

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA**  
**FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”**

**GUILHERME RICARDO DE ASSIS FERREIRA**

**O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL  
NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

**UBERLÂNDIA**

**2013**

GUILHERME RICARDO DE ASSIS FERREIRA

**O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL  
NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à banca  
examinadora da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Uberlândia,  
como requisito parcial à obtenção do  
título de mestre em Direito Público

Orientador: Professor Doutor Luiz  
Carlos Figueira de Melo

UBERLÂNDIA

2013

GUILHERME RICARDO DE ASSIS FERREIRA

**O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL  
NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

Opinião do Professor-orientador e da banca examinadora quanto ao conteúdo do trabalho e a sua destinação:

- ( ) O trabalho não cumpriu os requisitos exigidos devendo o aluno ser reprovado.
- ( ) O trabalho cumpriu os requisitos exigidos para a aprovação do aluno.
- ( ) O trabalho apresenta qualidades que recomendam sua colocação em biblioteca como base para outros trabalhos a serem desenvolvidos.
- ( ) O trabalho possui nível de excelência e é recomendado à futura publicação na Revista do Curso de Direito da UFU.

Nota: \_\_\_\_\_

Uberlândia, 19 de setembro de 2013.

Membros da Banca Examinadora:

---

Professor Doutor Luiz Carlos Figueira de Melo  
Orientador – FADIR/UFU

---

Professor Doutor Carlos José Cordeiro  
Membro

---

Professor Doutor Paulo Roberto de Oliveira Santos  
Membro

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus amados Pais, Elias e Amália,  
por todos os ensinamentos responsáveis, em larga medida, por tudo o que sou.

Ao meu querido Irmão, Marcelo, pelo companheirismo, amizade  
e por ser minha referência de um ser humano exemplar.

À minha amada Noiva, Livia, por ser meu alicerce, minha companheira  
e meu ideal de felicidade materializada.

Ao meu Orientador, Professor Doutor Luiz Carlos Figueira de Melo,  
responsável por minha iniciação nos caminhos do Direito Público; para mim,  
sempre um verdadeiro paradigma a ser seguido.

Aos Professores Doutores Carlos José Cordeiro e Paulo Roberto de Oliveira Santos,  
pela participação na competente Banca de Defesa, contribuindo sobremaneira para a  
construção e o aprofundamento do debate acadêmico.

## RESUMO

O Direito é a ciência que se ocupa da regulamentação de todos os aspectos da conduta humana. Questões obrigacionais, sociais, familiares, econômicas, humanitárias, valorativas, enfim, nada escapa ao controle de uma prescrição jurídica que tem na Lei, em sentido amplo, sua formulação essencial. Com espeque nesta premissa, e considerando todo o regramento legal incidente nas relações entre Poder Público Executivo e cidadãos/administrados, é que se deu a linha de investigação científica em foco. Nesse sentido, o objetivo central da pesquisa em tela é confirmar a hipótese segundo a qual a observância do princípio da participação popular representa, de fato, um direito fundamental capaz de concretizar, na prática, outros direitos fundamentais valendo-se, para tanto, do veículo do processo administrativo, no âmbito das três esferas da federação brasileira. Considerando o aspecto metodológico, a pesquisa orientou-se pelos seguintes procedimentos metodológicos: a) no tocante aos objetivos, o trabalho assumiu a forma exploratória, na medida em que se procedeu a uma análise aprofundada de textos legais, entendimentos jurisprudenciais e pesquisas de campo com relação ao tema principal, no intuito de precisar os impactos da legislação e do exercício da jurisdição no plano da efetividade dos direitos fundamentais sociais na vida dos cidadãos, além dos reflexos gerados por essas fontes técnicas na via extrajudicial; b) quanto aos procedimentos técnicos, a tipologia da pesquisa seguiu preponderantemente a forma bibliográfica. Com relação aos métodos empregados no presente estudo, foi dada preferência aos seguintes: a) método de abordagem dialético, com a investigação de fenômenos que se processam por intermédio da própria dialeticidade existente no interior do corpo social; b) método de procedimento monográfico, pois a proposta foi ter condições de se investigar a problemática delimitada na máxima possibilidade de aspectos que a envolvem. A problemática enfrentada nesta investigação refere-se à legitimação dos atos dos agentes públicos frente aos cidadãos brasileiros (destinatários finais do interesse público primário), com o auxílio direto do princípio da participação popular e do processo administrativo, nas mais variadas demandas que se apresentam diuturnamente na esfera administrativa. Enfim, acredita-se que o trabalho a ser realizado poderá converter-se em benefícios para a sociedade, na medida em que fornecerá à mesma dados científicos, sobretudo na área processual administrativa, assim como para acadêmicos e operadores do Direito, contribuindo para a evolução cultural da consciência coletiva no tocante às relações jurídicas levadas a efeito entre Poder Público e corpo social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Administrativo. Direitos Fundamentais. Participação Popular. Democracia participativa.

