o conjunto de formalidades exigido na prática de certos atos administrativos, ou seja, é o rito do processo.

Apesar desses vários posicionamentos existentes para a diferenciação de processo e procedimento, é observado que a vigente constituição adotou o processo como gênero instrumental promotor do desenvolvimento das atividades das três esferas funcionais do Estado Democrático de Direito ao apresentar o devido processo legal como direito fundamental. Com isso, o processo é mediador entre o Estado e a sociedade ao promover uma dialética participativa que efetiva a máxima democrática. Já o procedimento é o modo pelo qual os atos do processo serão desenvolvidos, ou seja, o rito processual adotado.

Assim, mesmo processo e procedimento estando intimamente relacionados, é necessário diferenciá-los, pois apenas o processo administrativo é instrumento legitimador dos atos da Administração Pública perante a sociedade. Afinal, numa democracia em que a falibilidade do sistema é reconhecida, a processualidade regida pela principiologia se torna o centro remediador do Direito. Enquanto o procedimento não traz em si nenhuma garantia, pois é apenas a forma material do trâmite processual.

Logo, o fato da atividade administrativa, em regra, não se desenvolver de forma litigiosa, não descarta o reconhecimento da necessidade do processo administrativo. Afinal, num Estado Democrático de Direito o processo é instrumento promotor da democracia na constituição dos atos do Estado, independentemente da esfera funcional que se desenvolva, a processualidade é necessária. Por isso, o emprego de procedimento administrativo é inadequado, pois esse é apenas o meio material de

---

<sup>177</sup> GUIMARÃES, Bernardo Stobel. **Âmbito de validade da lei de processo administrativo (Lei nº 9.784/99) – para além da Administração Federal.** In: Revista de Direito administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11 jan./mar. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 202.

<sup>178</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo.** 21. ed. São Paulo: Altas, 2008, p.589.

exteriorização dos atos do processo, enquanto o processo é norteador por um conjunto principiológico garantista que assegura a dialética participativa nas democracias.

### **2.2.3 O processo administrativo na Constituição Cidadã**

As Constituições brasileiras, que precederam a de 1988, faziam referência à matéria apenas a respeito do processo administrativo disciplinar. A Constituição de 1824 e a de 1891 não traziam nenhuma disposição contemplando o processo administrativo. A Constituição de 1934 foi a primeira a fazer previsão sobre o processo administrativo em seu art. 95, § 3º e no art. 169, o primeiro dispunha sobre processo administrativo disciplinar para perda do cargo pelos membros do Ministério Público, já o segundo com a mesma previsão só que para os funcionários públicos em geral. Posteriormente, a Constituição de 1937 repetiu a previsão do processo administrativo disciplinar para demissão de funcionários públicos no seu art. 156, alínea c, mas não previu sua aplicação para os membros do Ministério Público. Na Constituição de 1946 teve-se a repetição da regulamentação da de 1934, o que também ocorreu com a Constituição de 1967 e de 1969. Assim, percebe-se que referidas Constituições ignoravam a utilização do processo administrativo como gênero instrumental para o desenvolvimento da atividade administrativa do Estado, limitando sua utilização apenas para o controle disciplinar.

A nova construção conceitual de processo foi possível através do texto da Constituição de 1988, que ao tratar das garantias fundamentais positiva em seu art. 5º, LIV o devido processo legal, o qual permite o reconhecimento do processo administrativo de maneira ampla e o torna um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito. Passe-se à compreensão de como o devido processo legal incide para o desenvolvimento das funções estatais e ainda como se dá a legitimação pelo processo.

#### **2.3.2.10 devido processo legal no exercício das funções estatais**

Ferraz e Dallari explicam a expressão “devido processo legal” da seguinte maneira:



*Processo*- sequência de atos concatenados e encadeados em que todos os “interessados” [...] tenham forças idênticas.

*Legal* – a anatomia e a fisiologia, ou seja, o aparato e procedimento, hão de estar previamente estabelecidos em lei, inteiramente reverentes à axiologia constitucional pertinente.

*Devido* – o processo há de ser eficiente, proporcional, transparente e isonômico no equacionamento da deflagração e do favorecimento das instâncias de dirimência.<sup>179</sup>

O princípio do devido processo legal positiva os fundamentos do Estado Democrático e do Estado de Direito no âmbito da processualística. Primeiro, ao impor que o desenvolvimento processual em qualquer esfera funcional promova a cidadania por meio do contraditório permitindo a intervenção dos interessados na construção das decisões estatais. Segundo, ao submeter os atos processuais à regência do ordenamento jurídico.

Segundo Moura, o devido processo legal está ontologicamente ligado à ideia de Justiça, pois na Justiça se busca a igualdade que é variável no caso concreto, somente podendo ser determinada por meio do processo.<sup>180</sup>

A gênese do devido processo legal encontra-se no direito anglo-saxônico pela Magna Carta em 1215 com a cláusula *Law of the land*. Em seu berço britânico, a cláusula do devido processo legal tinha natureza apenas processual, principalmente na questão de garantir o direito à defesa do acusado em processo penal. Por isso, era tida como garantia meramente formal. Foi no direito norte-americano que o devido processo legal se substancia e evidencia o amparo do princípio da razoabilidade com a Bill of Rights. Com isso, o devido processo legal fica marcado por dois aspectos: um processual, herdado no direito anglo-saxônico que consiste na face meramente procedimental que ficou conhecido como *procedural due process* e outro de cunho material, esse sim nascido no direito estadunidense denominado *substantive due process*. Perante o contorno que o devido processo legal alcança no direito estadunidense, Moura identifica estes dois aspectos de sua composição como a presença de natureza dual: uma meramente processual no sentido formal e a outra substancial preocupada com a efetividade dos direitos fundamentais.<sup>181</sup>

<sup>179</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu Dallari. **Processo administrativo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.68.

<sup>180</sup> MOURA, Elizabeth Maria de. **O devido processo legal na Constituição brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

<sup>181</sup> Ibidem, p.63.

O Estado Democrático de Direito tem como paradigma fundamental a conciliação do interesse público, privado e coletivo. A procedimentalização apresenta-se como forma de solução desse paradigma por “[...] atender as exigências sociais garantindo a liberdade dos indivíduos pois não se impõe medidas sem antes estabelecer um espaço público para sua discussão” <sup>182</sup>. Assim, pelo processo encontra-se “[...] o ponto de equilíbrio entre a decisão estatal e os bens jurídicos dos cidadãos” <sup>183</sup>.

O devido processo legal expressa a tendência pós-moderna de procedimentalização do Direito, diante da hipercomplexidade das sociedades contemporâneas. O desenrolar da atuação estatal apenas pode se dar por meio do debate dialético com o envolvimento dos interessados para se encontrar um consenso para aplicação do direito. Assim, vivencia-se o fenômeno da legitimação pelo procedimento.

### 2.3.2.2 A legitimação da função administrativa pelo processo

A legitimidade consiste na justificativa do uso do poder. Sob a égide da soberania popular, a manifestação do poder só é aceitável quando está revestida do manto do consenso popular. O povo num regime democrático é protagonista na condução do Estado, por isso, toda ação apresentada para a sociedade em nome do Estado só será aceita se houver a identificação com a vontade do povo, por ser essa a própria vontade do Estado. Heller explica que para existência de legitimidade do poder não é suficiente a comprovação de uma relação de dominação que faz valer a ordenação conforme o Direito, pois é necessária uma justificação segundo princípios éticos. <sup>184</sup>

Para Levi legitimidade é “[...] uma situação e um valor de convivência social” <sup>185</sup>. Situação se refere à aceitação do Estado por um tanto expressivo da

---

<sup>182</sup> SANTOS, Alexandre Magno Borges Pereira. **O princípio do contraditório como do Franca**, 2004. Dissertação (Mestrado Stricto Sensu – área de concentração: Direito do Estado no Estado Democrático de Direito). Orientador: Prof. Dr. Antônio Cláudio da Costa Machado, p. 83.

<sup>183</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>184</sup> HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo, Mestre Jou, 1968, p. 327.

<sup>185</sup> LEVI, Lucio. Legitimidade, In: Norberto Bobbio *et alii*, *Dicionário de política*, Brasília: UNB, 1986, p. 678.

população, já o valor consiste no consenso livremente externado por uma comunidade de pessoas autônomas e conscientes. O autor ainda explica que:

O sentido da palavra legitimidade não é estático, e sim dinâmico; é uma unidade aberta, cuja concretização é considerada possível num fruto indefinido [...]. Em cada manifestação histórica da legitimidade vislumbra-se a promessa, até agora sempre incompleta na sua manifestação, de uma sociedade justa, onde o consenso, que dela é a essência, possa se manifestar livremente sem a interferência do poder ou da manipulação e sem mistificações ideológicas.<sup>186</sup>

Moreira Neto atesta a existência de três referenciais éticos do poder: a licitude (referencial moral), a legalidade (referencial jurídico) e a legitimidade (referencial político). A licitude consiste em consequências de um juízo de valor assentado em paradigmas fundamentais de um comportamento fruto do processo histórico-cultural da sociedade, ela se encontra no campo da Moral. A legalidade é o referencial ético que necessita da manifestação institucionalizada da vontade social por meio de normas jurídicas, encontra-se no campo do Direito como plexo normativo de uma sociedade organizada. Por fim, e o que aqui mais interessa, a legitimidade se manifesta como consenso da sociedade de comportamento, decisão, ideia que diga respeito direta ou indiretamente ao grupo. Está localizada no campo da política, por isso ligada à vontade popular. Assim, a legitimidade é marcada por aquilo que a sociedade deseja do poder. É a sustentação do poder.<sup>187</sup>

Na seara de comparação entre legalidade e legitimidade, Wolkmer pontua que

Não é possível pensar e estabelecer uma dada ordem política e jurídica centrada exclusivamente na força material do poder. Por trás de todo e qualquer poder, seja ele político ou jurídico, subsiste uma condição de valores consensualmente aceitos e que refletem os interesses, as aspirações e as necessidades de uma determinada comunidade. Esta adequação do poder, frente às práticas históricas da vida cotidiana marcada por processos de dominação social, aceitação e obediência coletiva, bem como a justificação de estruturas normativas, projeta a problematização da temática legitimidade e legalidade.<sup>188</sup>

<sup>186</sup> LEVI, Lucio. Legitimidade, In: Norberto Bobbio *et alii*, *Dicionário de política*, Brasília: UNB, 1986, p. 678.

<sup>187</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Teoria do poder - parte I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

<sup>188</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: RT, 2003, p. 80.

Segundo o autor, é comum os juristas relacionarem a ideia de legitimidade e legalidade ou até mesmo privilegiarem esta sobre aquela, o que leva a necessidade de se discutir o problema da legitimidade. A legalidade demonstra basicamente uma estrutura de submissão a uma norma posta, vigente e positiva. Está no campo de compreensão de um plexo de leis formais e tecnicamente impostas. Já a legitimidade está no campo da consensualidade das ideias, fundamentos, crenças, valores e princípios. Evidencia-se que “Acima de tudo, a concretização da legitimidade supõe a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com as acepções da simples detenção do poder e conformidade com as acepções do justo advogadas pela coletividade”.<sup>189</sup>

Wolkmer afirma que “[...] legitimar não deixa de ser uma justificação relacionada ao Direito e ao Estado que tem um forte apelo de teor ideológico e intenta produzir integração.”<sup>190</sup> Logo parece claro que as ideias de legitimidade e legalidade não são excludentes. Historicamente, essas expressões foram quase sempre tratadas como sinônimos tanto no Direito romano como no canônico. Apenas no século XVIII, com as discussões advindas pós-revolução, que a distinção entre legitimidade e legalidade se tornou claramente importante. A França monárquica foi o berço para o estabelecimento dessa diferenciação, perante o impasse entre os conservadores e realistas restauradores e os liberais progressistas. Os primeiros defendiam a legitimidade da monarquia constitucional, enquanto os segundos, com base nas ideias da Revolução Francesa, destacavam a importância da legalidade de um governo guiado pelo Código Napoleônico. Como a ideia de legitimidade ficou ligada ao poder monárquico, perante a mudança ideológica e estrutural do Estado francês, ela caiu em descrédito, sendo que a legalidade predominou por sua consonância com os fundamentos do Estado Liberal. Com isso, a legitimidade foi substituída pela legalidade, visto que só era legítimo aquilo que era legal, não mais a legitimidade se fundava na legalidade.<sup>191</sup>

Já segundo Kriele, dois conceitos compõem a base para compreensão dos problemas da Teoria do Estado envolvidos com o Estado da Idade Moderna: o conceito de soberania e o conceito de legitimidade. A soberania envolve o poder de imposição pelo poder público, já a legitimidade a justificação desse poder.<sup>192</sup> É de fácil constatação que quando o ato soberano coincide com os interesses da sociedade não há problema

---

<sup>189</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: RT, 2003, p. 81.

<sup>190</sup> Ibidem, p. 82.

<sup>191</sup> Ibidem, p. 82-83.

<sup>192</sup> KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**, Porto Alegre: Fabris, p. 29.

Todavia, mesmo quando o ato soberano do Estado contraria o interesse, como a perda de um processo judicial, é possível sua aceitação pelo reconhecimento que a norma existente interessa na generalidade ou repousa sobre uma justa ponderação de interesses que teria aprovação de todo o povo, caso ele fosse decidir como legisladores a seu respeito. Assim, o reconhecimento de uma decisão (legitimidade) se dá por um interesse subjetivo numa ótica objetiva.<sup>193</sup>

Canotilho apresenta duas modalidades de fundamentação da legitimidade: uma fundamentação por competência e procedimento e outra por consenso. A primeira “[...] se impõe não por critérios de valores, de verdades e de justiça, mas por ser originada de um “sistema regular e funcionalmente ordenado”, basta “o procedimento ser regular (legal) para o resultado ser justo”.<sup>194</sup>” Hoje, perante a visão sistemática do Direito a legitimidade seria encontrada pela conformidade ao sistema, não puramente à legalidade. Já a segunda está ligada à ideia de autonomia e democracia, tendo em vista a questão da justiça no contrato social, pois seria o pacto dos cidadãos a forma de se superar a diversidade da subjetividade das pessoas e se chegar a um consenso informado pela justiça. Assim, Canotilho assinala que a autodeterminação ética se atinge pela autodeterminação da política democrática.<sup>195</sup>

Adentrando na questão da legitimidade pelo procedimento, Kriele reconhece que em Luhmann se encontra a demonstração de modo convincente e lógico sobre como o processo colabora para legitimidade do poder público. Todavia, o sociólogo não obtém sucesso naquilo que realmente pretende demonstrar, ou seja, como os processos legitimam por si mesmos sem uma justificação material, ou seja, parece não conhecer a razão decisiva para a função legitimadora do procedimento. Perante esta deficiência, Kriele apresenta as razões que fundamentam a legitimidade pelo processo: 1) Aumenta a possibilidade de todos os pontos de vista importantes serem conhecidos; 2) Permite a discussão da ordem prioritária temporal e factual tanto quanto possível; 3) Logo, aumenta a possibilidade do alcance de uma decisão racional justificada. A institucionalização procedimental permanente dos atos estatais aumenta a possibilidade de justificação das decisões presentes e futuras do poder público, “[...] fundamenta a

---

<sup>193</sup> KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**, Porto Alegre: Fabris, p. 31.

<sup>194</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 414.

<sup>195</sup> Ibidem, p. 117.

confiança na sensatez e na equidade das decisões tomadas e naquelas ainda por tomar”.<sup>196</sup>

Aplicando a teoria da legitimidade pelo procedimento à função administrativa do Estado, concebe-se o processo como instrumento adequado para promover o desenvolvimento da atividade administrativa com a observância do sistema de direitos fundamentais, tendo sempre em foco o princípio da participação popular que garante aos cidadãos atuarem no exercício das funções estatais em todas suas esferas de poder. Possibilita-se assim, o rompimento com a tradicional estrutura pautada exclusivamente no ato administrativo eminentemente unilateral para a exigência do desenvolvimento dialético da função administrativa. Assim, ao abrir a Administração Pública para procedimentalização, permite-se que os pontos de vista dos cidadãos sejam conhecidos pelo poder público, amplia-se a possibilidade de discussão e logo, aumenta a chance de se alcançar uma decisão racionalmente justificada – legitima-se o uso do poder.

## **2.2.4 o processo administrativo federal: regulamentação pela lei 9.784/99**

A publicação da lei 9.784/99 sem dúvida foi um marco na democracia participativa no âmbito da Administração Pública. Apesar de não ter formalmente aplicabilidade nacional como um código de processo administrativo, como será visto, por questões de competência, a regulamentação do processo administrativo federal trouxe mecanismos de acessibilidade dos cidadãos à coisa pública e materializou procedimentalmente princípios constitucionais como a participação popular. Segundo Barros,

A lei 9.784/99 é, certamente, um dos mais importantes instrumentos de controle do relacionamento entre Administração e Cidadania. Seus dispositivos trouxeram para nosso Direito administrativo, o devido processo legal. Não é exagero dizer que a Lei 9.784/99 instaurou no Brasil, o verdadeiro Estado de Direito.<sup>197</sup>

---

<sup>196</sup> KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**, Porto Alegre: Fabris, p. 56.

<sup>197</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Mandado de segurança nº 8946/DF. Relator Humberto Gomes De Barros. Data do julgamento 22.10.2003.

Por isso, dedicar-se-á agora à compreensão da competência para legislar sobre processo administrativo que culmina na impossibilidade de se ter formalmente um código sobre o assunto, à apresentação de seu processo legislativo e das discussões que guiaram a elaboração da lei e por fim, ao conhecimento de como a teoria do diálogo das fontes pode colaborar para melhor efetividade da processualidade administrativa.

#### **2.2.4.1 A competência para legislar sobre processo administrativo**

A competência legislativa para o processo administrativo gera intensa discussão doutrinária e um dos principais pontos de divergência é a dupla interpretação que pode ser dada ao art. 22, I e art. 24, XI da Constituição Federal. O art. 22, I enuncia que é competência privativa da União legislar sobre direito processual, já o art. 24, XI dispõe que é competência concorrente legislar sobre procedimento administrativo. Dessas disposições legais surgem dois posicionamentos: defensores da não codificação e defensores de uma Lei Geral de processo administrativo.

A advogada Marília Lourido dos Santos<sup>198</sup> aponta as seguintes fundamentações para defesa da não codificação: o termo “direito processual” empregado no art. 22, I diz respeito apenas ao processo jurisdicional e o art. 24, XI refere-se a procedimento administrativo dentro do processo judicial referido no art. 22, I. Com isso, nem se traria a esses dispositivos a discussão sobre a processualidade administrativa. Tal posicionamento entende que a autonomia legislativa deve ser preservada em respeito ao princípio federativo implícito na estrutura estatal traçada na Constituição de 1988.

Nesse posicionamento, Meirelles<sup>199</sup> rejeita a codificação ao apontar que a unicidade legislativa do processo administrativo feriria a estrutura federativa do

---

<sup>198</sup> SANTOS, Marília Lourido dos. **Noções gerais acerca do processo administrativo e da Lei 9784/99**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=410>. Acesso em 23 de agosto de 2010 às 16 horas.

<sup>199</sup> MEIRELLES *apud* MEDAUAR, Odete. **Processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 1993, p. 156.