## **ABSTRACT**

Law is the science that deals with the regulation of all aspects of human behavior. Questions dividend , social , family, economic , humanitarian , evaluative , finally , nothing escapes the control of a legal prescription that has in the Act , in a broad sense , its formulation essential. Stanchion with this premise , and considering all the legal rules incident in the relations between citizens and Government Executive / management, is that it gave the line of scientific research in focus . Accordingly , the aim of the research is on the screen to confirm the hypothesis that the observance of the principle of popular participation is , in fact, a fundamental right capable of achieving in practice , other fundamental rights worth up to do so, the vehicle of the administrative process within the three spheres of the Brazilian federation . Considering the methodological aspect , the research was guided by the following methodology: a) with respect to the objectives , the work took the form exploratory in that it undertook a thorough analysis of legal texts , jurisprudential understandings and field research with relation to the main theme , in order to clarify the impact of legislation and the exercise of jurisdiction in terms of the effectiveness of fundamental social rights in the lives of citizens, and the reflections generated by these technical sources on extrajudicial , b ) as the technical procedures , the typology of research followed mainly the way literature . With regard to the methods employed in the present study , preference was given to the following : a) the method of dialectical approach , the investigation of phenomena that are processed through the dialectic itself inside the body social , b ) method monographic procedure because the proposal was to be able to investigate the problem in bounded maximum possible aspects surrounding it . The problems faced in this research refers to the legitimacy of the acts of public officials against Brazilian citizens ( recipients of primary public interest ) , with the direct assistance of the principle of popular participation and administrative process in varied demands presented diuturnamente administratively . Anyway , it is believed that the work to be performed may become benefits to society , as it will provide the same scientific data , especially in the area procedural administrative as well as academic and law professionals , contributing to the evolution cultural collective consciousness regarding the legal relations carried out between the Government and the social body .

**KEYWORDS:** Administrative Process. Fundamental Rights. Popular Participation. Participatory democracy.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 EVOLUÇÃO DA JURIDICIDADE DOS PRINCÍPIOS E CONCEITO DE PRINCÍPIO EM UMA PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA .....</b>	<b>13</b>
1.1 EVOLUÇÃO DA JURIDICIDADE DOS PRINCÍPIOS .....	13
1.2 CONCEITO DE PRINCÍPIO .....	22
<b>2 A PARTICIPAÇÃO POPULAR E OS INSTITUTOS DE PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>32</b>
2.1 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E PARTICIPAÇÃO POPULAR .....	32
2.2 INSTITUTOS DE PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA PRESENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	41
2.2.1 INSTITUTOS PARTICIPATIVOS DE CARÁTER DELIBERATIVO.....	42
2.2.2 INSTITUTOS PARTICIPATIVOS DE CARÁTER NÃO VINCULANTE.....	45
2.2.3 INSTITUTOS PARTICIPATIVOS DE CARÁTER VINCULANTE E AUTÔNOMO (OU DE DELEGAÇÃO ATÍPICA).....	48
<b>3 PARTICIPAÇÃO POPULAR, PROCESSO ADMINISTRATIVO E DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>54</b>
3.1 A AÇÃO ESTATAL: FUNÇÃO PÚBLICA, ÓRGÃO E AGENTE.....	54
3.1.1 DIREITO, ESTADO, ECONOMIA E SOBERANIA .....	57
3.2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS NOVOS PARADIGMAS .....	61
3.2.1 UMA (RE)LEITURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PLANO DAS AÇÕES ADMINISTRATIVAS .....	69
3.3 A LEI 9.784/99 E O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR.....	74
<b>4 O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>81</b>
4.1 A QUESTÃO DA PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA COMO GARANTIA DA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	93
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>100</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>102</b>



## INTRODUÇÃO

Em primeiro lugar, vale aduzir que o fim último da Administração Pública não é outro senão o de reunir esforços e técnicas tão somente para que os administrados sejam plenamente beneficiados e satisfeitos em suas necessidades.