Estado brasileiro. Consoante, Barros afirma que “a criação de regras processuais administrativas por todos os entes federados obedece ao princípio federativo”.<sup>200</sup>

Todavia, segundo a visão do posicionamento que defende a unificação legislativa do processo administrativo, o texto constitucional não pode ser interpretado de modo restritivo devido ao risco de suprimir direitos fundamentais. Como já foi trabalhado inicialmente, o conceito de processo evoluiu no ordenamento jurídico para atender as necessidades do Estado Democrático de Direito e o direito processual é gênero instrumental para realizar as funções do Estado. Nesse sentido, Guimarães afirma que “as regras que informam o processo têm que ser, necessariamente, uniformes e aplicadas nacionalmente, perante qualquer ente federativo”<sup>201</sup>.

Outrossim, a posição favorável a uma aplicação nacional de lei geral sobre processo administrativo não afrontaria o princípio federativo visto que “o *princípio federativo tem o propósito justamente de garantir o máximo atendimento dos direitos fundamentais*”. Guimarães traz explicação que “A partição constitucional de competências entre os entes federados funda-se na suposição de que definido (*i.e.* competência), possibilita um atendimento mais imediato dos direitos fundamentais”<sup>202</sup>. É importante ressaltar que a atribuição de competências não é um fim em si mesmo, mas uma forma de melhor proteger os valores máximos da Constituição, especialmente os direitos fundamentais. Percebe-se que as normas presente na Lei 9.784/99 visam “[...] à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”, conforme a disposição do art. 1º.<sup>203</sup>, tais objetivos tem escopo constitucional e devem ser perseguidos por todos os membros da federação.<sup>204</sup>

Diante dessa discussão, vale recordar que a concorrência legislativa já existiu para o processo jurisdicional no Brasil. Sobre essa questão Pontes de Miranda trouxe a seguinte observação “adveio o erro, imitativo dos Estados Unidos da América, que deu aos estados-membros a competência de legislar sobre direito processual. Houve

<sup>200</sup> BARROS, Welligton Pacheco. **Curso de processo administrativo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 33.

<sup>201</sup> Francisco Xavier da Silva Guimarães. **Direito processual administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31.

<sup>202</sup> GUIMARÃES, Bernardo Stobel. **Âmbito de validade da lei de processo administrativo (Lei nº 9.784/99) – para além da Administração Federal**. In: Revista de Direito administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11 jan./mar. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 197.

<sup>203</sup> BRASIL. LEI 9.784/1999.

<sup>204</sup> GUIMARÃES. Op. cit.



muitos Códigos até que a Constituição de 1934 pusesse fim a isso”<sup>205</sup>. Hodiernamente, o sistema legislativo brasileiro repete o erro vivenciado na esfera processual jurisdicional e como já comprovado por essa experiência, a codificação nacional da matéria promove mais efetividade ao processo e em se tratando do tema da competência, seria mais eficaz a fixação de critérios com incidência nacional. Uma proposta para melhora da efetividade da lei 9.784/99 perante o óbice da competência legislativa é da aplicação teoria do diálogo das fontes, todavia, esse aspecto somente será explorado após a apresentação de como a lei do processo administrativo geral foi criada no ordenamento jurídico brasileiro.

#### **2.2.4.2 Delimitação histórica da vigente legislação do processo administrativo federal: o Projeto de Lei da Câmara nº 41, de 1998 (nº 2.464/96, na Casa de origem)**

Apesar da Constituição de 1988 ter enriquecido o ordenamento jurídico brasileiro com o devido processo legal para Administração Pública, até 1994, ainda não havia iniciativa legislativa para regulamentação infraconstitucional geral do processo administrativo no âmbito de competência da União. Só em 1995, a Presidência da República teve iniciativa do projeto de lei. Deste modo, na exposição de motivos do projeto já se atentou que “os expoentes do Direito administrativo Brasileiro há muito propugnam pela codificação desse ramo jurídico, lamentando inclusive, que não se tenha realizado com o advento da Constituição de 1988”<sup>206</sup> Para tanto foi constituída uma Comissão de Juristas para elaboração do projeto, composta inicialmente pelo Professor Caio Tácito (coordenador), as professoras Odete Medauar e Maria Silvia Di Pietro e os professores Inocêncio Mártires Coelho, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Almiro do Couto e Silva e José Carlos Barbosa Moreira nomeados pela Portaria nº. 1.404 de 17 de outubro de 1995 e ampliada posteriormente pelos professores Adilson Abreu Dallari, José Joaquim Calmon de Passos, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Carmem Lúcia Antunes Rocha por meio de Portaria conjunta do Ministério de Estado

<sup>205</sup>Miranda, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. V. I. São Paulo: Forense, 1975, p. 4-5

<sup>206</sup>SENADO FEDERAL. Ata da 112ª sessão não deliberativa em 09 nov. 1998, p. 15. 357.

da Justiça e do Ministério da Administração e Reforma do Estado nº 47 de 31 de janeiro de 1996.

Segundo o coordenador da Comissão, os trabalhos foram desenvolvidos tendo como parâmetro os comandos constitucionais, especificamente a garantia do princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), o direito de informação perante os órgãos públicos em matéria de interesse particular ou coletivo (art. 5º, XXXIII) bem como o direito de petição e de obtenção de certidões em repartição pública (art. 5º, XXXIV). Além disso, observou-se a defesa de direitos difusos e coletivos com a participação popular e associativa. Outrossim, atentou-se para o princípios previstos do *caput* do art. 37 da Constituição, além do sedimentados doutrinário e jurisprudencialmente como a razoabilidade e a proporcionalidade. Visualiza-se aqui uma evidente constitucionalização do Direito na produção jurídica, pela observância dos preceitos constitucionais na elaboração das leis. Pontuou ainda que o projeto objetivou “enunciar os critérios básicos a que se devem submeter os processos administrativos, em função dos indicados princípios, cuidando de definir direito e deveres dos administrados, assim como o dever da Administração de decidir sobre as pretensões dos interessados”<sup>207</sup>.

O projeto de lei e a exposição de motivos, elaborada pelos Ministros de Estado da Justiça e da Administração e Reforma do Estado, foram encaminhados pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso ao Congresso Nacional por meio da mensagem nº 1.002/1996 em 22 de outubro de 1998.

Na Câmara, se tornou o projeto de lei nº 41, de 1998.

Na Quarta Seção deliberativa ordinária do Senado em 07 de janeiro de 1999 foi realizada a votação final do projeto de lei. O Senador Francelino Pereira do PL foi o relator da matéria na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sendo responsável por proferir o parecer. Assim, em parecer nº 22 de 1999 proferido em plenário, manifestou que

[...] esse projeto merece não apenas a aprovação plena, mas também o aplauso desta Casa, porque ele traduz, nos cerca de seus 70 dispositivos, uma aspiração do povo. Legitima o acesso dos funcionários públicos a todos os atos administrativos. [...] É projeto tão importante quanto aquele referente, por exemplo, à defesa do consumidor.<sup>208</sup>

<sup>207</sup>SENADO FEDERAL. Ata da 112ª sessão não deliberativa em 09 nov. 1998, p. 15.358.

<sup>208</sup>SENADO FEDERAL. Ata da 4ª sessão deliberativa ordinária em 07 jan. 1999, p. 312.

Do parecer do relator que aprovou com aplausos o projeto, destaca-se o reconhecimento da importância da lei, com a ressalva que pelo processo administrativo legitima-se não apenas o acesso dos funcionários públicos a todos os atos administrativos, mas, maiormente, dos cidadãos brasileiros à Administração Pública.

Para discutir, foi dada a palavra na seção ao Senador Eduardo Suplicy do bloco/PT-SP, este pontuou que “É inequívoca a necessidade de estabelecer regras jurídicas claras para o processo administrativo no âmbito da Administração Pública”<sup>209</sup>, reconheceu o brilhante trabalho da comissão de juristas que elaborou o projeto e recomendou a votação favorável na integralidade que o projeto adveio da Câmara. Posteriormente, também discutiu o Senador Gerson Camata do PMDB-ES, inicialmente, ele apontou que a lei lhe pareceu um pouco extensa para uma lei que trata da regulamentação da Emenda nº 19. Todavia, com sua leitura percebeu que a extensão é equivalente à sua perfeição. Verificou que a lei ficou perfeita, pois a única emenda apresentada do seu projeto original foi derrubada, pois por mais que o Congresso tentasse emendá-la ficou difícil diante da sua completude, logo, temeu-se prejudicá-la. Segundo o Senador, um amigo seu jurista lhe chamou atenção sobre a linguagem utilizada para elaboração da lei que possui poucos termos técnicos jurídicos e é de fácil compreensão para os cidadãos que não frequentam uma faculdade de direito e nem tampouco estão habituados com os vocábulos do Direito. É uma lei feita para que qualquer cidadão brasileiro entenda-a perfeitamente.<sup>210</sup>

Posteriormente, foi dada a palavra ao Senador Artur da Távola, o qual pronunciou “[...] se este País fosse mais atento às coisas sérias, essa lei que hoje votamos estaria sendo saudada, divulgada e debatida, porque ela contém um gérmen de direito do cidadão diante da Administração Pública de alto valor democrático”<sup>211</sup>. Ele observa que um dos grandes problemas da relação do cidadão com o Estado no século XX é o desequilíbrio entre as dimensões do Estado e a possibilidade do cidadão. Mesmo tendo o esse século contemplado as doutrinas humanistas, proclamando a supremacia da pessoa na sociedade, a verdade é que o cidadão se torna cada vez menor perante a grandeza do Estado. Além disso, observa-se um hipertrofia do Poder Executivo até sobre os demais Poderes, quanto mais sobre a cidadania. Esse crescimento ocorreu no

---

<sup>209</sup> SENADO FEDERAL. Ata da 4ª sessão deliberativa ordinária em 07 jan. 1999, p. 312.

<sup>210</sup> Idem, p. 312-313.

<sup>211</sup> Idem, p. 313.

capitalismo e nos regimes socialistas com o Executivo com dimensões totalitárias, sendo que diante disto, o cidadão ficava impossibilitado de acessar a Administração. Assim, até então não havia nenhum processo que garantisse à população modo de reivindicar sempre que um direito seu fosse rompido, já que não existia lei para regulamentação nos Estados e nos Municípios. Por último, o Senador pontua que:

[...] aqui está um caminho, está uma abertura para este País gigante, com dezenas de Estados e milhares de Municípios. Ao meu juízo, essa talvez seja a única falha do projeto, ser o cidadão chamado injustamente de administrado -- pessoalmente não gosto dessa expressão porque me lembra adestrado, dominado, porque, ainda uma vez, reconhece-se aí a superioridade do Estado diante do cidadão. Ele é o administrado, o Estado é o administrador.<sup>212</sup>

Por fim, o Presidente do Senado Antonio Carlos Magalhães, não havendo mais quem peça a palavra, encerrou a discussão e abriu para votação sendo que o senadores que aprovassem deveriam permanecer sentados. Após a abertura, o projeto foi aprovado e encaminhado para sanção. Após sanção do Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 29 de janeiro de 1999 foi publicada e entrou em vigor a Lei 9.784/99 que é regulamentadora do processo administrativo no âmbito federal. Estabeleceu-se neste dia, verdadeiramente, um marco democrático no direito administrativo brasileiro.

#### **2.2.4.3 A teoria do diálogo das fontes aplicada à processualidade administrativa**

A teoria do diálogo das fontes tem sua gênese com Erik Jayme em um curso de direito internacional privado ministrado na Academia de Direito Internacional de Haia. O Jurista explica que perante o convite de dirigir referido curso lhe veio a ideia de apresentar soluções atuais de conflitos normativos que refletissem as tendências culturais de nosso tempo.<sup>213</sup> Titulado *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, o curso buscava apresentar o atual estado que reflete os eventos recentes do mundo, identificando o desenvolvimento de duas tendências opostas: de um lado, a reconciliação de Estados para promoção de um mercado único;

<sup>212</sup> SENADO FEDERAL. Ata da 4ª sessão deliberativa ordinária em 07 jan. 1999, p. 314.

<sup>213</sup> JAYME, Erik. **Cours général de droit international**. Recueil des cours, Tome 251. Académie de Droit International, 1995, p. 31.

de outro, o anseio pela preservação da identidade cultural, sendo que tal dualismo se desenvolveu na pós-modernidade - período caracterizado pelo pluralismo, comunicação, narração e retorno dos sentimentos. Perante isto, Jayme apresentou uma proposta de conciliação jurídica dessa diversidade de influências vivenciadas na sociedade hipercomplexa da pós-modernidade, identificando para tanto que os direitos humanos seriam determinantes para realização da proposta apresentada.<sup>214</sup>

O jurista centrou o desenvolvimento de sua proposta na dualidade entre direito internacional público e o privado. Em sua proposta metodológica de solução de conflito, propõe a conciliação de métodos de solução ao invés da simples exclusão, já que esse pluralismo melhor retrata a realidade social pós-moderna. Apesar da teoria de Erik Jayme se centrar no âmbito normativo internacional, a sua lógica de solução de conflito proposta, pode se estender para outros âmbitos jurídicos como ocorreu no Direito brasileiro.

No Brasil, a teoria do diálogo das fontes é introduzida por Cláudia Lima Marques e por Ricardo Lorenzetti. Segundo Marques, “Diálogo pressupõe o efeito útil de dois (di) e uma lógica ou fala (logos), enquanto o “conflito” leva a exclusão de uma das leis e bem expressa a mono-solução ou monólogo de uma só lei”.<sup>215</sup> A autora explica que a teoria do diálogo das fontes expressa o anseio de se buscar soluções plurais a fim de evitar a antinomia, conflito parcial entre normas na aplicação a caso concreto ou incompatibilidade, conflito completo entre normas ou lei que culmine na retirada de aplicação da lei, e no caso de Marques que trabalha com o diálogo das fontes na proteção do direito do consumidor, esta retirada poderia levar a desproteção dos sujeitos mais fracos que a Constituição de 1988 visou proteger.<sup>216</sup>

A teoria do diálogo das fontes se desdobra em três modalidades: 1) Diálogo sistemático de coerência: diante da aplicação simultânea de duas leis, uma destas pode ser tomada como referência conceitual para outra, isso ocorre especialmente entre uma lei geral e outra especial; 2) Diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais: consiste na aplicação complementar de uma lei a outra avaliando as circunstâncias do caso concreto. Esse diálogo se

<sup>214</sup> JAYME, Erik. **Cours général de droit international**. Recueil des cours, Tome 251. Académie de Droit International, 1995, p.33-37.

<sup>215</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo de fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o CDC e o CCB/02. **Revista de direito do consumidor**. Vol. 51. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 57.

<sup>216</sup> Ibidem.

contrapõe ao instituto da revogação que visa à retirada e substituição de uma lei no ordenamento jurídico; 3) Diálogo das influências recíprocas sistemáticas – diálogo de coordenação e adaptação sistemática – influência recíproca do sistema especial e geral, possibilitando a redefinição da campo de aplicação de uma lei ou a utilização de conceitos atingidos em um julgado sobre determinada lei para outra.

Como foi trabalhado, o direito na pós-modernidade centra sua normatividade na Constituição, sendo os direitos fundamentais o eixo basilar para operacionalidade do sistema jurídico. A teoria do diálogo da fonte permite a melhor proteção aos direitos fundamentais, pois diante de mais de uma norma aplicável ao caso concreto, a escolha deverá feita para aquela que melhor proteja os direitos fundamentais.

Para o presente trabalho, recorre-se à teoria do diálogo das fontes para operacionalização legislativa das regulamentações existentes sobre a processualidade administrativa, a fim de se alcançar a melhor aplicação da Lei 9.784/99 no sistema jurídico brasileiro, perante sua essência democrática já demonstrada.

No método tradicional de aplicação de normas, a lei especial prevalece sobre lei geral. Logo, as leis sobre processos administrativos específicos como disciplinar (lei 8.112/90), fiscal (Decreto 70.235/1972), meio ambiente (Decreto 6.514/2008), licitatório (lei 8.666/93), trânsito (CTB) etc. por serem especiais, teriam prevalência de aplicação sobre a lei 9.784/99, pois mesmo esta lei sendo posterior seu conteúdo de regulamentação é geral. Nesse sentido prevê o art. 69 da lei 9.784/99: “Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”<sup>217</sup>. Assim, apenas seria possível a aplicação da lei geral do processo administrativo federal ao assunto que não fosse regulamentado nas leis de processo administrativo específico. Além disso, pelo critério da competência legislativa a lei 9.784/99, somente seria aplicada no âmbito federal, visto que os Estados e Municípios têm competência própria para legislar sobre a matéria.

Todavia, a lei 9.784/99 vem como fonte para efetivação dos direitos fundamentais no âmbito da administração pública, o que pode ser visto, por exemplo, na procedimentalização que ela realiza quanto ao direito à participação popular, pois além da estruturação do devido processo legal promover em si mesmo a efetivação da

---

<sup>217</sup> BRASIL. Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

participação popular, a lei também prevê mecanismos de participação direta no processo como a consulta e a audiência pública. Logo, sua limitação de aplicação aos processos administrativos específicos restringe sua potencialidade de colaboração com o sistema jurídico brasileiro. Por isso, propõe-se a utilização da teoria do diálogo de fontes, em detrimento da regra que lei especial prevalece sobre lei geral e ainda da restrição de aplicação só no âmbito federal. Assim, vejam algumas possibilidades de aplicação das modalidades de diálogo acima apresentadas na processualidade administrativa.

1) Diálogo sistemático de coerência: A lei 9.784/99 traz conceitos essenciais que são utilizados para processos administrativos específicos como órgão, entidade, autoridade, regulamentação de competência, nulidade, convalidação etc; 2) Diálogo sistemático de complementaridade: O CTB regulamenta o procedimento para apuração administrativa de infração de trânsito, todavia, sua redação apesar de ser posterior à Constituição de 1988 é precária quanto à garantia dos direitos fundamentais no âmbito do processo como o contraditório e ampla defesa, por isso, cabe a aplicação da lei 9.784/99 tanto em seu arcabouço principiológico como nas regras que buscam a realização desses princípios, como o direito de “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas”<sup>218</sup>; “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”<sup>219</sup>. Deste modo, quando a regulamentação trazida por uma lei especial for insuficiente para realizar os valores constitucionais deve-se recorrer à outra legislação que assim o faça, sendo no caso em análise a lei 9.784/99 adequada; 3) Diálogo de coordenação: Para demonstrar as interpretações consagradas da doutrina e jurisprudência acerca da influência do sistema geral na legislação especial, pode-se apontar, a título de exemplo, a discussão sobre ampla defesa no processo administrativo fiscal regulamentado pelo Decreto 70.235/1972.

Uma das grandes problemáticas da incidência do princípio da ampla defesa no processo administrativo tributário consiste na previsão do art. 16, inciso V, § 4º do Decreto 70.235/72 que restringe o momento produção probatória à apresentação da impugnação. A lei 9.784/1999 que regulamenta o processo administrativo federal e é aplicável de forma subsidiária a todo processo administrativo federal específico como é

---

<sup>218</sup> BRASIL. Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

<sup>219</sup> Ibidem.

o caso do processo administrativo fiscal, em seu art. 38 dispõe que o interessado no processo administrativo poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. Logo, a disposição da lei 9.784/1999 garante maior amplitude probatória ao interessado do que a previsão específica do processo administrativo fiscal. Com isso, surge o seguinte questionamento: o art. 16, inciso V, § 4º do Decreto 70.235/72 consiste em limitação ao princípio da ampla defesa, deveria o julgador aplicar a previsão do art. 38 da lei 9.784/1999 de modo a melhor promover o princípio constitucional?

No entendimento de Alberto Xavier “afronta o princípio da ampla defesa e da verdade material qualquer restrição ao exercício do direito à prova em função da fase do processo, desde que anterior à decisão final tomada na segunda instância”<sup>220</sup>. Já José Antônio Savaris entende que a existência de um prazo previamente estabelecido para a apresentação de provas não afronta o direito de ampla defesa, a preclusão se afigura indispensável ao devido processo legal e ao direito de ampla defesa.<sup>221</sup>

No âmbito dos órgãos administrativos competentes para decidir em matéria de processo administrativo tributário, tem-se deparado com o seguinte entendimento da questão:

**Ementa: DO PARECER JURÍDICO APRESENTADO EM 11.01.2005, COMO COMPLEMENTAÇÃO DA DEFESA, ANTES DA REALIZAÇÃO DO JULGAMENTO.**

O referido parecer elaborado por jurista, especialista em direito tributário e em processo administrativo fiscal, foi ignorado sob a alegação de não atendimento às condições previstas no § 4º do art. 16 do Decreto 70.235/72 (PAF). Entretanto, **tal norma disciplina tão somente a apreciação de prova documental no PAF, e evidentemente não abrange a hipótese de apresentação de parecer jurídico em complemento à impugnação.** As interessadas citaram oportunamente a doutrina de Sérgio Ferraz e de A. A. Dallari para explicitar a natureza de um parecer jurídico. No caso, a disciplina adequada seria efetivamente a do art. 38 da LGPAF (Lei 9.784/99), utilizada subsidiariamente, já que o PAF (Decreto 70.235/72) é omissivo quanto a isto. A norma evocada prevê que antes da decisão, na fase de instrução, pode-se juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. Portanto, a recusa de apreciação do parecer

<sup>220</sup> XAVIER, Alberto. **Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário.** 2 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 160.

<sup>221</sup> SAVARIS, José Antonio. **O Processo Administrativo Tributário e a Lei 9.784/99.** Revista Dialética de Direito Tributário: São Paulo, 2003, p. 89-90.



jurídico juntado aos autos na fase de instrução, antes da tomada de decisão, caracteriza cerceamento ao direito de defesa, eivando de nulidade absoluta a decisão recorrida. **Enfatiza-se que nesta situação a juntada do parecer não afetou de forma alguma o trâmite processual, não o prolongou, e não se justifica a recusa de conhecimento de matéria de defesa que necessariamente haveria de ser apreciada também em segunda instância, de forma que a omissão do julgador a quo também afronta o direito do contribuinte ao duplo grau de jurisdição.** Houve claro cerceamento ao direito de ampla defesa (*grifo nosso*).<sup>222</sup>

Segundo a decisão supracitada, o § 4º do art. 16 do Decreto 70.235/72 abarca apenas a apresentação de prova documental, como não há previsão sobre parecer cabe então aplicação subsidiária do art. 38 da lei 9.784/99.

#### PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL-NULIDADE

**A não apreciação de documentos juntados aos autos depois da impugnação tempestiva e antes da decisão fere o princípio da verdade material, com ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa.** No processo administrativo predomina o princípio da verdade material, no sentido de que aí se busca descobrir se realmente ocorreu ou não o fato gerador, pois o que está em jogo é a legitimidade da tributação. O importante é saber se o fato gerador ocorreu e se a obrigação teve seu nascimento. Preliminar acolhida. Recurso provido.<sup>223</sup>

Já nessa decisão fica evidente a aceitação de prova até antes da decisão, independente da espécie probatória apresentada e da aplicação subsidiária da lei 9.784/99, sendo mais ampla que a decisão apresentada anteriormente por aplicar a regra tendo em vista primordialmente a efetividade do princípio da ampla defesa.

Em resposta à problemática apresentada por uma ótica tradicional de aplicação das leis, não caberia inicialmente aplicação subsidiária do art. 38 da lei 9.784/99 ao PAF quanto à apresentação de documentação, mas sim quanto aos demais meios probatórios, visto que a aplicação subsidiária de norma apenas é possível quando inexistente regulamentação sobre o assunto na lei específica, o que não ocorre no processo administrativo fiscal quanto ao momento de produção da prova documental. Todavia, no entendimento adotado no presente trabalho, desprende-se do método restrito da subsidiariedade e adota-se a teoria do diálogo das fontes sendo assim possível a

<sup>222</sup> Acórdão nº 303-34.308, da 3ª Câmara do 3º Conselho de Contribuintes, proferido no recurso voluntário nº 134.737 prolatado em 22 de maio de 2007.

<sup>223</sup> Acórdão nº 103 19.789, do 1º Conselho de Contribuintes, prolatado em 08 de dezembro de 1998.

aplicação do referido dispositivo mesmo na hipótese já regulamentada pela lei fiscal, pois este melhor regulamenta o direito fundamental à ampla defesa. A legislação que regulamenta o processo fiscal, publicada em 1972, ainda tende a uma postura restritiva como é o caso da limitação ao momento de produção de provas. Para suprir essa questão devem os julgadores interpretar o Decreto 70.235/72 pela lupa constitucional de modo a promover os valores consagrados na Carta Magna vinculantes em todas as esferas jurídicas para tanto o método do diálogo das fontes se adequa a essa necessidade.

Quanto a essa proposta de aplicação da lei processual geral em detrimento de regulamentação especial, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça entendendo que:

Com efeito, consoante a Teoria do Diálogo das Fontes, as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo.<sup>224</sup>

Assim, no caso concreto, quando o juiz for eleger a fonte que irá reger as questões da processualidade administrativa em análise, deve-se aplicar a norma que melhor promova os direitos fundamentais não se prendendo meramente ao critério da especialidade. Com isso, é possível alcançar maior efetividade para lei 9.784 que se apresenta como marco democrático na gestão pública, pois permite sua aplicação para além dos critérios tradicionais que não coadunam com a lógica do sistema jurídico na pós-modernidade.

Pelo presente capítulo, foi possível identificar a incidência do direito fundamental à participação popular no âmbito da Administração Pública, de modo a estabelecer que num Estado Democrático de Direito, a função administrativa estatal deve ser desempenhada em coautoria com a sociedade. Afinal, a gestão da coisa pública é feita para o povo e não para a própria administração. Outrossim, apresentou-se a importância do processo como instrumento democrático do Estado, uma vez que promove o diálogo entre a população e a Administração Pública. Agora, passe-se, no próximo e último capítulo, a abordagem da audiência pública dentro do processo administrativo federal, a fim de se explorar a normatização e eficácia social desse instrumento voltado primordialmente para promoção da participação popular.

---

<sup>224</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo regimental no recurso especial nº1167656-MG. Relator Ministro LUIZ FUX. Data do Julgamento 14/12/2010.

### 3 AUDIÊNCIA PÚBLICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL: A PROBLEMÁTICA DA EFICÁCIA SOCIAL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

Este capítulo será voltado à teorização de um dos institutos existentes no ordenamento jurídico brasileiro destinado à promoção da participação popular: a audiência pública e ainda à verificação da eficácia social de sua previsão. Inicialmente, far-se-á uma abordagem geral da audiência pública, com análise do instituto desvinculado de legislação específica, apenas com a preocupação em determinar aspectos gerais como origem, conceito, objetivos, características e os princípios incidentes. Posteriormente, passar-se-á ao estudo da audiência pública na lei 9.784/99 de modo a pormenorizar o tratamento dado por ela. Para, por fim, entrar na problemática da eficácia social.

Busca-se aqui apresentar como a participação popular pode se materializar no dia-a-dia da Administração e da coletividade. Questiona-se se o cidadão brasileiro estaria interessado em participar da audiência pública e se a Administração tem cumprido o dever de provê-la. Afinal, apenas pela identificação das deficiências de eficácia social do instituto, é que se pode tentar propor melhorias.

#### 3.1 AUDIÊNCIA PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

A participação popular pode se manifestar de duas formas: *a priori*, quando atua no processo decisório da Administração Pública ou *a posteriori*, como forma de controle social.<sup>225</sup> Existem diversos institutos polivalentes e univalentes que promovem a participação popular. Os primeiros são os utilizados por quaisquer entes em qualquer poder do Estado, já os últimos apenas por entes ou poderes específicos. Moreira Neto pontua alguns institutos univalentes para participação administrativa:

[...] *a coleta de opinião, o debate público, a audiência pública, o colegiado público, a co-gestão de órgão ou entidade, a assessoria* [sic]

---

<sup>225</sup> OBARA, Alessandra. **Participação popular na Administração Pública: Audiências públicas**. São Paulo, 2009. Dissertação de Mestrado PUC/SP.

*externa, a delegação atípica, a provocação de inquérito civil, a denúncia aos tribunais ou conselhos de contas e a reclamação relativa à prestação de serviços público*<sup>226</sup>.

Para o autor de todos esses institutos, a audiência pública tem destaque por causa de sua relação com o devido processo legal. “Trata-se, assim, de *um princípio impostergável da ordem jurídica*, tido pelos publicistas norte-americanos como constitucionalmente essencial”<sup>227</sup>. Discorda-se do autor, no apontamento da audiência pública como instituto univalente, pois ela não é instrumento exclusivo da esfera administrativa, por ser contemplada em outros poderes do Estado. Só a título de exemplificação, cita-se o art. 9º, § 1º da lei 9.868/1999 que prevê a possibilidade de realização de audiência pública nos processos jurídicos que versem sobre ação direta de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade e ainda o art. 53 da CF que dispõe sobre audiência pública no processo legislativo. Todavia, a presente análise se limitará ao estudo da audiência pública no âmbito administrativo.

Se a democracia, como já dito, é governo do povo, para o povo e pelo povo, não restrita na contemporaneidade, a simples representação, mas exigindo a participação direta dos cidadãos para promoção da legitimidade dos atos estatais. Nada mais essencial, nessa perspectiva, do que garantir a oitiva da população para supedâneo das decisões do Estado. Se pelo princípio do contraditório é promovida a democracia no processo na esfera individual, pela audiência pública se garantirá a promoção da democracia no processo na esfera da coletividade. Por isso, afirma-se que a audiência pública é instrumento processual de participação popular.

### 3.1.1 Origem, aspectos conceituais, objetivos e características

Segundo Gordillo, a origem da audiência pública está no direito anglo-saxão, pela extensão da audiência individual para audiência da coletividade no âmbito do devido processo legal. “Se fundamenta no direito inglês no princípio de justiça natural que também informa a garantia de defesa no caso particular e no direito

<sup>226</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial - fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 203.

<sup>227</sup> Ibidem, p. 204.

estadunidense na garantia do devido processo legal (tradução nossa)”.<sup>228</sup> O jurista explica que o instituto deve ser invocado “[...] antes de emitir normas jurídicas administrativas e inclusive legislativas de caráter geral, ou antes de aprovar projetos de grande importância ou impacto sobre o meio ambiente ou comunidade”<sup>229</sup>(tradução nossa).

No âmbito jurídico internacional, o direito à audiência pública está implícito na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de abril de 1948, artigo 20 com a previsão que toda pessoa, legalmente capacitada, tem o direito de tomar parte no governo do seu país, diretamente ou através de seus representantes, e de participar das eleições, que se processarão por voto secreto, de uma maneira genuína, periódica e livre; na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, artigo XXI, 1: toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos; no Pacto de São José da Costa Rica de 1969, artigo 23.1, com a previsão que todos os cidadãos devem gozar do direito e oportunidade de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos.

Adentrando no aspecto conceitual, a audiência pública é forma *a priori* de participação popular na formação da decisão estatal, permitindo que o cidadão seja coautor da intervenção do Estado em sua vida. É instrumento do instrumento na promoção da participação popular, pois se manifesta dentro do processo, visto que este em si, como trabalhado, é meio aberto à intervenção dos cidadãos. Ela permite a interferência opinativa de terceiros através de debates orais que colaborarão na construção das decisões estatais. Oliveira observa que as audiências públicas exercem duplo papel informativo: 1) ao possibilitar a obtenção de dados pelos cidadãos; 2) ao habilitar o órgão administrativo competente para proferir decisão, lhe transmitindo um maior conhecimento sobre o assunto que permeia o objeto em análise, aumentando as chances da emissão de um provimento mais justo.<sup>230</sup>

Moreira Neto explica que a audiência pública, na esfera administrativa, é

<sup>228</sup> GORDILLO, Augustín. **Tratado de derecho administrativo**. tomo 2. 5. ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2003.

<sup>229</sup> Ibidem.

<sup>230</sup> OLIVEIRA, Gustavo. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 153-167, jul./set. 97.

[...] um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação conceitual.<sup>231</sup>

Nesse sentido, segundo Perez, “audiência pública é o instituto de participação popular na Administração Pública, de caráter não vinculante, consultivo ou meramente opinativo, inserido na fase instrutória do processo decisório”, que se desenvolve por meio da “[...] realização de uma sessão pública aberta a todos os interessados e voltada ao esclarecimento e à discussão de todos os aspectos e problemas envolvidos em uma determinada decisão administrativa”.<sup>232</sup>

O Ministério Público de Goiás apresenta em seu sítio eletrônico um documento esclarecedor sobre dúvidas frequentes em relação à audiência pública. A primeira indagação que vem a responder é “o que é audiência pública?”, pontuando que é “[...] um instrumento do diálogo estabelecido com a sociedade na busca de soluções para as demandas sociais. É um espaço de conversação aberto para a co-construção de soluções para as questões apresentadas pela comunidade.”<sup>233</sup> A audiência pública proporciona ao cidadão a troca de informações com a Administração Pública, o adequado exercício da cidadania e a promoção do devido processo legal em sentido substantivo.<sup>234</sup> E ainda perante o questionamento, se a realização de audiências públicas tem alguma ligação com as práticas democráticas, o órgão manifesta que sim, pois ela junto com a consulta popular demonstra a democratização das relações do Estado com o cidadão. Explica que

O exercício do poder pelo povo e para o povo é assegurado pelo princípio democrático, que gera, além dos direitos de elaboração legislativa, os direitos participativos, que fundamentam pretensões à satisfação dos fins sociais, culturais e ecológicos da igualdade de gozo das liberdades privadas e dos direitos de participação política, de sorte

<sup>231</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial - fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 129.

<sup>232</sup> PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 168.

<sup>233</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DE GOIÁS. Disponível em [http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/duvidas\\_frequentes\\_audiencias\\_publicas.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/duvidas_frequentes_audiencias_publicas.pdf). Acesso em 11 fev 2012.

<sup>234</sup> Ibidem.

que o próprio conceito de democracia se assenta no princípio participativo, o qual integra o conceito de Democracia Social.<sup>235</sup>

Destacando-se a importância da audiência pública, Guimarães pontua que esta “[...] constitui-se em verdadeiro foro de debate de ideias, coleta de informações objetivas, na busca de um denominador comum, de ponto de consenso e de melhor solução sobre o assunto relevante tratado no processo administrativo”<sup>236</sup>.

Frisa-se que a audiência pública não é uma mera formalidade da Administração Pública, ou seja, um ato a ser cumprido apenas para estrita legalidade do processo onde o ente público apresenta sua escolha já estabelecida e não aberta a construção juntamente com os cidadãos. Sua finalidade é promover a ampla discussão, transparência e efetiva participação para que a vontade popular interfira diretamente na formação dos atos da Administração. Assim, pode-se destacar que a audiência pública tem os seguintes objetivos:

Aumentar a publicidade dos atos da administração pública. Legitimar a ação governamental. Aumentar disponibilidade de informações para o ciclo de políticas públicas. Ampliar a capacidade do governo de conhecer e incorporar as demandas da sociedade. Fornecer transparência ao processo político e administrativo. Induzir a administração pública a agir de forma mais eficiente. Aperfeiçoar os instrumentos de gestão. Consolidar e priorizar políticas públicas. Construir capacidades entre os atores da sociedade civil. Difundir e popularizar o debate sobre a política pública. Promover o diálogo entre a sociedade e a administração pública. Mediar conflitos.<sup>237</sup>

As principais características da audiência pública são a oralidade, o debate, o caráter consultivo, pontual e coletivo, bem como a abertura a todo público.

A oralidade é a forma da opinião popular se manifestar nas audiências públicas. Carvalho Filho explica que

<sup>235</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DE GOIÁS. Disponível em [http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/9/docs/duvidas\\_frequentes\\_audiencias\\_publicas.pdf](http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/9/docs/duvidas_frequentes_audiencias_publicas.pdf). Acesso em 11 fev 2012.

<sup>236</sup> GUIMARAES, Francisco Xavier da Silva. **Direito processual administrativo: comentários à lei nº 9.784/99 com alterações da lei nº 11.417/06**. Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 119.

<sup>237</sup> FONSECA, Igor F; OLIVEIRA, Marília S.; REZENDE, Raimor R. **Audiências públicas no âmbito do governo federal: análise preliminar e bases para avaliação**. Relatório de pesquisa. Ipea, Brasília, 2012.

[...] as manifestações são veiculadas por palavras proferidas pelo participante na sessão designada para os debates. Não quer dizer que eventualmente, algumas opiniões não possam ser formalizadas ou reduzidas a termo. Mas o núcleo da audiência pública é a manifestação oral.<sup>238</sup>

Naturalmente, como na audiência pública a forma de participação é oral, os interessados devem estar presentes. Logo, os que desejarem intervir deverão comparecer pessoalmente ao local marcado para que seja possível manifestação oral na sessão pública. Na audiência pública, as manifestações não serão recebidas por outros meios como ocorre na consulta pública não será realizada por outros meios, como o uso de internet muito comum para recebimento das manifestações escritas da consulta pública.

O debate “[...] significa transmissão de informações no qual os polos da relação processual administrativa, a administração, os interessados e os participantes da Audiência Pública *discutam* sobre a questão do processo.” A audiência permite a emissão de diversas posições sobre o assunto, por isso o uso do termo discutir, pois é “[...] mais do que expor uma questão, subentende uma conversa até sobre interesses divergentes em face dela, no intuito de que se chegue a uma conclusão sobre a questão, no caso, do processo.”<sup>239</sup> Assim, o cidadão ao participar não está engessado à nenhuma posição específica sobre assunto, mas tem plena liberdade de manifestar sua opinião, mesmo que colida com os interesses apresentados pela Administração, isso é debate.

Outra característica das audiências públicas é o caráter consultivo, pois as opiniões emitidas pelos participantes não vinculam à Administração Pública, ou seja, não têm caráter deliberativo. Assim há margem de discricionariedade para posterior decisão, tendo como escopo o conteúdo trazido pela população. Na audiência pública, a sociedade tem oportunidade de manifestar sua opinião sobre o assunto em questão, mas fica a cargo da Administração seguir ou não a opinião popular. Todavia, pelo princípio da motivação, ela deverá trazer em sua decisão os fundamentos que a levaram a não seguir.

Quanto à perenidade, esta é identificada devido ao modo pontual que as audiências públicas são realizadas, pois estão ligadas a um processo decisório específico

---

<sup>238</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários à lei 9.784/99**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005, p. 186-187.

<sup>239</sup>FRANGETTO, Flavia Witkowski. A instrução processual administrativa adaptada à participação pública (art. 29 a 35). In: **Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99)**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.



como uma norma regulatória, elaboração de um plano do governo e estratégia para políticas públicas. Há instituições participativas que são perenes como os Conselhos Gestores de Políticas, pois são estabelecidos para promoção da articulação entre Estado e sociedade, todavia, esse não é o caso da audiência pública.

O caráter coletivo está no fato da audiência pública promover um espaço onde grupos de pessoas podem se manifestar, tanto como representantes de pessoas jurídicas quanto em nome próprio. Ela está aberta a todo interessado, já que pode contemplar temas que atinjam a vida dos particulares. Assim, fica evidente que a amplitude participativa da audiência pública é maior, por exemplo, do que em outros meios de manifestação popular como Conselhos e Conferências que limitam a possibilidade de atuação de grupos organizados.