Neste contexto, é que se verifica a incidência tanto do Princípio da Participação Popular, quanto do Processo Administrativo.

No que se refere, pois, ao supramencionado princípio, pode-se afirmar, logo de início, que se trata de uma verdadeira norma jurídica principiológica *destatus* constitucional, na medida em que o vigente texto da Lei Maior de 1988 o prestigia ao longo de suas linhas, ainda que de forma implícita.

Isto porque com o advento da fase Pós-Positivista, ocasião em que os princípios adquiriram elevado grau de normatividade, estes passaram a ser considerados como verdadeiros pilares de sustentação, regras de fundamentação, interpretação e direcionamento de todo sistema jurídico.

Tal quadro acabou por demonstrar, dessa forma, a real importância que estes representam para todo e qualquer regramento. E, contemporaneamente, seguindo as aludidas tendências, é lícito afirmar que os princípios jurídicos, expressos ou implícitos, desempenham um papel basilar em nosso ordenamento.

Aliado a esse fato, observa-se que o próprio Estado Democrático de Direito e, por via de consequência, a Administração Pública, tem experimentado uma significativa evolução em termos de democracia.

Neste sentido, tem-se que a chamada "Democracia Representativa" já não mais consegue suprir todos os reclames sociais oriundos dos administrados. Por esta razão, vem sendo solidificado, a cada dia, o paradigma da chamada "Democracia Participativa", como meio tecnicamente hábil para inserir cada destinatário final de uma decisão administrativa no cerne do Poder Público.

Assim, verifica-se que o Princípio da Participação Popular, através dos institutos de participação, é o instrumento jurídico disponibilizado pelo ordenamento brasileiro para conferir a legitimidade necessária a cada administrado que deseje, fundamentadamente, mergulhar no âmago da Administração Pública, se fazendo ouvir diretamente pelas autoridades.

Em segundo lugar, é o processo administrativo quem, na grande maioria das vezes, cuida de realizar toda a parte operacional das decisões que se baseiam na oitiva direta dos administrados.

Com esta vocação, o processo administrativo, acostado em sua lei regulamentadora, prevê um rol não exaustivo de direitos aos administrados e, ademais, uma série de garantias também conferidas a estes no decorrer de todo o seu *iter*.

Consiste também, o supracitado processo, em um instrumento de operabilidade técnica que se presta, preponderantemente, à observância dos valores que norteiam o Estado de Direito, notadamente em sua forma democrática.

Para tanto, cultua em seu bojo, principalmente, as garantias concernentes ao contraditório, à ampla defesa, à publicidade, à moralidade, dentre outras; inclusive também verificadas na forma de normas jurídicas principiológicas, dada a profunda relevância valorativa dessas diretrizes que tal instrumento tutela.

Ademais, o processo administrativo, a seu turno, se mostra ainda como uma arma indispensável no combate à indesejável figura da arbitrariedade, notadamente em se tratando de questões em que a Administração Pública se ache totalmente enleada.

Dessa forma, após rápida análise a respeito do tema proposto, é interessante trazer à baila o plano de trabalho exteriorizado no corpo de nosso estudo.

Assim, no primeiro capítulo, a temática da evolução da juridicidade dos princípios no cerne dos ordenamentos jurídicos foi altamente prestigiada, ressaltando-se, notadamente, as fases Jusnaturalista, Positivista e Pós-Positivista, conforme adrede mencionado. Além disso, salientamos os conceitos de princípio jurídico mais divulgados em sede doutrinária, tanto por juristas estrangeiros quanto por doutrinadores brasileiros.

No segundo capítulo, o enfoque foi direcionado à questão do deslocamento do paradigma democrático-representativo para o democrático-participativo atualmente em plena ascensão nos trabalhos da Administração Pública. Aliado a esse quadro, ainda no capítulo em comento, trabalhamos os institutos de participação popular existentes no ordenamento jurídico nacional, mais importantes e de maior aplicabilidade prática.

Seguindo nesta linha, no terceiro, a atenção foi toda voltada especificamente para o princípio da participação popular no processo administrativo. Para tanto, analisou-se, em um primeiro momento, a dinâmica da ação estatal exteriorizada na tríade função pública órgão e agente.

Por fim, no quarto e último capítulo adota-se, metodologicamente, o paradigma da processualidade ampla como veículo concretizador de direitos fundamentais.