Por último, aponta-se a característica de possuir regras específicas para seu desenvolvimento. Assim, existe uma forma procedimental geral trazida pela legislação, como é o caso da lei 9.784/99. Todavia, no caso concreto para melhor discussão do tema, o administrador tem margem de discricionariedade para definir os pormenores como data e hora, pauta, atas de reuniões e organização do debate sobre qual ordem será dada para as defesas sobre o tema.

### **3.1.2 Princípios regentes: publicidade, formalismo moderado e eficiência**

O instituto da audiência pública será guiado pelo rico arcabouço principiológico que atinge a própria Administração Pública. Sabe-se que os princípios são normas com capacidade de aprender os valores da sociedade e os dar força jurídica vinculativa que atingirá seus destinatários. São as linhas mestras do ordenamento jurídico. Logo, é preciso deixar claro, que os princípios a serem apresentados não são os únicos incidentes na audiência pública, mas os identificados como de destaque: publicidade, formalismo moderado e eficiência.

O princípio da publicidade está consagrado no art. 37 *caput* da Constituição brasileira e impõe à Administração Pública o dever de levar conhecimento aos cidadãos dos atos administrativos por ela praticados, “[...] se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados

tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo”<sup>240</sup>. Logo, exige-se uma postura transparente no exercício da função administrativa, o modo de gerir a coisa pública deve ser conhecido pela sociedade. A publicidade, também nada mais é, do que um reflexo normativo do regime democrático. Não há como promover um governo do povo, pelo povo e para o povo com uma administração obscura, voltada para si mesma, ignorante do dever de abertura à população.

Na realização da audiência pública, o princípio da publicidade é imprescindível para que o instituto atinja seu fim. Afinal, se a população não tiver conhecimento do ato convocatório da audiência pública, não terá como participar. Assim, para que o princípio da publicidade seja efetivado na audiência pública é necessário que a Administração faça a divulgação do convite à população não apenas pelos meios oficiais que comumente não são acessados pela maioria das pessoas, mas que se valha de instrumentos de comunicação populares, próximos do cotidiano dos cidadãos, como a televisão, o rádio, os jornais locais. Além de ser público o convite, a Administração deve deixar claro o objeto de discussão na audiência, quanto mais transparente ficar para o cidadão o conteúdo que será discutido na audiência e como isso pode afetar sua vida, mais motivação poderá ter para participar.

Quanto ao princípio do formalismo moderado, sabe-se que a forma é estrutura previamente delimitada para o desenvolvimento do processo, de modo a garantir os direitos dos interessados e a segurança jurídica das decisões. A forma no bojo de um processo é observada, por exemplo, pelos requisitos exigidos na composição da peça inaugural, pelo modo de realização da comunicação dos atos processuais, pela delimitação do rito de produção probatória, enfim, por meio de uma estrutura pré-determinada. Assim, referido princípio consiste na exigência de que a forma seja reconhecida apenas como um meio eficaz para o alcance da finalidade do processo, não se admitindo que a forma deixe de ser o meio para ser o fim. Como apontam Ferraz e Dallari “[...] significa que, dentro da lei, sem quebra da legalidade, pode haver dispensa de algum requisito formal, sempre que sua ausência não prejudicar terceiros nem comprometer o interesse público.”<sup>241</sup>

---

<sup>240</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros, 2000, p. 653.

<sup>241</sup> DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 102.

Uma observação importante a ser realizada é que o princípio em discussão apresenta mais de uma nomenclatura. Além de ser denominado de formalismo moderado, também é conhecido como princípio da informalidade. Todavia, o mais adequado é a expressão formalismo moderado, pois esse princípio preconiza não pela eliminação da forma como leva a conclusão o termo informalidade, mas pela exigência apenas de um mínimo de formalidade que seja capaz de revestir o processo de segurança jurídica.

Outro apontamento importante é feito por Odete Medauar ao afirmar que “o princípio do formalismo moderado não há de ser chamado para sanar nulidades ou para escusar o cumprimento da lei. Visa a impedir que minúcias e pormenores não essenciais afastem a compreensão da verdadeira finalidade da atuação”<sup>242</sup>. Assim, o princípio do formalismo moderado trabalha a favor de um processo simples e garantista.

Na audiência pública, o formalismo moderado será essencial para facilitar a participação popular e possibilitar a manifestação de pessoas integrantes de diversos grupos sociais. A forma não pode ser usada de modo a limitar a participação popular, mas sim a viabilizá-la. A adoção da oralidade é uma manifestação do formalismo moderado nas audiências públicas, pois não exige que o cidadão tenha o domínio para a manifestação de suas opiniões em escrito, sendo possível apenas expressar seu pensamento verbalmente, visto que um agente público competente fará redução de sua manifestação a termo se for relevante para a discussão. É importante frisar que a moderação no formalismo não reflete em desorganização, a audiência pública será presidida pelo órgão ou pessoa responsável da Administração Pública, a qual estabelecerá e explicará aos participantes a forma como ela se desenvolverá.

Por fim, o princípio da eficiência foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito constitucional, pela Emenda nº. 19 de 4 de junho de 1998, que acrescentou o referido princípio no *caput* do art. 37 da Constituição brasileira e também se consagrou na lei 9.784/99 no *caput* do art. 2º. A eficiência é uma exigência ligada à eficácia, pois se centra na produção de resultados. Com ela, além do dever da Administração de produzir resultados, preocupa-se com os meios utilizados para atingi-los. Assim, o princípio visa que a Administração Pública minimize os recursos e maximize os resultados. Na gestão da coisa pública deve buscar os melhores meios para se atingir os fins. Inicialmente, identifica-se o preceito da eficiência como estratégia

---

<sup>242</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 1993. p. 123.

administrativa da iniciativa privada, todavia, as finalidades estabelecidas são diversas, a esfera privada se volta para o resultado do lucro, já a pública, para a realização do interesse público.

Quanto à aplicação deste princípio à audiência pública, o primeiro aspecto de análise é se esta não afrontaria a eficiência, já que é meio dispendioso de subsidiar a decisão do julgador administrativo e extensor do processo, podendo comprometer sua celeridade. Nesse viés, a audiência pública seria um fator de comprometimento da eficiência e não um instituto por ela regido. Todavia, tal visão é uma falácia, visto que a eficiência não se resume à celeridade, uma vez o processo tenha objeto de interesse público, a audiência pública colaborará substancialmente para fundamentação da decisão do julgador. Logo, ela otimiza a eficácia do ato, o que representa maximização do resultado. Além do que, quando causar prejuízo ao interessado no processo, ela não deverá ser realizada, assim prevê a lei geral do processo administrativo federal. Desse modo, uma vez que a audiência pública seja instaurada, nela incidirá o princípio da eficiência, pois os meios de realização escolhidos deverão ser os menos dispendiosos possíveis e mais adequados para se alcançar a participação popular.

### **3.1.3 Audiência pública como forma de manifestação da consensualidade no processo administrativo**

A consensualidade é importante elemento de discussão na contemporaneidade no cenário administrativo do Estado. Neste subtópico busca-se apresentar a relação desta com a audiência pública, ou seja, o modo como a última se apresentará como instrumento de inserção da primeira no processo administrativo de modo a ressaltar a relevância do instituto.

A Administração Pública está sujeita a regência da democracia, com isso espera-se uma Administração Consensual ao invés da tradicional Administração Unilateral. Segundo Justen Filho, “a observância de procedimentos democráticos, com a ampla participação da população, é um fator constitutivo da validade da atividade administrativa.”<sup>243</sup> Logo, a atividade administrativa apenas se legitima com a

---

<sup>243</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 64.

efetivação da participação popular. É importante esclarecer que na Democracia não há supressão da imposição administração, segundo Schwanka

[...] embora se esteja em tempo de consensualismo e transparência, com um direito administrativo cada vez mais dialógico e aberto aos cidadãos, não se ignora a impossibilidade de se abdicar da face autoritária da Administração Pública. Ambas as faces são complementares e não excludentes entre si.<sup>244</sup>

A origem teórica da Administração Consensual até agora veemente afirmada, segundo Oliveira e Schwanka<sup>245</sup>, está assentada nas concepções de Estado em rede e de Governança Pública encontradas na obra de Castells: *Sociedade em Rede*. A teoria de Castells surge no contexto histórico do século XX denominado era da informação, em que o conceito de sociedade em rede é concebido como fruto da interação dos processos de “revolução da tecnologia da informação, crise econômica do capitalismo e do estatismo e reestruturação de ambos e ainda o apogeu dos movimentos sociais culturais: liberalismo, direitos humanos, feminismo e ambientalismo”<sup>246</sup>. A sociedade contemporânea apresenta sistema complexo de relações interpessoais e institucionais gerado pela diversidade fenomenológica que interfere na composição do tecido social como é o caso dos processos acima apontados por Castells, com isso os vários grupos existentes no meio social ao se interagirem estabelecem uma sociedade em rede.

Oliveira e Schwanka afirmam que da Teoria de Castells identificam-se três importantes reflexos para concepção da Administração Consensual. O Primeiro é que “a constatação de que o corpo social encontra-se ordenado em redes exige que o Estado imprima maior capilaridade aos órgãos e entidades integrantes da arquitetura administrativa”<sup>247</sup>. A fim de que a Administração Pública melhor atenda os anseios

<sup>244</sup>SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual. **In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. julho | agosto | setembro 2011 | v. 80 — n. 3 — 2012, p.2.

<sup>245</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: **Anais do CONPEDI**. Salvador, jun. 2008.

<sup>246</sup> CASTELLS, Manuel. **A era da informação: fim de milênio**. 3. ed. v.3 São Paulo: Paz e Terra, 2002 .P.412

<sup>247</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. Op.cit.

sociais. O segundo é a constatação da impossibilidade de se administrar com uma organização autocentrada. Segundo os juristas,

Características como descentralização, policentria, horizontalidade, cooperação, gestão integrada e compartilhada entre departamentos de Estados unitários e de esferas federativas, bem como entre órgãos e entidades administrativas, estão presentes na composição e organização do Estado contemporâneo.<sup>248</sup>

O último reflexo elencado é sobre o fenômeno do governo global. Segundo Castells, ele resulta de “um processo irreversível de soberania compartilhada na abordagem das principais questões de ordem econômica, ambiental e de segurança e [do] o entrincheiramento dos Estados-Nação como os componentes básicos desse complexo emaranhado de instituições políticas”<sup>249</sup>. A governança pública absorve os reflexos da globalização para administrar. Esses três reflexos da teoria de Castells cercam a concepção da Administração Consensual, que surge pela necessidade de adequação a nova problemática da sociedade contemporânea.

Feita a delimitação teórica da Administração Consensual com fundamento na democracia, na participação popular e nos anseios da sociedade em rede, é necessário apresentar como a consensualidade se manifesta na prática administrativa. Mello e Dantas explicam que a consensualidade no direito administrativo pode ser entendida por dois diferentes ângulos. “O primeiro a inclui no conceito de participação em sentido lato. Nesse enfoque, o fenômeno consensual assemelha-se ao conceito de participação na gestão, como forma de união dos cidadãos na realização de funções públicas”<sup>250</sup>. No segundo, “a consensualidade representa uma técnica de decisão administrativa, utilizada para excluir os conflitos entre a Administração e os administrados.”<sup>251</sup>. A primeira concepção é de maior abrangência e entende a consensualidade como possibilidade de

<sup>248</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: **Anais do CONPEDI**. Salvador, jun. 2008, p. 129.

<sup>249</sup> CASTELLS, Manuel. **A era da informação: o poder da identidade**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 2, P. 313.

<sup>250</sup> MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado. In: **Revista âmbito jurídico**. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7585](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585). Acesso em: 15 de maio de 2012.

<sup>251</sup> Idem.

participação popular em suas diversas maneiras, desde modos não vinculantes, como manifestação em audiência pública e consulta pública em que não há necessariamente conflito entre cidadãos e Administração, até materializações mais restritas e vinculantes. Nessa perspectiva, para identificar a manifestação da consensualidade é necessário que de algum modo se possibilite a manifestação popular no desenvolvimento da função administrativa. Já na segunda concepção, tem-se compreensão mais restrita da consensualidade, apesar de estar também fundamentada no princípio da participação popular, compreende apenas um aspecto da abordagem trazida na primeira concepção, ou seja, os acordos de programa, convênios, contrato de gestão, conciliação, mediação, arbitragem, ajustes de conduta.

Pelo exposto, chega-se a uma identificação do importante papel da audiência pública na estruturação de uma Administração Consensual na condução do processo administrativo, por ser capaz de promover a democracia não só para os interessados no processo, mas permitir a participação popular ampla para colaboração na decisão administrativa. Afinal pela audiência pública se faz abertura a todas as pessoas que assim desejam de se manifestar sobre o tema, desse modo, constrói-se uma decisão administrativa dialogada com a sociedade.

### 3.2 A AUDIÊNCIA PÚBLICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SEGUNDO A LEI 9.784/99

A esfera processual administrativa contempla algumas previsões legais de audiência pública, dentre elas, pode-se destacar o art. 39 da lei 8.666/93 (Licitações Públicas), art. 2º da Resolução CONAMA 09/87 (Meio ambiente), o art. 4º, § 3º lei 9.427/96 (Agência Nacional de Energia Elétrica), a lei 10.257/2001 (Estatuto das Cidades). Todavia, o instituto será explorado apenas pela ótica da regulamentação trazida pela lei 9.784/99, devido seu caráter geral, que proporciona sua aplicação de forma complementar a qualquer processo administrativo, como trabalhado no subtópico Diálogo das fontes. As demais legislações somente serão buscadas em caráter comparativo. Antes da publicação da lei do processo administrativo federal, a doutrina criticava a falta de uma regulamentação geral para o instituto da audiência pública,

agora, perante esta, a deficiência fica suprida e qualquer órgão administrativo pode se valer de sua previsão para orientar a realização de audiências públicas.

Na regulamentação da participação direta dos cidadãos no processo administrativo federal, a lei 9.784/99 traz três possibilidades de intervenção da população: a consulta pública (art. 31), a audiência pública (art. 32) e a previsão genérica de participação (art. 33).

A consulta pública é meio de participação da coletividade no processo administrativo, que visa permitir a interferência opinativa de terceiros através da apresentação de alegações escritas que colaborarão na construção das decisões nos processos administrativos que envolvam essencialmente interesse público. Segundo Carvalho Filho, a audiência pública é modalidade de consulta pública. Adota-se a referida relação na teorização da audiência pública, para justificar aplicação a esta da regulamentação estabelecida no art. 31 *caput* e parágrafos, devido à deficiência de conteúdo do art. 32. Logo, quando for trazida uma exposição para teorização da audiência pública que esteja nos dispositivos que regulamentam a consulta pública, isto será aceitável devido à relação espécie e gênero entre elas estabelecida. Passe-se então à abordagem dos seguintes aspectos do instituto dentro do processo administrativo federal: natureza jurídica, pressupostos e procedimento.

### 3.2.1 Natureza jurídica: categoria de inserção do instituto

Natureza jurídica é a "afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação"<sup>252</sup>. Logo, consiste na delimitação topográfica do instituto, ou seja, sua localização perante toda a estruturação jurídica, relação de gênero-espécie.

Segundo Figueiredo, a natureza jurídica da audiência pública é de direito difuso, ou seja, direito público subjetivo de defesa da comunidade que tem efeitos sobre direitos individuais apenas reflexamente.<sup>253</sup> Direitos difusos são aqueles atribuídos a

---

<sup>252</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>253</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. In: **Revista eletrônica de direito administrativo econômico – REDAE**. n. 11 – ag./set./out./ - 2007 – Salvador – Brasil.



um número indeterminado de pessoas, não sendo possível atribuir-lhes titulares específicos, pois refletem para toda população. Logo, ao identificar a audiência pública como direito difuso quer dizer que ela é um direito de toda coletividade, ou seja, reflete sobre a vida de qualquer cidadão.

Carvalho Filho, ao realizar análise específica da audiência pública na lei 9.784/99, entende que esta é procedimento incidental, pois sua realização está prevista na fase de instrução do processo administrativo federal. Procedimento incidental é questão acessória que surge no processo para delimitar algum ponto presente no objeto do processo.

Assim, apesar de se ter apresentado aqui duas naturezas jurídicas diferentes, elas não são excludentes, pois no aspecto material audiência pública é direito difuso, já no aspecto processual é procedimento incidental.

### **3.2.2 Obrigatoriedade e requisitos: pressupostos**

Na regulamentação normativa das audiências públicas, quanto à obrigatoriedade, pode-se identificar a divisão em dois grupos: um que impõe sua realização e outro que deixa facultado ao administrador. No primeiro, são incluídas as seguintes previsões: a Lei de Licitações, nº 8.666/1993, que impõe realização de audiência pública quando o objeto do processo for superior a R\$ 150.000.000,00; a Lei de Concessão e permissão de serviços públicos, nº 11.444/2007, que a considera obrigatória enquanto condição de validade dos contratos cujo objeto seja a prestação de serviços públicos de saneamento básico, devendo ser realizada audiência pública sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato. A obrigatoriedade recai também na divulgação das propostas dos planos de saneamento básico, todavia, é facultativa para o recebimento de contribuições na elaboração e revisão de tais planos; o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, prevê obrigatoriamente, na esfera municipal, a realização de audiência pública para empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos para o meio ambiente – natural ou construído –, e ao conforto ou à segurança da população; para a elaboração e fiscalização da implantação do Plano Diretor; e na gestão orçamentária; na Lei nº 12.345/2010 que prevê a Instituição de datas comemorativas, a realização de

audiência pública é obrigatória para a definição do critério de alta significação para a instituição de datas comemorativas; Na lei de Finanças públicas/ gestão fiscal, nº 101/2000, é imposta a realização durante os processos de elaboração e discussão dos planos, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e dos orçamentos; na Lei nº 12.305/2010 de Políticas públicas específicas como a elaboração de planos nacionais e planos de gestão, regulamentada pelo Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010, é obrigatório a audiência pública como foi, por exemplo, para elaboração do Plano nacional de Resíduos Sólidos; no Licenciamento ambiental, regulamentados pelas Resoluções CONAMA nº 001/1986 e 009/1987 é obrigatório a realização quando solicitada por entidade civil, Ministério Público ou por 50 ou mais cidadãos; para Agências reguladoras – ANEEL, ANP, ANTT, ANTAQ, ANAC como regulamentação trazida pela Lei nº 9.427/1996, Resolução ANEEL nº 233, Lei nº 9.478/1997, Lei nº 10.233/2001, Resolução ANTAQ nº 646/2006; Lei nº 11.182/2005; Decreto nº 5.731/2006; Instrução Normativa ANAC nº 18/2009 em que é imposta a audiência pública para iniciativas ou alterações de atos normativos e decisões que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor em questão, ou de consumidores e usuários dos bens e serviços; Por último, para aquisição de imóveis rurais, conforme regulamentado pela Norma de Execução INCRA nº 95, de 27 de agosto de 2010, DOU 30/8/2010, republicado em 3/9/2010, é obrigatória a audiência pública para a aquisição de imóveis rurais insusceptíveis de desapropriação por interesse social na forma da Lei nº 8.629/1993.<sup>254</sup>

No segundo grupo, realização facultativa, encontra-se o Decreto nº 4.176/2002 que regulamenta projetos de atos normativos, sendo à Casa Civil discricionária a realização para a ampla divulgação de texto básico de projeto de ato normativo de especial significado político ou social. E ainda a norma que interessa para o presente trabalho, a Lei 9.784/1999, que em seu art. 31 prevê de forma facultativa a realização da audiência pública. Sobre essa regulamentação trazida pela lei de processo administrativo federal, alguns doutrinadores defendem que, uma vez identificada a necessidade e atendida as condições legais, a audiência pública deve ser realizada, pois tal dispositivo seria um dever-poder do julgador. Em nota de rodapé, Figueiredo cita

---

<sup>254</sup> FONSECA, Igor F; OLIVEIRA, Marília S.; REZENDE, Raimor R. **Audiências públicas no âmbito do governo federal: análise preliminar e bases para avaliação**. Relatório de pesquisa. Ipea, Brasília, 2012.

que a previsão da audiência pública trazida na lei 9.784/99 é parte obrigatória do processo.<sup>255</sup> Numa interpretação literal da lei, não há como confirmar o apontamento da autora, tal assertiva só subsiste por meio da interpretação do poder-dever. Todavia, tal ressalva não é apontada pela jurista no artigo consultado. Na prática, referido dispositivo é usado no âmbito facultativo.

Quanto aos requisitos apontam-se os seguintes: Primeiro: não causar prejuízo ao interessado. A audiência pública estende o lapso temporal do processo, se porventura, o interessado tiver urgência da decisão, de modo que a extensão processual cause o perecimento da finalidade buscada, tal procedimento seria prejudicial e logo não deveria ser realizado. Assim, para determinação de realização ou não da audiência, far-se-á, no caso concreto, uma ponderação entre os princípios da participação popular e da celeridade do processo.

Segundo: Motivação do ato que delibera pela audiência pública - O julgador deve explicitar os fatos e fundamentos que o levaram a optar pela realização da audiência pública. Um procedimento que estende a duração do processo não pode ser realizado ao bel prazer do julgador, mas sim para atender o interesse público e é a motivação do ato que permite esse controle.

Terceiro: Ser realizada antes da decisão - A redação do art. 31 da Lei 9784/99 prevê que a realização da consulta pública deve ser antes da decisão. Todavia, alguns autores apontam que seria perfeitamente possível sua realização na fase recursal ou até mesmo em ato posterior ao processo para avaliar, tendo em vista que a Administração Pública pode rever seus próprios atos de ofício, ressalvado a limitação do art. 54 da Lei 9784/99. Questiona-se tal entendimento, por achar-se mais adequado sua realização na fase de instrução, já que é esse o momento do processo para se demonstrar os fatos e apontar os argumentos que levarão à decisão.

Quarto: Relevância da questão. A lei exige que audiência pública apenas seja realizada em processos que apresentem questão relevante. Nesse ponto há divergência doutrinária sobre o que seja questão relevante e sobre a ligação dessa delimitação com o interesse geral citado na regulamentação da consulta pública.

Ferraz e Dallari pontuam que

---

<sup>255</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. In: **Revista eletrônica de direito administrativo econômico – REDAE**, n. 11 – ag./set./out./ - 2007 – Salvador – Brasil, p. 2.

[...] na audiência pública o pressuposto é a *relevância da questão*, motivadamente aferida e proclamada, não importando seja o tema envolvido e interesse geral ou não. Para nós, mesmo que o interesse em tela seja restrito aos envolvidos no processo administrativo, o impacto econômico da decisão ou a mera potencialidade de reflexo do que se vier a decidir sobre futuras discussões análogas já legitimam a convocação de interesse público.<sup>256</sup>

Além disso, fazem crítica expressa ao entendimento de Figueiredo, que restringe a audiência pública a direitos coletivos e difusos. Todavia, o que Figueiredo afirma é que a audiência pública é um direito difuso, como foi trabalhado sobre subtópico sobre natureza jurídica, e não que seu requisito seja um direito coletivo ou difuso. Assim, entende-se que há um equívoco de interpretação de Ferraz e Dallari do entendimento da autora.

### 3.2.3 Procedimento: iniciativa, publicação, participantes e realização

A iniciativa da realização da audiência pública, segundo o art. 31, é do órgão competente, não há previsão de provocação pelo cidadão. Oliveira sugere que

[...] a exemplo do que ocorre em matéria ambiental, poderia ter sido outorgada legitimidade a entidades associativas ou mesmo a grupos de cidadãos para formular requerimento de realização de audiências públicas, o que conferiria maior amplitude ao direito de participação popular.<sup>257</sup>

Concorda-se com o posicionamento do autor, visto que tal procedimento melhoraria a efetividade da participação popular, pois o interesse maior de provocar a participação popular é da própria coletividade.

Depois de instituído no processo o ato motivado que delibera pela audiência pública, a Administração tem o dever de divulgar a data e hora de sua realização e disponibilizar o conteúdo do debate. Como apontado na exposição do princípio da publicidade, não há como promover participação popular se a coletividade não tiver conhecimento do evento. A lei 9.784/99 impõe a publicação em meios oficiais, todavia,

<sup>256</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu Dallari. **Processo administrativo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.182.

<sup>257</sup> OLIVEIRA, Gustavo. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 153-167, jul./set. 97.

apesar de essa divulgação formal ter de ser cumprida, sabe-se que ela não é a mais eficaz para alcançar a população, afinal o cidadão não consulta os diários oficiais todos os dias. Assim, deve a Administração se valer de outros meios que melhor acessem a coletividade como rádio, televisão, jornal local e ainda que esses anúncios incentivem a população a participar.

Mas, quem pode participar da audiência pública? Qualquer cidadão? No art. 32 da lei 9.784/99 não há nenhuma regulamentação sobre quem irá participar da audiência pública, já o art. 31 prevê abertura para manifestação de terceiros, mas que terceiros? A lei não faz limitação, logo não cabe ao intérprete fazê-lo sob o risco de restringir a eficácia social do direito à participação popular. Assim, qualquer cidadão poderá participar de audiência pública, todavia, geralmente, o público que irá comparecer é o que tem alguma afinidade com o assunto em discussão para ter condição de opinar. Entretanto, nada impede que o cidadão compareça mesmo não tendo nenhum conhecimento sobre o objeto em discussão, mesmo assim participe da audiência. Visto que ela “[...] deve possibilitar o acesso de todos os interessados. Não fosse assim, afrontar-se-ia o próprio caráter público da audiência.”<sup>258</sup>. Todavia, “Se o número dos administrados para realização das políticas públicas for tão grande, de modo que inviabilize a discussão pública, [...] há a necessidade de credenciamento dos participantes”<sup>259</sup>. Assim, deverão ser realizadas mais de uma audiência de modo que possa contemplar de forma organizada todos os cidadãos que desejam participar. A participação na audiência pública não confere ao cidadão a condição de interessado no processo, mas apenas o direito de obter resposta fundamentada da Administração (art. 31, § 2º).

Chegado o dia e hora marcados para realização da audiência pública, ela será conduzida por um agente público que inicialmente abrirá momento para inscrição dos interessados a se manifestarem, e posteriormente apresentará a temática a ser discutida e organizará como os inscritos poderão opinar. Aos cidadãos, que decidirem intervir, ser-lhe-á concedida a palavra para manifestarem sua opinião oralmente, a qual deverá ser reduzida a termo para posterior consideração pelo administrador para julgamento. Ao final da audiência, será lavrada a ata final com apontamentos das

---

<sup>258</sup> PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 171.

<sup>259</sup> Ibidem, p. 171.

principais considerações feitas no debate e tal conteúdo será anexado ao processo administrativo para instruir a decisão do julgador.

### **3.2.4 Efeitos da audiência pública no processo administrativo**

No processo administrativo federal, o posicionamento sobre a matéria estabelecida em audiência pública, não será necessariamente o conteúdo da decisão administrativa, ou seja, audiência pública não vincula o julgador. Perante esta afirmação, poderia se questionar então por que realizar audiência pública já que ela não irá vincular o julgador? Tem-se o sentimento que a participação popular foi inócua. Todavia, deve-se recordar do princípio da motivação que vincula a decisão administrativa. O julgador é obrigado a expor os motivos e fatos e fundamentos que o levaram a determinada decisão. Logo, se no processo existe o registro da audiência pública e da opinião da coletividade, e o julgador decide proferir decisão oposta a esse entendimento, ele deverá justificar esse ato, se tal justificativa não é razoável ou fere o interesse público, a decisão poderá ser questionada administrativa e judicialmente.

Logo, a realização da audiência pública é essencial para promover influência direta da vontade do povo na Administração, para que esta possa viver cada dia mais sob a influência da democracia, de modo que tenha bem claro em seus atos que o tempo de ditadura acabou e que o Estado é apenas um meio para promoção do querer da população e jamais um fim em si mesmo.

## **3.3 A EFICÁCIA SOCIAL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA AUDIÊNCIA PÚBLICA**

Que a participação popular está normatizada no ordenamento jurídico brasileiro é inquestionável. Mas se esta norma jurídica tem alcançado eficácia social, já se adentra em outra esfera de análise. A norma jurídica da participação popular confere ao cidadão o direito de intervir na coisa pública e à Administração o dever de proporcioná-la. Logo, ela alcança eficácia social quando o cidadão participa na administração pública com a devida abertura dos entes públicos.

Para que seja feita a análise da eficácia social dessa norma jurídica, primeiramente, se estudarão os três planos de validação da norma jurídica para que fique claro, o critério de verificação da eficácia. Posteriormente, se entrará na análise específica da eficácia da participação popular na audiência pública. Por último, se apresentará alternativas para possíveis deficiências identificadas no plano da eficácia social.

### 3.3.1 Eficácia social da norma jurídica

A norma jurídica pode ser avaliada em três planos: validade, vigência e efetividade. A diferenciação trazida a seguir entre eles foi construída, por Ferraz Jr, no enfoque da dogmática jurídica, ou seja, como questão fechada. No campo da zetética, a questão é a aberta, com isso, para se definir validade, por exemplo, precisaria diferenciar validade da norma jurídica com outras normas como as morais. Assim, para a dogmática jurídica, para que se uma norma seja considerada válida, é necessário, que esteja integrada no ordenamento. O autor explica que é preciso que se cumpra o processo de formação ou produção normativa, de acordo com a previsão do ordenamento jurídico. Assim, findada a fase constitutiva do processo produtivo de normas legais, ou seja, sancionada a norma, tem-se uma lei válida.<sup>260</sup> Uma vez que a norma foi sancionada, para que comece o tempo de sua validade, exige-se a publicação, a partir de então norma se torna vigente. Assim, vigente “é a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade já pode ser considerada imunizada sendo exigíveis os comportamentos prescritos.”<sup>261</sup> Pela vigência da norma é que se torna possível cobrar a sua observância. Em regra, a vigência conta-se da publicação, todavia, pode ser postergada.

Identifica-se, então, que validade e vigência não se confundem. Passa-se agora para análise da eficácia. Vigência e eficácia são planos distintos da norma. A primeira diz respeito ao tempo de validade; a segunda, à produção de efeitos. Ferraz Jr observa que “A capacidade de produzir efeitos depende de certos requisitos. Alguns são

---

<sup>260</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 196.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 196-197.

de natureza fática, outros, de natureza técnico-normativa. A presença de requisitos fáticos torna a norma efetiva ou socialmente eficaz.”<sup>262</sup> Para que uma norma tenha eficácia social ela deve produzir efeitos na realidade social de seus destinatários. Quando uma norma não encontra tal realização, ela vai ser considerada ineficaz, todavia, sua validade e vigência permanecem, uma vez que são planos qualitativos diversos.

A eficácia social ou efetividade de uma norma e observância não coincidem. Visto que a última é um aspecto para verificação da primeira, mas esta não se resume à obediência. A obediência é um critério importante para o reconhecimento da efetividade, mas esta não se reduz à obediência, visto que existem normas que não são observadas, mas são tidas como eficazes. Para Ferraz Jr esse é o caso de normas que estabelecem preceitos solicitados ideologicamente pela sociedade, mas se fossem aplicadas, o tumulto social não seria suportável. Assim, sua eficácia está apenas numa satisfação ideológica.<sup>263</sup> Percebe-se que para o jurista, a eficácia social tem sentido de sucesso normativo, que pode exigir ou não a obediência.

Sobre a eficácia no sentido técnico, Ferraz Jr diz que “[...] tem a ver com a aplicabilidade das normas no sentido de uma aptidão mais ou menos extensa para produzir efeitos. Como esta aptidão admite graus, pode-se dizer que a norma é mais ou menos eficaz.” Para esta aferição, o jurista diz que é preciso verificar as funções eficaciais. A primeira é a função de bloqueio, ou seja, uma norma visa combater comportamentos contrários aos seus preceitos. Em segundo, tem-se a função de programa, ou seja, determinado fim a ser realizado. Por fim, existe a função de resguardo, que visa garantir a concretização de determinado comportamento. O autor explica que nem toda norma exerce as três funções simultaneamente, sendo também que uma norma pode priorizar uma função e apresentar as outras de forma secundária.<sup>264</sup>

Na Teoria da Norma Jurídica de Bobbio, “o problema de eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou.”<sup>265</sup> [...]

---

<sup>262</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 197.

<sup>263</sup> Ibidem, p. 199.

<sup>264</sup> Ibidem, p. 199-200.

<sup>265</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti]. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 47.



A investigação para a averiguar a eficácia ou ineficácia de uma norma de caráter histórico-sociológico, se volta para o estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social.

Lumia explica que

A eficácia da norma consiste na conformidade da conduta dos destinatários ao modelo prescrito. Já sabemos como a observância das normas jurídicas conta, sobretudo, como a adesão espontânea dos destinatários, e que, todavia, elas devem contar, em última instância, com um aparato coercitivo, de fato, reforce a sua eficácia, cominando e aplicando sanções em prejuízo dos transgressores. Se uma norma não é observada espontaneamente pelos destinatários, e se os transgressores de um modo geral não são alcançados pela sanção prevista, essa norma é manifestamente ineficaz.<sup>266</sup>

Vasconcelos pontua que a eficácia é uma instância de validade social. Uma norma para ser eficaz deve desempenhar a função social para qual foi estabelecida. Assim, a eficácia é um medidor da constância que a norma é seguida pela sociedade. O jurista explica que o plano da vigência se esgota no aspecto legal da norma, já a eficácia amplia-se para o fato social, em que se realiza.<sup>267</sup> Nesse sentido, Valéria Souza afirma que “[...] a eficácia é medida pela constância com que a norma é seguida e materializada como fato social.”<sup>268</sup>

Assim, conclui-se que a eficácia social da norma jurídica consiste na sua capacidade de intervir na esfera fática da sociedade, já que entre as normas e fatos sociais existe uma relação de determinação recíproca, pois a sociedade imprime seus valores nas normas jurídicas e as normas jurídicas tentam modelar a conduta social. A eficácia é o medidor da influência do Direito nos fatos sociais.

### 3.3.2 A realização social da participação popular no Brasil

Perante a compreensão de que o plano de eficácia social da norma jurídica é o que constata sua capacidade de intervenção social. Volta-se o trabalho agora para verificação se a participação popular tem encontrado eficácia social no ordenamento

<sup>266</sup> LUMIA, GIUSPPE *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*. Martins Fontes, 2003, p. 59/62.

<sup>267</sup> VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1993.

<sup>268</sup> DUTRA, Valéria de Souza Arruda. A questão da legitimidade e da eficácia social dos direitos fundamentais e a influência da legística. In: *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI* – jun. 2011. Belo Horizonte, p. 5.968.

jurídico brasileiro e se, especificamente, a audiência pública tem sido instrumento utilizado tanto pela Administração como pelos cidadãos para promoção desse direito fundamental. A eficácia social da participação popular e da audiência pública apresentam duas esferas de análise: o cidadão e a Administração Pública. O primeiro tem o dever de participar, a segunda de promovê-la.

Segundo Moreira Neto, existem três níveis de dificuldades para a efetivação da participação popular pelos cidadãos: Primeiro é a apatia política que consiste na falta de vontade do cidadão de agir, a qual o autor justifica estar relacionada à falta de informação sobre os direitos e deveres que os cidadãos são titulares, à dificuldade de comunicação entre o cidadão e o Estado, à falta de tradição participativa do Brasil e por último à demora de resposta do Estado para população. Segundo é a abulia política, que é quando o cidadão se recusa explicitamente a exercer sua cidadania, tal fato pode estar relacionado ao ceticismo que a população vivencia pela falta de reconhecimento e estima do Estado pela coletividade. Terceiro, e por último, é a acracia política que consiste na impossibilidade de participar devido, por exemplo, ao baixo grau de escolaridade, ao formalismo administrativo e ausência de conversão das solicitações orais em formalizadas.<sup>269</sup>

Kliksberg, autor conceituado no estudo sobre políticas de desenvolvimento social na América Latina, publicou em 2001, um trabalho em que um dos temas apresentados foi “As dez falácias sobre os problemas sociais na América latina” onde a oitava é a da participação popular. Segundo o autor, existe um discurso político, na América Latina, que se volta cada vez mais para o reconhecimento da participação. Logo, ele reconhece que perante esse cenário, “[...] seria claramente antipopular enfrentar a pressão pró-participação tão forte na sociedade, e com argumentos tão contundentes a seu favor.”<sup>270</sup> Todavia, o autor se posiciona que inexiste efetivamente uma participação popular nos países da América Latina, na qual o Brasil se inclui, pois

[...] os avanços reais quanto à implementação efetiva de programas com altos níveis de participação comunitária são muito reduzidos. Continuam predominando os programas “chave na mão” e impostos verticalmente, onde quem tem poder de decisão ou os que desenham são aqueles que sabem e a comunidade desfavorecida deve acatar suas

<sup>269</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial - fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

<sup>270</sup> KLIKSBURG, Bernardo. **Falácias e mitos do desenvolvimento social**. [Tradução: Sandra Trabucco Valenzuela]. São Paulo: Cortez Editora, 2001, p. 40.

diretivas e ser sujeito passivo deste. Também são comuns os programas em que se fazem fortes apelos quando se trata de programas participativos, quando na verdade há um mínimo conteúdo real de intervenção da comunidade na tomada de decisões. O discurso diz “sim” à participação na região, mas os fatos com frequência dizem “não”.<sup>271</sup>

Segundo Dal Bosco, a questão no Brasil está mais ou menos na mesma situação apresentada por Kliksberg. Por exemplo, as consultas públicas são publicadas no Diário Oficial da União ou nos sítios oficiais do Governo na Internet, todavia esses meios atingem apenas uma parcela ínfima da população. Segundo dados da Cepal, na América Latina, menos de 1% das pessoas têm possibilidade de acesso ao computador, o que não diverge muito no Brasil e quando se trata do Diário Oficial da União, o acesso é ainda menor.<sup>272</sup> A autora conclui que “As barreiras no Brasil são primeiramente de natureza cultural, já que o modelo político que adotamos, chamado de democracia, encontra-se ainda em fase de aperfeiçoamento”<sup>273</sup>, devido ao longo período de ditadura militar vivenciado no país.

Até agora, pela abordagem doutrinária apresentada, o trabalho se depara com uma visão pessimista quanto à eficácia social da participação popular no Brasil, a qual coaduna com o senso comum sobre essa questão, que leva a crença da fraqueza da democracia participativa no Brasil. Por esta posição, na esfera de iniciativa que cabe ao cidadão, este não encontra motivação para participação devido a fatores como falta de consciência sobre a importância do exercício do papel de construtor da história do Estado e também pela descrença que sua atuação poderá de algum modo intervir nas decisões do governo.