Após, adentramos na legislação infraconstitucional regulamentadora do processo administrativo (Lei 9.784/99) considerando o aspecto da participação popular presente no aludido texto normativo. Enfim, destacamos o efeito positivo do princípio da participação popular no bojo do processo administrativo, sob o prisma da efetividade da gestão e do controle da Administração Pública.

Neste esboço, pode-se asseverar que a problemática enfrentada no trabalho científico ora em voga não é outra senão a questão da legitimação dos atos, das decisões, enfim, de todas as ações do poder público frente aos seus administrados; através da adoção de mecanismos jurídicos de participação popular disponibilizados pelo ordenamento jurídico, vez que se trata da melhor solução a ser prestigiada para que se tenha o pleno alcance dessa legitimação.

Para tanto, o trabalho de pesquisa para a confecção da presente produção monográfica pautou-se, metodologicamente, no chamado método dedutivo, isto é, partindo-se de um âmbito de análise geral, chegamos a uma situação particularizada no tocante à temática esposada.

E com este intento, pois, que ousaremos, dentro das limitações afetas a todo pesquisador, adentrar no tema ora proposto sem, contudo, desejar esgotar toda a temática trazida a lume, em virtude de sua alta complexidade e significativa amplitude.

# 1 EVOLUÇÃO DA JURIDICIDADE DOS PRINCÍPIOS E CONCEITO DE PRINCÍPIO EM UMA PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA

## 1.1 EVOLUÇÃO DA JURIDICIDADE DOS PRINCÍPIOS

Em primeiro lugar, faz-se necessário que se proceda a um estudo acerca da evolução da juridicidade dos princípios. Para tanto, vários autores abordam o tema ora trazido à baila com singular maestria.<sup>1</sup>

Neste diapasão, existem três fases que marcam, na teoria dos princípios, toda a essência de juridicidade que estes, através dos tempos, foram alcançando em termos evolutivos.

Dessa forma, têm-se as seguintes fases, a saber: a) fase Jusnaturalista; b) fase Positivista; c) fase Pós-Positivista;

Primeiramente, considerando-se a fase Jusnaturalista, vale atentar para algumas características que, indubitavelmente, circundam esta que é tida como a fase inaugural em se tratando do aspecto evolutivo da juridicidade principiológica.

Nesta fase, a concepção que imperava a época da divulgação destas idéias não era outra senão a de uma nítida esfera abstrata em torno dos princípios, bem como um grau de normatividade nulo ou extremamente duvidoso.

E importante asseverar que a fase Jusnaturalista dominou a dogmática dos princípios durante um longo período, não se podendo estabelecer, com absoluta segurança, qual o ponto inicial de vigência desta fase preambular, conforme observa Erik Wolf: *“Ninguém sabe nada de seguro acerca desse Direito Natural, mas todo mundo sente com segurança que ele existe”*.<sup>2</sup>

Neste sentido, em que pese o fato de não se ter condições de verificação do exato início desta fase propedêutica, a doutrina afirma que esta permaneceu vigente até o advento da chamada "Escola Histórica do Direito".

Assim, o constitucionalista Paulo Bonavides exterioriza o seguinte entendimento acerca da fase Jusnaturalista.

---

<sup>1</sup> Autores brasileiros, como por exemplo, Humberto Ávila, Paulo Bonavides e Eros Roberto Grau, bem como doutrinadores estrangeiros a exemplo de Norberto Bobbio (jurista italiano), José Joaquim Gomes Canotilho (jurista português) e Alfonso García Figueroa, dentre outros.

<sup>2</sup> Tradução livre de: - Niemand Weiss eiwas gewiess Von ihm, aber jeder fühlt mit gewissheit, dass es ist. *Apud* BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 234.

A corrente jusnaturalista concebe os princípios gerais de Direito, segundo assinala Flórez-Valdés, em forma de "axiomas jurídicos" ou normas estabelecidas pela reta razão. São, assim, normas universais de bem obrar [...]. São, em definitivo, um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana.<sup>3</sup>

Em segundo lugar, ainda na temática relativa à evolução da juridicidade dos princípios, tem-se o advento da fase Positivista. Cronologicamente, ela se situa entre o século XIX e a primeira metade do século XX.