Perante essa análise, passe-se agora ao estudo da eficácia social da participação popular, no aspecto da iniciativa da Administração Pública de abertura para intervenção da coletiva. Tal abordagem se dará por meio de um estudo sobre as audiências públicas no Brasil.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) por meio do Programa de Pesquisa sobre Democracia e Participação apresentou, em 2012, um relatório que

<sup>271</sup> KLIKSBERG, Bernardo. **Falácias e mitos do desenvolvimento social**. [Tradução: Sandra Trabucco Valenzuela]. São Paulo: Cortez Editora, 2001, p. 40.

<sup>272</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti. A audiência pública como direito de participação. **In: Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS | v. 4 | n. 8 | jul./dez. 2002.

<sup>273</sup> Ibidem, p. 137.

[...] representa a conclusão da primeira fase da pesquisa Diagnóstico e avaliação das audiências públicas realizadas no âmbito do governo federal, que tem como objetivo realizar um diagnóstico sobre as audiências públicas, buscando identificar sua abrangência nas diversas áreas de atuação do governo federal, bem como analisar seus impactos positivos e negativos no âmbito das políticas públicas.<sup>274</sup>

O relatório ainda aponta que nas últimas duas décadas, constatou-se um aumento substancial “[...] na criação e no funcionamento de mecanismos direcionados à participação da sociedade civil na formulação, implementação e no monitoramento de políticas públicas nacionais.”<sup>275</sup> Incentiva-se por meio da relação dialógica entre o governo e população, o aperfeiçoamento de políticas públicas e promoção da cidadania.

Perante esse cenário de diversos mecanismos participativos, se encontram estudos sobre os conselhos de políticas públicas tanto no âmbito federal, quanto no estadual, como no municipal e também sobre as conferências nacionais com análise dos elementos que as compõem. Todavia, há outros importantes mecanismos de participação no Brasil, que infelizmente, não são estudados com a mesma força, apesar do potencial de promoção da democracia. Assim, segundo o relatório do IPEA, as audiências públicas encaixam-se nesse perfil. Daí a motivação de promover um estudo buscando priorizá-las, visto que não há, no Brasil, estimativas da quantidade de audiências públicas realizadas anualmente, nem mesmo um conhecimento sistematizado de como esse instrumento de participação popular é utilizado pelo governo para fomentar a democracia no âmbito das políticas públicas.

Desse modo, a pesquisa do IPEA tem por objetivo atingir a deficiência de estudos sobre audiência pública, buscando tornar mais sólido o conhecimento sobre esta, bem como fornecer subsídios para a melhoria desse mecanismo participativo de grande valia para a sociedade e promover amadurecimento democrático do Brasil. Para tanto, o relatório do estudo foi dividido em dez seções: 1) Introdução; 2) Metodologia empregada na pesquisa; 3) Definição de audiência pública que orientou a determinação do escopo de análise desta pesquisa; 4) Principais objetivos das audiências públicas; 5)

---

<sup>274</sup> FONSECA, Igor F; OLIVEIRA, Marília S.; REZENDE, Raimor R. **Audiências públicas no âmbito do governo federal: análise preliminar e bases para avaliação**. Relatório de pesquisa. Ipea, Brasília, 2012, p. 2.

<sup>275</sup> Ibidem, p. 9.

Principais menções a audiências públicas no ordenamento jurídico e normativo brasileiro; 6) Mapeamento por meio de dados coletados no Sistema de Informações Gerenciais e de Planejamento do Ministério do Planejamento, o SIGPlan, instrumento que organiza e integra a rede de gerenciamento do Plano Plurianual (PPA), constituindo uma importante ferramenta de suporte à gestão dos programas do governo federal da ocorrência de audiências públicas nos programas do governo federal; 7) Elaboração de uma tipologia de audiências públicas, a qual tem três objetivos básicos nesta pesquisa; 8) Apresentação de uma lista preliminar das principais dimensões de análise a serem utilizadas para a avaliação de uma audiência pública; 9) Apresentação dos resultados preliminares do estudo de caso piloto relacionado às audiências públicas para a elaboração do Plano Nacional de Resíduos Sólidos, sendo o relatório concluído com apresentação das perguntas orientadoras que guiarão o trabalho de campo, a ser realizado na segunda fase da pesquisa, cujo período de realização é o primeiro semestre de 2012.<sup>276</sup>

Como a parte teórica sobre audiência pública, já foi construída na presente dissertação, o citado relatório de pesquisa será utilizado nesse momento como subsídio para análise da eficácia social do instituto. Portanto, focar-se-á nas seções que trazem dados estatísticos sobre a questão. Justifica-se a recorrência ao relatório de pesquisa, por focar no mesmo âmbito de análise do presente trabalho: audiência pública na esfera federal da Administração Pública.

Assim, pautado na identificação de audiência pública como instrumento de participação popular marcado pela oralidade, o IPEA identificou, de 2004 a 2009, que 105 programas do governo federal registraram 203 ocorrências de audiências públicas – 118 de caráter obrigatório; 81, voluntário; e 4, indefinido. Sendo responsáveis pelas audiências públicas, 95 programas finalísticos, os quais resultam em bens ou serviços ofertados diretamente à sociedade; 9 de apoio, aqueles que contemplam as despesas de natureza tipicamente administrativa e 1 sem informação. Na esfera de determinados programas, notou-se a ocorrência de audiências públicas somente em um dos seis anos estudados. Todavia, houve outros que realizaram audiências públicas em até quatro

---

<sup>276</sup> FONSECA, Igor F; OLIVEIRA, Marília S.; REZENDE, Raimor R. **Audiências públicas no âmbito do governo federal: análise preliminar e bases para avaliação**. Relatório de pesquisa. Ipea, Brasília, 2012.

destes seis anos. Mas nenhum programa registrou promoção de audiências públicas em todos os seis anos do período pesquisado.

Pela contemplação dos dados, foi possível a divisão das audiências públicas realizadas em três grupos: os de caráter obrigatório, os de caráter voluntário e os indefinidos. Esta separação foi feita por meio de análise das justificativas para a realização das audiências públicas e pelo detalhamento em relação às contribuições do processo participativo para a gestão dos programas, respondidas pelos gestores públicos no SIGPlan. Quando não havia elemento para classificação em obrigatório ou voluntário, adotou-se o termo indefinido. A partir desse critério, foi feita a pesquisa entre os ministérios e secretarias que promoveram audiências públicas dentro do período pesquisado, o que tornou possível extrair perfis para determinados órgãos públicos, conforme o padrão de audiência que realizaram. Assim, foi feita classificação de ministérios e secretarias de acordo com a tendência que apresentaram, quando a maior parte das audiências públicas realizadas eram por motivação legal ou de ato normativo, tinham tendência obrigatória, quando a justificativa não estava no âmbito vinculativo de alguma lei, apresentavam tendências voluntária. Por fim, tinham tendência mista quando haviam realizado audiências públicas pelas duas justificativas com paridade. A adoção da terminologia tendência foi justificada por dois aspectos, um “[...] pelo fato de não ser analisado exaustivamente o comportamento destes órgãos para todas as audiências públicas que realizaram, mas apenas para aquelas cuja ocorrência foi registrada no SIGPlan”<sup>277</sup>; o segundo, “[...] porque o fato de um órgão público ter realizado somente audiências públicas de caráter obrigatório, por exemplo, não implica necessariamente que ele manterá o mesmo perfil no futuro”<sup>278</sup>.

Passando para análise da composição de cada grupo, no primeiro, teve destaque a atuação do Ministério de Minas e Energia (MME) e do Ministério dos Transportes (MT), pois registraram de 2004 a 2009 o maior número de realização de audiências públicas, 46 o primeiro e 43 o segundo. As audiências públicas ocorridas no MME foram coordenadas por dezoito programas do órgão, sendo das 46, apenas três de caráter voluntário e as demais de caráter obrigatório. Dos dezoito programas, dezessete terem finalísticos, destinados a bens ou a serviços ofertados diretamente à sociedade e

---

<sup>277</sup> FONSECA, Igor F.; OLIVEIRA, Marília S.; REZENDE, Raimor R. **Audiências públicas no âmbito do governo federal: análise preliminar e bases para avaliação**. Relatório de pesquisa. Ipea, Brasília, 2012, p. 25.

<sup>278</sup> Ibidem, p. 25.

apenas um de apoio. O MT teve caracterização de suas audiências públicas de modo semelhante: 42 foram de caráter obrigatório e apenas uma voluntária, a qual integrava o único programa de apoio, já que os 23 programas restantes que promoveram as audiências públicas eram finalísticos. A predominância de realização de audiências públicas em programas finalísticos coaduna com o próprio caráter dos Ministérios que têm a missão de regulamentar a concessão de serviços públicos. Muitas das atividades desenvolvidas pelos órgãos recaem em previsão legislativa de obrigatoriedade de audiência pública, como ocorre com frequência no caso de licenciamento ambiental, daí o natural encaixe deles no grupo de caráter obrigatório.<sup>279</sup>

O Ministério da Integração Nacional (MI), responsável pela promoção de obras de infraestrutura, como a transposição do rio São Francisco e ações do Ministério de Ciência e Tecnologia (MCT), especialmente aquelas relativas a atividades nucleares, também estiveram submetidos às normas do licenciamento. O MI registrou nove audiências públicas em três programas finalísticos, oito de caráter obrigatório e uma de caráter voluntário. Já o MCT registrou cinco realizações de audiências públicas, das quais três foram de caráter obrigatório e promovidas por um mesmo programa finalístico e duas de caráter voluntário. Pode-se apontar ainda os índices do Ministério das Cidades (MCidades) que, devido à regulação pela Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) foi o principal condutor destas audiências no período pesquisado, com a ocorrência de sete audiências públicas de caráter obrigatório, uma de caráter voluntário e uma de caráter indefinido.

O Ministério das Comunicações (MiniCom), por meio de sua agência reguladora, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), também está vinculado a normas que impõem a realização da audiência pública quando direitos de agentes econômicos ou de consumidores forem atingidos. Todavia, estes não são atingidos constantemente pelas regras do licenciamento ambiental, pois a realização de obras de infraestrutura não coaduna centralmente com suas finalidades. Por isso, seu índice de realização de audiências públicas será bem menor: de 2004 a 2009, promoveram quatro sessões públicas, três de caráter obrigatório e uma voluntária.

---

<sup>279</sup> FONSECA, Igor F.; OLIVEIRA, Marília S.; REZENDE, Raimor R. **Audiências públicas no âmbito do governo federal: análise preliminar e bases para avaliação**. Relatório de pesquisa. Ipea, Brasília, 2012.

Assim, pela análise dos registros do SIGPlan, a pesquisa do IPEA constatou a presença predominante dos seguintes órgãos no grupo de caráter obrigatório: MME, MT, MiniCom, MI, MCT e MCidades. Nos três primeiros, a maioria das justificativas para promoção de audiências públicas descansa na exigência de atos normativos de regulação, mesmo que no MT e no MME existam muitas fundamentações voltadas para o cumprimento das exigências do processo de licenciamento ambiental, ou seja, esses dois órgãos têm dupla vinculação jurídica. Assim, dos seis ministérios que cabecearam a ocorrência de audiências públicas de caráter obrigatório, três as realizaram predominantemente por atos normativos relativos à atividade de regulação de concessão de serviços públicos, quatro em observância aos requisitos de licenciamento ambiental e um segue a previsão do Estatuto da Cidade. Segundo o relatório, essas conclusões não esgotam as possibilidades de audiências públicas que esses ministérios possam realizar, mas apenas traça o caráter prevalente.<sup>280</sup>

No grupo de tendência mista foram identificados dois ministérios com esse perfil híbrido, quando houve empate ou quase empate entre realização de audiências públicas de caráter obrigatório com as de caráter voluntário. Nesse *ranking* se encontram o Ministério da Saúde – MS que promoveu quinze audiências públicas, sete de caráter obrigatório, sete de caráter voluntário e uma de caráter indefinido. Mantendo o padrão de diálogo com as Agências, assim entre as obrigatórias, quatro foram feitas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e três pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), todas promovidas em programas de caráter finalístico. O Ministério da Saúde, no desenvolvimento dos programas da saúde cumula duas funções que refletem na caracterização de suas audiências públicas: uma é seu papel regulador das atividades vinculadas às agências reguladoras, outra é a diversidade de programas sociais que demandam a realização de audiências públicas em seus processos de gestão.

Outro ente de destaque nesse grupo é o Instituto de Colonização para a Reforma Agrária INCRA vinculado ao Ministério de Desenvolvimento Agrário - MDA, que apresenta normas de execução que necessitam de audiência pública como para compra direta de imóveis rurais insusceptíveis de desapropriação. No período de 2004 a 2009, quatro programas do MDA indicaram sete ocorrências de audiências públicas:

---

<sup>280</sup> FONSECA, Igor F; OLIVEIRA, Marília S.; REZENDE, Raimor R. **Audiências públicas no âmbito do governo federal: análise preliminar e bases para avaliação.** Relatório de pesquisa. Ipea, Brasília, 2012.



três no campo obrigatório e quatro no campo voluntário. Por isso, foi possível classificá-lo como tendência mista.

Adentrando, finalmente, no último grupo de tendência voluntária, quem alcançou a liderança foi o Ministério do Meio Ambiente – MMA com o número total de treze audiências públicas, 12 foram de caráter voluntário e apenas uma de caráter obrigatório para cumprir as normas de licenciamento ambiental. O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG ocupa o segundo lugar, com a realização de nove audiências públicas de caráter voluntário. Em seguida, vem a Secretaria de Aquicultura e Pesca (SEAP) com registro de sete audiências públicas voluntárias e, logo após, O Ministério da Educação (MEC) com ocorrências de seis, sendo todas voluntárias. O Ministério da Fazenda (MF), seguindo um programa de apoio, realizou cinco audiências públicas voluntárias. Já, o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC), o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e o Ministério da Cultura (MinC) realizaram, cada um, quatro audiências públicas, com predomínio do caráter voluntário. O Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa) e a Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos Humanos (SEDH) realizaram três audiências públicas em programas finalísticos, duas de caráter voluntário e uma obrigatória, devido a necessidade de licenciamento ambiental. O Ministério da Justiça (MJ) promoveu duas audiências públicas voluntárias em um programa finalístico. Por último, a pesquisa registrou um conjunto de ministérios e secretarias que informaram apenas a ocorrência de uma audiência pública para cada um dos seis períodos analisados, são eles: De ministérios constam o da Previdência Social (MPS) e do Turismo (MTur); de secretarias, a de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir) e a de Portos (SEP).

Assim, com a finalização de uma análise comparativa dos três grupos, percebe-se que a liderança fica com os ministérios de Minas e Energia, Transportes e Saúde. Em quarto lugar está o Ministério do Meio Ambiente, de tendência voluntária, com apenas treze ocorrências, o que equivale a 33 a menos do que o MME. O MI e o MCidades, ambos de tendência obrigatória, empataram com o MP.

Além do estudo quantitativo de realização de audiências públicas pelo governo federal, a pesquisa do IPEA também se propõe à realização de estudos de casos para a promoção de uma análise qualitativa sobre a audiência pública como é feito com as audiências públicas do plano nacional de resíduos sólidos. Esse processo de análise

foi construído com o estabelecimento dos seguintes critérios de análise: **Dimensões que caracterizam o processo:** 1) Desenho institucional e do processo: a) mapeamento dos principais atores; b) recursos (inclusive humanos) e infraestrutura disponibilizados; c) organização do evento; d) facilitação/mediação/condução/coordenação; e) metodologia, clareza e efetividade das regras procedimentais; f) momento da participação e timing do processo; g) escopo e amplitude do debate; h) mobilização, inclusão e representatividade dos participantes; e i) sistematização das propostas e devolutiva. 2) atos normativos e seus impactos no processo. 3) transparência. 4) outros aspectos ainda não analisados sobre a capacidade dos atores. **Dimensões de resultado:** 1) impacto na tomada de decisão e em compromissos políticos. 2) mediação: diminuição de conflitos e aumento da cooperação. 3) construção de capacidades (*capacity building*). 4) divulgação das ações governamentais (abertura por parte do governo e envolvimento da sociedade).

Todavia, optou-se no presente trabalho, ao invés de reproduzir os resultados encontrados nesse estudo de caso, realizar outra análise com critérios mais delimitados para a identificação da eficácia social da norma da audiência pública e consequentemente da participação popular. Entretanto, ressalta-se a importância da abordagem da pesquisa apresentada para demonstrar evidência que o maior número de audiências públicas está no grupo de caráter obrigatório. Logo, conclui-se que no governo federal brasileiro a ocorrência majoritária de audiências públicas é devida a vinculação legal e não por ato voluntário do Estado para promoção da participação popular. Assim, percebe-se que no aspecto da eficácia social da audiência pública, que atinge o dever de promoção por parte da Administração Pública, infelizmente, a maior motivação da Administração Pública não é o princípio da participação popular, mas vinculações pontuais de normas infraconstitucionais.

O estudo de caso realizado no próximo tópico estará vinculado a um dos Ministérios registrado no *ranking* da pesquisa do IPEA. Todavia, resta saber se quando essas audiências públicas são promovidas, a sociedade verdadeiramente participa, ou seja, se os dados aqui apresentados mostram eficácia ou não da participação popular. E ainda, se há algo que a Administração Pública possa fazer durante a promoção das audiências públicas para melhorar sua efetividade.

### 3.3.3 Análise da eficácia social: estudo da audiência pública 071/2012 da ANEEL

A audiência pública pode ser utilizada para promover a participação popular no exercício de diversas atribuições da Administração Pública, e as contribuições da sociedade podem ser apresentadas tanto por pessoas físicas como pessoas jurídicas por meio de seus representantes. Para analisar a eficácia social na audiência pública, optou-se por avaliar sua incidência no exercício da atribuição de regulamentação dos serviços públicos realizados pelas Agências Reguladoras no Brasil. Elegeu-se especificamente, fazer um estudo de caso da audiência pública nº 071/2012, realizada pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia que tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. Submissa à regulamentação do processo administrativo prevista na lei 9.784/99 supra-abordada, disponibiliza em seu sítio eletrônico ([www.aneel.gov.br](http://www.aneel.gov.br)) a possibilidade de a população ter acesso à documentação das audiências públicas em andamento e concluídas, se informando de como participar. O sítio disponibiliza ainda considerações gerais sobre a audiência pública explicando que para ANEEL

[...] é um instrumento de apoio ao processo decisório da ANEEL, que visa dar total transparência as suas ações. É instaurada sempre que um assunto implicar em alterações ou ajustes na legislação da Agência, e interfira diretamente nos interesses da sociedade e dos agentes do setor elétrico.<sup>281</sup>

Tem como objetivo obter subsídios e informações sobre o processo decisório, possibilitar aos agentes e consumidores que encaminhem suas opiniões, sugestões e pedidos e ainda dar publicidade à atuação regulatória da ANEEL.

As audiências públicas realizadas por esse órgão podem contemplar dois procedimentos: o intercâmbio documental e a sessão ao vivo presencial. No intercâmbio

<sup>281</sup> BRASIL. ANEEL. Audiências Públicas. Disponível em [http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/dspListaAudiencia.cfm?attAnoAud=2012&attAnoFasAud=2012&id\\_area=13](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/dspListaAudiencia.cfm?attAnoAud=2012&attAnoFasAud=2012&id_area=13). Acesso em 11 fev. 2013.

documental, as sugestões e opiniões são apresentadas por escritos, já na sessão ao vivo – presencial, aberta a coletividade, em que os participantes inscritos na secretaria do evento no dia da sessão poderão se manifestar em viva voz, numa sessão pública de data e hora prevista no Aviso de audiência pública, a fim de manifestar sobre o objeto em discussão, sendo exigido para instauração a presença de pelo menos dois Diretores, entre eles o Diretor-Ouvidor ou seu substituto, sendo que a manifestação dos participantes deve se restringir a discussão dos assuntos em pauta. Para promover um maior número de participação, a audiência pública poderá ocorrer em mais de um lugar de acordo com a Diretoria Colegiada da Agência.