Neste esboço é interessante notar que a característica preponderante neste momento, no que se refere ao princípio, é a presença deste como uma fonte normativa subsidiária ou, em consonância com o entendimento doutrinário, como uma “*válvula de segurança que garante o reinado absoluto da lei*”, nos dizeres de Gordillo Canas.<sup>4</sup>

Ademais, além do advento da chamada "Escola Histórica do Direito", há que se mencionar o início da elaboração dos Códigos, responsáveis pela gênese do Direito positivado. Nesse sentido, elucida o doutrinador Flórez-Valdés “*A concepção Positivista sustenta basicamente que os princípios gerais de Direito equívalem aos princípios que informam o Direito Positivo e lhe servem de fundamento*”<sup>5</sup>

No que respeita a esta questão, vale trazer a lume o posicionamento doutrinário de Jean Boulanger que, de acordo com Josef Esser<sup>6</sup>, foi o primeiro doutrinador a realizar um estudo analítico e classificatório sobre tipos e variedades de Princípios de Direito, ressaltando- se que tal estudo foi mais direcionado à questão da "formação" e da "função" que eles têm dentro do processo judicial.

Dessa forma, assevera Boulanger que “*são os princípios os materiais mediante os quais pode a doutrina edificar com confiança a construção jurídica*”.<sup>7</sup>

Enfim, com o advento da fase do Pós-Positivismo, nas últimas décadas do século XX, tem-se que os Princípios são tratados como Direito propriamente dito.

Para tanto, vale dizer que o marco inicial desta fase é o artigo 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional de 1920, que, segundo o jurista Norberto Bobbio, assim se nos apresenta: “*(...) os Princípios Gerais de Direito, reconhecidos pelas nações civilizadas, como aptos ou idôneos a resolverem controvérsias, ao lado dos Tratados e dos Costumes Internacionais*”.

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 234.

<sup>4</sup> *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op Cit., p. 235.

<sup>5</sup> *Apud* BONAVIDES, Paulo. Op Cit., p. 235.

<sup>6</sup> *Apud* BONAVIDES, Paulo. Op Cit., 1997.

<sup>7</sup> *Apud* BONAVIDES, Paulo. Op Cit., p. 239.

Seguindo nesta linha, vale aduzir que tal fase prestigia o caráter de normatividade presente nos princípios, ao oposto do que se pregava na fase Jusnaturalista, surgindo, então, um conteúdo jurídico de elevada importância constante no bojo daqueles, para a solução das mais diversas controvérsias apresentadas à ciência jurídica.

A seu turno, Bonavides exterioriza as seguintes considerações: “*As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.*”<sup>8</sup>

Também Norberto Bobbio, em sua “Teoria Dell'Ordinamento Giuridico”, tece as seguintes lições:

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema [...] Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais [...] Para sustentar que os Princípios Gerais são normas os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso.<sup>9</sup>

Por fim, Bobbio arremata seu raciocínio asseverando acerca das cinco categorias principais em que aparecem os critérios para se considerar os princípios como sendo, realmente, normas de Direito, a saber:

- 1) Princípios Gerais são pura e simplesmente normas mais gerais;
- 2) Normas Fundamentais, ou normas de base do sistema, ou traves mestras (no sentido de que sem eles o sistema não poderia subsistir como ordenamento efetivo das relações de vida de uma determinada sociedade);
- 3) Normas diretivas ou princípios gerais;
- 4) Normas indefinidas;
- 5) Normas indiretas;<sup>10</sup>

Assim, patente o caráter de normatividade conferido aos princípios nesta fase, sendo um de seus maiores defensores o jurista de Havard, Ronald Dworkin. De acordo com seu pensamento: “*Há a necessidade de tratarem-se os princípios como Direito, reconhecendo*

<sup>8</sup>Apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 239.

<sup>9</sup>Apud BONAVIDES, Paulo. Op Cit., 1997.

<sup>10</sup>Apud BONAVIDES, Paulo. Op Cit., p. 237.



*a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal”*.<sup>11</sup>

O mencionado jurista norte-americano contribui decisivamente para a consolidação desta terceira fase podendo-se, inclusive, afirmar que, em consonância com seu entendimento, um determinado princípio possa ser relevante para um dado problema legal, porém não estipula uma solução particular. Ainda segundo o renomado jurista, quem tiver a obrigação de tomar a decisão deve levar em conta todos os princípios envolvidos, elegendo um deles para que se proceda à sua aplicação.

Para Dworkin, se um princípio não prevalecer em uma determinada casuística, nada obsta a que, em outra ocasião, venha este mesmo princípio a ser utilizado, desta vez de maneira mais decisiva.