Percebe-se que a ANEEL não apresenta uma distinção entre consulta e audiência pública como adotado pela Lei 9.784/99, quando se fala do procedimento de intercâmbio documental equivale ao que foi apresentado como consulta pública, já a sessão ao vivo presencial é a que coincide com os moldes da audiência pública abordados aqui no trabalho. A diferença por ela trazida entre audiência e consulta recai sobre a questão de competência, pois a primeira deve ser aprovada pela Diretoria Colegiada da ANEEL e a segunda deve ser provocada pelos líderes das Unidades Organizacionais, sendo a forma de realização idêntica.

Essa questão procedimental, não interfere na eficácia da audiência pública, o importante é que a Agência se preocupe em promover a participação, as formalidades não devem engessar este feito. Mas como na abordagem do presente trabalho, a audiência é conceituada no princípio da oralidade, o estudo de caso escolhido contempla a sessão ao vivo – presencial.

Passando a análise da audiência pública nº 71/2010, a qual tem como objeto “obter subsídios à proposta de revisão do Capítulo XV, Seção II, da Resolução Normativa Nº 414, de 9 de setembro de 2010, que trata do atendimento telefônico prestado pelas distribuidoras de energia elétrica”.<sup>282</sup> Segundo o relatório de análise da ANEEL, no dia 13 de fevereiro, a Portaria nº 2.082 aprovou a Agenda Regulatória Indicativa da ANEEL para o biênio 2012-2013, com previsão em sua atividade nº 49 para realização no segundo semestre de 2012, do aprimoramento da regulamentação que trata do atendimento telefônico, Seção II do Capítulo XV da Resolução Normativa

---

<sup>282</sup> BRASIL. ANEEL. Audiências Públicas. Disponível em [http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/dspListaAudiencia.cfm?attAnoAud=2012&attAnoFasAud=2012&id\\_area=13](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/dspListaAudiencia.cfm?attAnoAud=2012&attAnoFasAud=2012&id_area=13). Acesso em 11 fev. 2013.

ANEEL no 414, de 2010. Para realizar tal meta, em 28 de agosto de 2012 foi elaborado a Nota Técnica nº 020/2012-SRC/ANEEL, como proposta de revisão das disposições relacionadas ao atendimento telefônico. Tendo em vista, a necessidade de a Administração Pública desenvolver suas atribuições, visando o princípio da participação. A ANEEL sabidamente decidiu em 13 de setembro de 2012, na 34ª Reunião Pública Ordinária da Diretoria de 2012, pela instauração de Audiência Pública, na modalidade intercâmbio documental e sessão presencial no período de 17 de setembro a 19 de novembro de 2012, com vistas a colher subsídios à referida proposta de aprimoramento da regulamentação. Sendo que em 19/02/2012 foi divulgado o aviso no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico da ANEEL, com previsão de realização da sessão presencial no dia 8 de novembro de 2012, com início às 14h30, no Auditório da ANEEL, localizado no SGAN 603, módulo H, Brasília/DF com previsão de 140 vagas. E ainda durante o período de 17 de setembro a 19 de novembro de 2012, foram recebidas 20 contribuições de seis agentes, as quais foram analisadas no decorrer desta nota técnica.

Na realização da sessão presencial compareceram 21 participantes, todos representantes de pessoas jurídicas, sendo registrados quatro expositores. Foram feitas quatro apresentações de proposta, a primeira pela ANEEL, e posteriormente, foi dada oportunidade à CEMIG e em seguida, à CPFL Energia e a Energisa.

Após o encerramento dos prazos da audiência pública tendo sido coletadas as contribuições das discussões, a ANEEL divulgou em 6 de dezembro de 2012 nota técnica no 040/2012-SRC/ANEEL com a análise das contribuições fazendo o seguinte julgamento a estas: aceita, parcialmente aceita, não aceita, não considerada e já prevista, sendo tal sentenciamento devidamente justificado. Constatou-se perante a análise dessa nota técnica que das vinte contribuições apresentadas, 7 não foram aceitas, 1 já estava prevista, 5 foram parcialmente aceitas e 7 totalmente aceitas.

Apresentados os dados do caso em estudo, passa-se a análise de sua eficácia social, a qual será feita por dois critérios: o quantitativo e o qualitativo. No aspecto quantitativo será observado o número de participantes que a audiência pública atingiu perante as vagas abertas, já no qualitativo será verificada a consideração pela Administração das contribuições apresentadas na construção do resultado do processo.

Na observação quantitativa, constata-se que das 140 vagas oferecidas para cadastramento na sessão presencial, apenas comparecem 16 pessoas, ou seja,

aproximadamente 11,4 %, sendo a maioria dos participantes representantes de pessoas jurídicas. A audiência pública foi aberta a toda população, não apenas às pessoas jurídicas concessionárias do serviço de energia elétrica, visto que o assunto em abordagem atinge a vida dos cidadãos de modo em geral, pois regulamenta o serviço de atendimento telefônico aos consumidores. Percebe-se então, a baixa eficácia em termos quantitativos. Nenhum cidadão participou e das vagas oferecidas apenas uma parcela muito pequena foi preenchida. Apontam-se nesse caso basicamente duas observações para essa baixa eficácia: primeira, o modo de divulgação da ANEEL que se ateve ao D.O.U. e ao sítio eletrônico da Agência, ou seja, meios de comunicação que não aproximam ao cotidiano dos cidadãos. Com isso, a população pode não ter tomado conhecimento da audiência pública, logo, não houve como participar. Segundo, quanto à participação dos representantes das pessoas jurídicas concessionárias do serviço de energia elétrica, na ANEEL consta o registro de 54 concessionárias, e destas apenas nove apresentaram representantes. Como as concessionárias estão submissas às orientações na ANEEL, não há como se justificarem na falta de conhecimento, visto que essas se relacionam constantemente com a ANEEL, logo, a porcentagem de 16,6% demonstra a falta de interesse em participar.

Quanto ao aspecto qualitativo, os resultados são otimistas, pois demonstram como as sugestões dos participantes foram devidamente consideradas pela ANEEL. O primeiro aspecto que colabora para provar essa eficácia foi a análise cuidadosa que a Agência teve na consideração das propostas por meio da apresentação da nota técnica que mostra um quadro avaliando e justificando cada julgamento feito a sugestão dos participantes. Quanto à capacidade da participação popular influenciar as decisões, o resultado também é satisfatório, já que das 20 sugestões, 80% determinaram diretamente o conteúdo da alteração normativa busca pelo processo administrativo.

Assim, observa-se que o principal problema de eficácia da participação popular é alcançar a iniciativa dos cidadãos e interessados. Uma vez que estes decidem participar, no plano qualitativo, se atinge a eficácia social.

### **3.3.4 Alternativas para melhoria da eficácia social na participação popular**

Perante a problemática da jovem democracia brasileira, que não contempla ainda a significativa conscientização dos cidadãos da importância de participarem da administração do Estado e da necessidade de melhor promoção por parte da Administração das audiências públicas. Busca-se aqui apresentar alternativas que possam ajudar nesse processo de amadurecimento. Para tanto, se fará a abordagem com a adoção de duas perspectivas, uma na esfera da Administração Pública quanto ao seu dever de promoção das audiências públicas, outra no âmbito da iniciativa de participação dos cidadãos.

Na primeira esfera, a alternativa apresentada se concentrará na deficiência da publicidade das audiências públicas, visto que uma vez que cidadãos não têm conhecimento, não há como haver participação. Na segunda, se apresentará alternativa no campo da educação com a inserção do direito como disciplina obrigatória no ensino fundamental e no ensino médio, na tentativa de trabalhar na formação do estudante enquanto cidadão.

#### **3.3.4.1 Na esfera da Administração Pública: melhoria na divulgação**

Pelo estudo de caso realizado para verificação da eficácia social da audiência pública, identificou-se que por parte da Administração, um dos causadores da fragilidade na efetividade pode ser a falta de alcance na divulgação. Na audiência pública promovida pela ANEEL, a divulgação que a pesquisa encontrou, ficou restrita ao Diário Oficial da União e ao sítio eletrônico do órgão, meios que não promovem devidamente o princípio da publicidade, pois não são os veículos de informação mais próximos do dia-a-dia dos cidadãos. Assim, orienta-se que para promover de modo mais efetivo a divulgação das audiências públicas, a Administração Pública busque apoio nos estudos que medem o alcance dos meios de comunicação na sociedade brasileira.

De acordo, com obra divulgada pelo IPEA, “Panorama da Comunicação das Telecomunicações no Brasil”, a televisão é ainda o meio de comunicação que mais penetra no domicílio dos brasileiros, no ano de 2009 dos 58.577 consultados, 56.058,10 tinham televisão,<sup>283</sup> em uma atualização da pesquisa feita em 2010, 95% dos lares brasileiros tinham pelo menos um aparelho de TV. Logo, os entes e órgãos administrativos devem se valer dessa informação para utilizar esse efetivo meio de comunicação na divulgação das audiências públicas, recorrendo à divisão das emissoras por regiões, de modo a utilizar a extensão de comunicação que atinja a região do país que será alcançada pelo conteúdo em discussão na audiência pública. E no âmbito federal, quando se desejar fazer o convite nacional, basta utilizar os canais de TV aberta com programação nacional.

O rádio, apesar da pequena oscilação para menos no período de 2001 a 2009, continua tendo ampla penetrabilidade nos lares brasileiros tanto urbanos quanto rurais. Assim, 2009 teve um índice de penetração de 88,8% na população urbana e 82,3% na rural.<sup>284</sup> Logo, ele é veículo importante que também pode ser utilizado para divulgação das audiências públicas para corroborar com a eficácia social do instituto.

Outro importante meio de comunicação no Brasil que teve expressiva evolução é a internet, apesar de sua penetração ainda ser bem inferior a da televisão. No ano de 2001 apenas 8,6% dos domicílios brasileiros tinha conexão, em 2009 essa porcentagem subiu para 27,40%.<sup>285</sup> As divulgações das audiências públicas feitas no estudo de caso da ANEEL foram pela internet, todavia, através de sítios eletrônicos não muito acessados pela população. O sítio eletrônico [www.in.gov.br](http://www.in.gov.br) onde fica disponível o Diário Oficial da União, no *ranking* atualizado em 10 de janeiro de 2013, ocupava a 287<sup>o</sup> posição. Apesar da importância de sua utilização, por ser meio oficial para registrar a publicidade dos atos estatais no âmbito federal, promovendo segurança jurídica, ele não tem potencial divulgador, já que a maioria das pessoas que o acessam vão em busca de publicações pontuais, não realizando a leitura do diário completa. Assim, deve a Administração Pública também recorrer a sítios eletrônicos que sejam

---

<sup>283</sup> **Panorama da comunicação e das telecomunicações no Brasil** . Organizadores: Daniel Castro, José Marques de Melo.- Brasília : Ipea, 2012, p. 60.

**Panorama da comunicação e das telecomunicações no Brasil** . Organizadores: Daniel Castro, José Marques de Melo.- Brasília : Ipea, 2012, p. 47.

<sup>285</sup> Ibidem.



mais acessados pelos internautas, mas os que coadunem com a idoneidade da informação prestada.

### 3.3.3.1 A educação como instrumento de conscientização em prol da participação popular

A educação promove não apenas a promoção de domínio técnico de disciplinas pelos estudantes, mas também a apresentação dos valores reconhecidos por uma sociedade e disseminados por meio do educador, como a participação popular. Desse modo dispõe a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional ao prever em seu art. 2º que a educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, **seu preparo para o exercício da cidadania** e sua qualificação para o trabalho. No Brasil, a disciplinas obrigatórias que integram as grades curriculares do ensino fundamental e médio, os quais juntos compõe a educação básica, a qual o Estado tem o dever de promover, conforme art. 208, inc. I da Constituição, são determinadas pela referida Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB).

Por iniciativa do Senador Sérgio Souza, por meio do projeto nº 2/2012, foi apresentada proposta de alteração da LDB para acréscimo de disciplinas político/jurídicas como obrigatórias, uma na grade curricular do ensino fundamental, outra no do ensino médio. Conforme previsão abaixo:

Art. 1º Os artigos 32 e 36 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art.32.....  
II – a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, do exercício da cidadania, da tecnologia, das artes e dos valores morais e éticos em que se fundamenta a sociedade;  
.....

.....  
§5º O currículo do ensino fundamental incluirá, obrigatoriamente, a disciplina Cidadania Moral e Ética, além de conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente, observada a produção e distribuição de material didático adequado.  
.....

Art. 36. ....  
 I - destacará a formação ética, social e política do cidadão; a educação tecnológica básica, a compreensão do significado da ciência, das letras e das artes; o processo histórico de transformação da sociedade e da cultura; a língua portuguesa como instrumento de comunicação, acesso ao conhecimento e exercício da cidadania;  
 ....  
 IV – serão incluídas Ética Social e Política, a Filosofia e a Sociologia como disciplinas obrigatórias em todas as séries do ensino médio.<sup>286</sup>

O senador justifica a proposta pelo recente levantamento feito pelo Fórum Econômico Mundial, envolvendo 60 países, que apontou o Brasil na 11ª posição do ranking daqueles com maior estabilidade financeira, aparecendo na frente de todos os países da Zona do Euro, dos Estados Unidos e do Japão. Todavia, em contrapartida a essa felicitação, o Brasil apareceu na 50ª posição na corrupção, e na 55ª posição na ineficiência da Justiça, o que para o senador é inaceitável, perante o avanço que o país tem alcançado. Com isso, apresenta a necessidade de mudança na educação com o intuito de aperfeiçoar o conteúdo do ensino fundamental de modo a incluir, entre suas diretrizes, a preocupação com os valores morais e éticos que devem fundamentar a sociedade e também a obrigatoriedade no seu currículo da disciplina “Cidadania Moral e Ética” e ainda no ensino médio propõe a inclusão obrigatória de uma nova disciplina em todas as séries: “Ética Social e Política”. Visa-se atingir problemas cruciais da sociedade como a falta de atividade no poder público do povo brasileiro. O país deve investir na formação cidadã das crianças e dos jovens para que isso reflita no exercício da cidadania. O senador conclui afirmando que, “dessa forma, estaremos oferecendo a nossa sociedade instrumentos para o fortalecimento da formação de um cidadão brasileiro melhor”.<sup>287</sup>

No parecer nº 1.212/2012 emitido pela Comissão de Educação, Cultura e Esporte, em 11 de setembro de 2012, tendo como relator o Senador Cristovam Buarque, foi analisado que os problemas cruciais da sociedade só serão superados de modo definitivo por meio da educação voltada para a formação moral e política das crianças e dos jovens para o exercício da cidadania. “É imprescindível que todos possuam uma visão crítica dos principais fatos sociais e políticos, que conheçam os ditames básicos da

<sup>286</sup> BRASIL. SENADO. Projeto de lei nº 2/2012.

<sup>287</sup> BRASIL. SENADO. Projeto de lei nº 2/2012.

democracia, sem filtros ideologizantes, como apenas a escola pode apresentar.”<sup>288</sup> Logo, a proposta de inclusão das disciplinas é necessária para que reforce o papel da escola na formação político/moral. Assim, pela referida Comissão, em decisão terminativa, o projeto foi aprovado. A última tramitação registrada do processo legislativo é a remessa para a Câmara dos Deputados para revisão, nos termos do art. 65 da Constituição Federal.

Apesar da boa receptividade da proposta legislativa no Senado, entre os educadores a situação não tem sido a mesma, já que a ideia foi duramente criticada. Os principais argumentos que sustentam a oposição à criação dessas disciplinas são a falta de professores especializados, a carga horária apertada, a grade curricular saturada e ainda que o conteúdo relacionado às novas disciplinas já existe nos currículos escolares.<sup>289</sup>

Paula Helena de Carvalho, pedagoga da rede estadual e coordenadora das Faculdades Integradas do Brail (UniBrasil), pontua que a discussão trazida pela proposta leva a exemplos já superados no Brasil, como em 1969, na ditadura militar quando criaram as disciplinas de Educação Moral e Cívica e de Organização Social e Política Brasileira, que permaneceram até os anos 1990. “A ideia era apresentar a estrutura social brasileira de uma forma mais amena para os jovens, mas a partir de um princípio ideológico de que eles precisavam aceitar o seu papel sem contestação”.<sup>290</sup> Para a educadora “Cidadania, ética e moral não são temas que têm um cunho disciplinar, não podem ser tratadas de forma segmentada”.<sup>291</sup>

Nesse sentido, Elvis Cenci, professor de Ética e Filosofia Política da Universidade Estadual de Londrina aponta que não há necessidade de criação de disciplinas, já que os assuntos poderiam ser tratados em outras disciplinas, como filosofia e sociologia, no caso do ensino médio. Segundo ele,

<sup>288</sup> BRASIL. SENADO. Relatório Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114431&tp=1>. Acesso em 29 jan . 2013.

<sup>289</sup> COMUNICAÇÃO MILLENIUN. Disponível em <http://www.imil.org.br/destaque/gustavo-ioschpe-critica-incluso-de-novas-disciplinas-nos-ensinos-fundamental-mdio/>. Acesso em 29 jan . 2013.

<sup>290</sup> GONÇALVES, André. Projeto cria disciplinas sobre ética e política no currículo escolar. In: **Gazeta do povo**. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1295957&tit=Projeto-cria-disciplinas-sobre-etica-e-politica-no-curriculo-escolar>. Acesso em 29 jan . 2013.

<sup>291</sup> Ibidem

O mais prático seria incorporar esses conteúdos. Até porque, se for para criar mais uma disciplina, vai ter de cortar espaço de outra. [...] A escola pode ajudar, mas não vai salvar uma cultura política nefasta como a que nós temos hoje. Pensar assim é uma ingenuidade.<sup>292</sup>

Gustavo Ioschpe, economista e especialista em educação, afirma que “Estamos colocando demandas sobre o nosso sistema educacional que ele claramente não tem condições de atender”,<sup>293</sup> alertando para a sobrecarga de disciplinas no currículo nacional. Segundo ele, a grade precisa ser diminuída e não ampliada, melhor é executar o conteúdo existente com qualidade.

Perante essas declarações de estudiosos do campo da educação, no presente trabalho não se adentrará no mérito sobre qual o melhor modo, dentro da estrutura educacional do país, de se levar aos estudantes o conhecimento da cidadania, democracia, moral como impõe a Constituição. Todavia, pela perspectiva jurídica, a proposta do Senador impõe que o conhecimento do papel do cidadão na sociedade seja promovido no ensino fundamental e médio. Como um dos problemas identificados para eficácia social da participação popular e da audiência pública é cultural, por falta de conscientização da população. A educação é, sem dúvida, um instrumento de apoio à reversão desse quadro. Logo, a proposta legislativa é positiva.

---

<sup>292</sup> Ibidem

<sup>293</sup> COMUNICAÇÃO MILLENIUN. Disponível em <http://www.imil.org.br/destaque/gustavo-ioschpe-critica-incluso-de-novas-disciplinas-nos-ensinos-fundamental-mdio/>. Acesso em 29 jan . 2013.

## CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais são o núcleo axiológico das Constituições contemporâneas, ligados à dignidade da pessoa humana e à limitação do poder, que promovem a legitimidade do ordenamento jurídico. Encontram seus fundamentos filosóficos desde a Idade Antiga, tanto na visão monoteísta quanto nos povos gregos e romanos com a valorização do ser humano. Na Idade Média, por meio do cristianismo, é reconhecida a igualdade dos homens perante Deus, todavia, esse valor permanece somente no plano espiritual não se concretizando na realidade social da época. Finalmente, na Modernidade, com as construções teóricas da racionalidade humana, é que os fundamentos filosóficos dos direitos fundamentais se fortalecem, principalmente, por meio do pensamento de Kant, que reconhece dignidade ao ser humano, o considerando como fim em si mesmo. No século XVIII, com a promulgação das Constituições é que se pode delimitar o surgimento dos direitos fundamentais, nos moldes hodiernos, já que uma característica precípua desse sistema é a positivação no âmbito Constitucional. Sua evolução histórica é trabalhada por meio das dimensões que se apresentaram desde o Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito. Quanto à classificação dos direitos fundamentais, podem se destacar dois parâmetros, quanto à forma de previsão no ordenamento jurídico em que se identifica se a norma está escrita ou não escrita na Constituição e quanto à função, critério que analisa o papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

Perante a breve construção teórica dos direitos fundamentais foi possível reconhecer esse *status* à participação popular, uma vez que nesse direito se encontram os elementos caracterizadores dos direitos fundamentais, tais como a ligação à ideia de dignidade da pessoa humana e a limitação do poder, pois garante que o governo trate o povo como fim e não o próprio Estado; positivação no plano constitucional extraída da previsão do regime democrático; importância axiológica de fundamentação e legitimidade da ordem jurídica, já que a participação popular integra o único regime político que coaduna com os sistemas de direitos fundamentais.

No Brasil, após o período da ditadura militar instaurada em 1964, vivenciou-se, pela Constituinte de 1988, verdadeiro momento de redemocratização do país. A participação popular foi direito constantemente invocado nos debates das Comissões temáticas da Assembleia Nacional Constituinte para fundamentar a nova

estrutura ideológica em que seria construído o Estado brasileiro. Em 05 de outubro de 1988, pela promulgação da nova Constituição, que consagrava vasto sistema de direitos fundamentais priorizando o povo brasileiro, teve-se a positivação no país do direito fundamental à participação popular, tanto pela previsão do regime político da democracia como por diversas previsões que garantiam a intervenção popular em diversos atos estatais.

Estabelecida a participação popular como direito fundamental no Brasil, passou-se à análise de seus reflexos no âmbito da Administração Pública. Para tanto, verificou-se que, inicialmente, a regulamentação jurídica da Administração Pública por meio do direito administrativo focou-se na proteção do poder, priorizando institutos jurídicos que colocavam o cidadão à parte de suas ações, como o ato administrativo. Todavia, com a valorização do sistema de direitos fundamentais, o direito administrativo teve que se adequar aos valores constitucionais. Logo, a participação popular passou a influenciá-lo, o que culminou na mudança de paradigma de uma Administração Unilateral para uma Administração Dialógica.

Nesse contexto, o processo administrativo fortaleceu-se como instrumento para a promoção da democracia na gestão da coisa pública. Perante sua capacidade de permitir que os cidadãos participem na formação dos atos da Administração que iriam interferir na sua esfera jurídica. No Brasil, a consagração do direito fundamental ao devido processo legal culminou na procedimentalização do exercício das três esferas funcionais do Estado. Apesar de no país, não haver código de processo administrativo, tendo como justificativa a observância ao princípio federativo, a Lei 9.784/1999 tem destaque normativa no ordenamento jurídico brasileiro pela influência que tem promovido na formação das demais legislações. Buscando potencializar a sua efetividade, foi proposta sua aplicação pela Teoria do Diálogo das Fontes, que prioriza a aplicação das normas tendo como referência a concretização dos direitos fundamentais e não apenas uma questão de especialidade, hierarquia e temporalidade.

Delimitada a importância do processo para promoção da participação popular no âmbito da Administração Pública, passou-se a verificação da audiência pública como instituto manifesto dentro do processo e voltado precipuamente para promoção da participação popular. Inicialmente, por meio de análise desvinculada à legislação específica foi estabelecido que a audiência pública permite a interferência opinativa de terceiros no processo, através de debates orais que colaborarão na

construção das decisões estatais. Caracterizada pela oralidade, debate, pelo caráter consultivo, pontual e coletivo, bem como pela abertura a todo público, tem como objetivos na esfera administrativa, dentre outros, o aumento da publicidade dos atos da administração pública, a legitimação da ação governamental, a potencialização da disponibilidade de informações para o ciclo de políticas públicas, a transparência ao processo político e administrativo, a construção nos cidadãos da capacidade de atores da sociedade civil e a promoção do diálogo entre a sociedade e a administração pública. Além disso, está regida primordialmente pelos princípios da publicidade, formalismo moderado e eficiência e se apresenta como elemento consensual dentro do processo administrativo.

Passando à análise da audiência pública trazida pela lei de processo administrativo federal, observou-se que a regulamentação contemplada pode ser invocada de forma complementar ou primária quando não houver previsão específica para o órgão ou ente sobre a matéria. Assim, uma das importâncias no campo do instituto trazida pela Lei 9.784/1999 é seu alto alcance na organização administrativa sobre como e quando realizar audiência pública. Além disso, foi identificado que a audiência pública apresenta dupla natureza: materialmente é direito difuso, formalmente é procedimento incidental. Outrossim, sua realização é facultativa à Administração, não estando como em outras previsões legais, obrigada a promovê-la. Quantos aos requisitos destacam-se: a necessidade que sua realização não cause prejuízo ao interessado no processo; que sua instauração seja motivada; que ocorra antes da decisão e que seja identificado interesse relevante. Quanto a seus efeitos, apesar da audiência pública não vincular a Administração na tomada decisão, esta deverá apontar o motivo de recusa da opinião popular, de modo que sua abstenção de considerar as manifestações da audiência pública poderá ser questionada administrativa e judicialmente devido a afronta ao princípio da motivação e da participação popular.

Por fim, voltou-se o trabalho para análise da eficácia social da participação popular no ordenamento jurídico brasileiro por meio do estudo de caso sobre audiências públicas. Definiu-se que eficácia social é a capacidade da norma de realizar-se socialmente. Logo, para estudo da efetividade das audiências públicas foram estabelecidos dois critérios de análise: um sobre os cidadãos para verificação da iniciativa de participação e outra sobre a Administração Pública quanto a seu dever de promovê-la. Além disso, uma vez realizada a audiência pública por iniciativa do poder

público e tendo participação da sociedade, decidiu-se verificar se as opiniões populares emitidas eram consideradas na construção das decisões estatais.

Perante a pesquisa do IPEA apresentada e o estudo de caso feito na audiência pública nº 071/2012 da ANEEL, verificou-se que uma das problemáticas da audiência pública está na iniciativa de realização pela Administração Pública que a faz, na maioria das vezes, apenas quando está vinculada a uma obrigatoriedade legal, não sendo expressiva a realização voluntária. Outra problemática é a falta de interesse da população em participar constatada nos índices da audiência pública da ANEEL, sendo ambas fragilidades identificadas no campo quantitativo da eficácia social da participação popular. Já quanto ao aspecto positivo, diagnosticou-se que uma vez realizada a audiência pública, as opiniões públicas coletadas têm sido significativamente consideradas na decisão do processo administrativo. Logo, no campo qualitativo, a eficácia social foi atingida.

Perante toda a construção teórica realizada no trabalho, é inegável a normatização da participação popular no ordenamento jurídico brasileiro com força de direito fundamental. Além disso, contemplam-se na esfera administrativa, normas jurídicas infraconstitucionais que tem como escopo a promoção da participação popular na Administração Pública como a Lei 9.784/99. A preocupação jurídica, hodiernamente, sobre a participação popular, não está no campo de validade ou vigência da norma, pois essas são evidentes, mas sim no plano da eficácia social, qualidade que só se manifesta quando é identificado na norma realização social.

Se a deficiência da eficácia social ocorre por falta de conhecimento da população sobre os instrumentos de participação popular como a audiência pública, orienta-se que a Administração empenhe-se mais na divulgação dos eventos, valendo-se de meios de comunicação que melhor atinjam a sociedade como a televisão, rádio e sítios eletrônicos mais acessados. Por outro lado, se o problema é cultural da sociedade brasileira, é necessário investir na educação, agregando aos valores ensinados no ensino básico, os preceitos da democracia, e logo, da participação popular.

Apenas quando a sociedade brasileira decidir ser autora de sua própria história, é que a participação popular se tornará mais efetiva. Enquanto isso, cabe ao Direito atuar no aperfeiçoamento das condutas da Administração Pública, regulamentando da melhor forma possível a utilização de instrumentos democráticos como a audiência pública. Outrossim, deve a ciência jurídica penetrar nos bancos



escolares como uma disciplina obrigatória, na esperança que a criança e o jovem de hoje, se torne o cidadão ativo, do amanhã brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Welligton Pacheco. **Curso de processo administrativo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional brasileiro). **In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**. n. 9. mar./ abr./mai. 2007- Salvador – Bahia – Brasil.

BARROSO, Pêrsio Henrique Barroso. **Constituinte e Constituição: Participação popular e eficácia constitucional**. Curitiba, Juruá, 1999.

Bíblia Sagrada. [Tradução: João Ferreira de Almeida]. 1.ed. Santo André: Geográfica, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**. n. 13. mar./ abr./mai. 2008- Salvador – Bahia – Brasil.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. [Tradução: Marco Aurélio Nogueira] 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. [Tradução: Carlos Neto Coutinho] Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. [Tradução: Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti]. Bauru: EDIPRO, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. ANEEL. Audiências Públicas. Disponível em [http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/dspListaAudiencia.cfm?attAnoAud=2012&attAnoFasAud=2012&id\\_area=13](http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/dspListaAudiencia.cfm?attAnoAud=2012&attAnoFasAud=2012&id_area=13). Acesso em 11 fev. 2013.

BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Danc), ano I, nº 1, 2/2/1987.

BRASIL. Diário do Senado Federal 10/11/1998, p. 15.357.

BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985.

BRASIL. Pacote de abril.

BRASIL. PROJETO DE LEI DO SENADO nº. 166/2010, p. 22.

BRASIL. SENADO. Projeto de lei nº 2/2012.

BRASIL. SENADO. Relatório sobre Projeto de lei nº 2/2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários à lei 9.784/99**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: fim de milênio**. 3. ed. v.3 São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: o poder da identidade**. 3. ed. v. 2 São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. O cidadão, a Administração Pública e a Nova Constituição. In: **Revista de Informação legislativa**, Brasília a. 27, n. 106, p. 82-83, abr/jun 1990.

COELHO, João Gilberto Lucas. Processo Constituinte, Audiências Públicas e o nascimento de uma nova. In: **Audiências Públicas na Assembléia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna**. Org: Ana Luiza Backes, Débora Bithiah de Azevedo, José Cordeiro de Araújo. Câmara dos Deputados: Brasília, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **A nova cidadania**. In: \_\_\_\_\_. **Direito Público: Estudos e Pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1996.

COMUNICAÇÃO MILLENIUM. Disponível em <http://www.imil.org.br/destaque/gustavo-ioschpe-critica-incluso-de-novas-disciplinas-nos-ensinos-fundamental-mdio/>. Acesso em 14 jan. 2013.

DAL BOSCO, Maria Goretti. A audiência pública como direito de participação. **In: Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS | v. 4 | n. 8 | jul./dez. 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que é participação política**. São Paulo: Brasiliense,

DELGADO, Tarcísio. **A histórica de um rebelde: 40 anos 1966-2006**. Brasília: Fundação Ulysses Guimarães, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública, **In: Revista de Direito administrativo - RDA**, vol. 191, jan./mar. 1993, p. 26-39.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Solange Gonçalves. **Reflexões acerca da participação popular**, p. 46. Disponível em [ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/45\\_48.pdf](ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/45_48.pdf). Acesso em 29 de nov. 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DUTRA, Valéria de Souza Arruda. A questão da legitimidade e da eficácia social dos direitos fundamentais e a influência da legística. **In: Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI** – jun. 2011. Belo Horizonte, p. 5.968.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. [Tradução: Alexandre Salim, Alfredo Copeti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanet Júnior, Sérgio Cademartori] Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu Dallari. **Processo administrativo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de processo administrativo**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. **In: Revista eletrônica de direito administrativo econômico – REDAE**. n. 11 – ag./set./out./ - 2007 – Salvador – Brasil.

FONSECA, Igor F; OLIVEIRA, Marília S.; REZENDE, Raimor R. **Audiências públicas no âmbito do governo federal: análise preliminar e bases para avaliação**. Relatório de pesquisa. Ipea, Brasília, 2012.

FRANGETTO, Flavia Witkowski. A instrução processual administrativa adaptada à participação pública (art. 29 a 35). **In: Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99)**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GONÇALVES, André. Projeto cria disciplinas sobre ética e política no currículo escolar. **In: Gazeta do povo**. 11 nov. 2012

GORDILLO, Augustín. **Tratado de derecho administrativo**. tomo 2. 5. ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2003.

GUASTINI, Ricardo. Estudios de la teoría constitucional. **In: El Canon Constitucional**. México: IIJ-UNAM-Forntamara, 2007.

\_\_\_\_\_. Tres problemas para Luigi Ferrajoli. **In: Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4.ed. Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2009.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Âmbito de validade da lei de processo administrativo (Lei nº 9.784/99) – para além da Administração Federal. **In: Revista de Direito administrativo e Constitucional**. Ano 3, n. 11 jan./mar. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GUIMARAES, Francisco Xavier da Silva. **Direito processual administrativo: comentários à lei nº 9.784/99 com alterações da lei nº 11.417/06**. Belo Horizonte, Fórum, 2008.

JAYME, Erik. **Cours général de droit internacional**. Recueil des cours, Tome 251. Académie de Droit Internacional, 1995.

JUCÁ, Roberta Laena Costa. **O direito fundamental à participação popular e a consolidação da democracia deliberativa na esfera pública municipal**, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Centro de Ciências Jurídicas – CCJ Universidade de Fortaleza- UNIFOR, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Ampla defesa e conhecimento de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo. In: **Revista Dialética de Direito Tributário 25/68-79**. São Paulo: Dialética, 1997.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1986.

KLIKSBERG, Bernardo. **Falácias e mitos do desenvolvimento social**. [Tradução: Sandra Trabucco Valenzuela]. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

KRIELE, Martin. **Introdução à Teoria do Estado**. Porto Alegre: Fabris, 2009.

LEVI, Lucio. Legitimidade, In: Norberto Bobbio *et alii*, **Dicionário de política**. Brasília: UNB, 1986.

LOCK, Fernando do Nascimento. Participação popular no controle da administração pública: um estudo exploratório. In: **Revista Eletrônica de Contabilidade Curso de Ciências Contábeis**. Volume I. N.1 Set-Nov/2004. Disponível em <http://w3.ufsm.br/revistacontabeis/anterior/artigos/vIn01/a07vIn01.pdf>. Acesso em 29 nov. 2012.

LUMIA, GIUSPPE **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. Martins Fontes, 2003.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo de fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o CDC e o CCB/02. In: **Revista de direito do consumidor**. Vol. 51. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEDAUAR, Odete. **Processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado. In: **Revista âmbito jurídico**. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7585](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585). Acesso em: 15 de maio de 2012.

MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Novos paradigmas da processualidade administrativa**. Belo Horizonte, 2001. Tese (Doutorado – área de concentração: Direito administrativo). Orientador: Prof. Paulo Neves de Carvalho.

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

MICHILES, Carlos et alli. **Cidadão constituinte: a saga das emendas populares**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE GOIÁS. Disponível em [http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/duvidas\\_frequentes\\_audiencias\\_publicas.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/duvidas_frequentes_audiencias_publicas.pdf). Acesso em 11 fev 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. V. I. São Paulo: Forense, 1975.

MODESTO, Paulo. **Participação popular na administração pública**. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/2586/participacao-popular-na-administracao-publica>. Acesso em 08 jan. 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784**. São Paulo: Malheiros.

MORENO, Jorge Bastos. **A História de Mora, capítulo 14: ‘Estou cercado, eu ataco’**. O globo, São Paulo, 14 jan. 2012.

MORIN, Edgar. **O método 6: ética**. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 149.

MOURA, Elizabeth Maria de. **O devido processo legal na Constituição brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

OBARA, Alessandra. **Participação popular na Administração Pública: Audiências públicas**. São Paulo, 2009. Dissertação de Mestrado PUC/SP.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Participação administrativa. In: **Revista de Direito administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 20, p. 167-191, abr./jun., 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: **Anais do CONPEDI**. Salvador, jun. 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 209, p. 153-167, jul./set. 97.

**Panorama da comunicação e das telecomunicações no Brasil**. Organizadores: Daniel Castro, José Marques de Melo.- Brasília : Ipea, 2012.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **Neoconstitucionalismo e legalidade administrativa: a juridicidade administrativa e sua relação com os direitos fundamentais**. Disponível em <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-29280.pdf/rev630309NeoconstitucionalismoPrincipiollegalidade.pdf>. Acesso em 04 de jul 2012.

ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais**. Disponível em [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia\\_do\\_carmo\\_sampaio\\_rossi.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf). Acesso em: 06 de junho de 2012.



SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. Hugo Grotius: direito natural e dignidade. In: **Cadernos de Ética e Filosofia Política** 15, 2/2009, pp. 181-191. Disponível em <http://www.fflch.usp.br/df/cefp/Cefp15/sahd.pdf>. Acesso em 28 de nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Teorias da lei natural: Pufendorf e Rousseau. In: **SciELO**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/trans/v30n2/a14v30n2.pdf>. Acesso em 20 nov. 2012.

SAMPAIO, Marcondes. **Há 25 anos era eleita a Assembleia Nacional Constituinte**. Câmara dos deputados, Brasília. 14 nov. 2011.

SANTOS, Alexandre Magno Borges Pereira. **O princípio do contraditório como elemento de legitimação da decisão estatal pelo processo**. Franca, 2004. Dissertação (Mestrado *Stricto Sensu* – área de concentração: Direito do Estado no Estado Democrático de Direito). Orientador: Prof. Dr. Antônio Cláudio da Costa Machado.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Noções gerais acerca do processo administrativo e da Lei 9784/99**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=410>. Acesso em 23 de agosto de 2012 às 16 horas.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed.rev.at. e amp. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In: Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da administração pública democrática: a conformação da administração pública consensual. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. julho | agosto | setembro 2011 | v. 80 — n. 3 — 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, André Barbieri Souza. A União Europeia e o déficit democrático: um estudo a partir de Jürgen Habermas. In: **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI** – Belo Horizonte, nov. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **A importância do procedimento administrativo.** RDP 84/64-74. São Paulo: RT, 1990.

TEIXEIRA, Meireles. **Curso de Direito constitucional.** Texto org. e atual: Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VAINER, Bruno Zilberman. Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 16 – jul./dez. 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Controle Social: promovendo a aproximação entre a administração pública e a cidadania.** In: Brasil. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 2001. Monografias vencedoras: perspectivas para o controle social e a transparência da Administração Pública. Brasília: TCU, 2002.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Geral do Direito.** São Paulo: Malheiros, 1993.

WEBER, Thadeu. Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant. In: Direito fundamentais e Justiça. In: **Direitos fundamentais & Justiça.** n.º 19 – out/dez 2009, p. 232-259.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito.** São Paulo: RT, 2003.