Ainda com relação ao supracitado teórico, aquele profere uma significativa ponderação no seguinte sentido, enquanto as regras ditam "resultados", se estes não são alcançados a regra violada restará alterada, ou, de acordo com o doutrinador, abandonada. Já no que tange à mesma situação, mas desta vez considerando-se os princípios, tal quadro não se verifica, vez que se estes inclinam por uma decisão, de forma não conclusiva, e ela não prevalece, os princípios sobrevivem intactos.

Nesta esteira, é importante mencionar alguns teóricos que seguem o pensamento de Dworkin, como por exemplo, Robert Alexy, além de publicistas espanhóis e italianos. Estes autores são receptivos à consideração dos valores e conjugação da lei com o Direito.

Pode-se mencionar ainda, neste diapasão, a majestosa lição de Josef Esser:

Princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado [...]. São apenas aqueles institucionalmente eficazes, e o são na medida em que incorporam numa instituição e só assim logram eficácia positiva.<sup>12</sup>

Arremata o supramencionado jurista, em linhas gerais, que se os princípios não chegam a ser, em rigor, uma norma no sentido técnico da palavra, como "*ratio legis*" são, segundo ele, possivelmente Direito Positivo, que se exprimem pelos veículos interpretativos existentes, transformando-se numa "*esfera mais concreta*".

<sup>11</sup> *Apud* BONAVIDES, Paulo. Op Cit., p. 238.

<sup>12</sup> Sobre o posicionamento de Josef Esser, ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006 e BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 238.

Atua, dessa maneira, normativamente, como um ponto de partida que se abre ao desdobramento judicial de um problema.<sup>13</sup>

Seguindo, pois, a mesma linha de raciocínio de Esser, pode-se citar ainda o teórico Karl Larenz, que define os princípios da seguinte forma: "*Normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento*".<sup>14</sup>

Segundo o doutrinador brasileiro Humberto Ávila:

Para esse autor os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica. Daí por que os princípios indicariam somente a direção em que está situada a regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção da regra.<sup>15</sup>

O constitucionalista Paulo Bonavides, por sua vez, ao citar Larenz, menciona a expressão "Princípios Abertos", como referência à doutrina do aludido autor, dispondo da seguinte forma: "*São princípios abertos, sobretudo, os princípios da Constituição, tais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, o Estado de Direito, o Estado Social, a democracia e a separação dos poderes*".<sup>16</sup>

Nesta etapa da evolução da juridicidade dos princípios, em que a ideia de normatividade acha-se incrustada na própria essência do sistema principiológico da ciência jurídica, entra em cena o doutrinador Robert Alexy que, na mesma linha de Ronald Dworkin,

<sup>13</sup> O autor utiliza-se da expressão "*startingpoint*" para elucidar a questão por ele levantada.

<sup>14</sup> *Apud* ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Op Cit., p. 35- 36. É interessante explicitar aqui a lição de GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 148, acerca do pensamento de Karl Larenz, nos seguintes termos: "*Os princípios, segundo Larenz [1979:24; 1985:33], cumprem uma função positiva - que consiste no influxo que exercem em relação às decisões jurídicas e, assim, no conteúdo de regulação que tais decisões instalam - e uma função negativa - que consiste na exclusão de valores contrapostos e das normas que repousam sobre esses valores*".

<sup>15</sup> ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>16</sup> O autor Paulo Bonavides faz referência, da mesma forma, a Eberhard Grabitz, aduzindo este jurista que "*o princípio normativo deixa de ser, assim, tão somenteratiologicamente para se converter em lex; e, como tal, faz parte constitutiva das normas jurídicas, passando, desse modo, a pertencer ao Direito Positivo*" BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 242 e 244. Na página 240 da mesma obra, o aludido constitucionalista ainda faz menção à questão da significação e importância dos Princípios que vale ser salientada, a saber: "*A verdade que fica é a de que os princípios são um indispensável elemento de fecundação da ordem jurídica positiva. Contém em estado de virtualidade, grande número das soluções que a prática exige [...] Os princípios existem ainda que não se expressem ou não se reflitam em textos de lei [...] O enunciado de um princípio não escrito é a manifestação do espírito de uma legislação*". No seguimento desse raciocínio, Bonavides ainda cita Goldschmidt, que exterioriza a seguinte consideração: "*Um Direito sem princípios nunca houve verdadeiramente, vez que estes possuem importância criadora*".

trabalha com a tese de que tanto as regras quanto princípios também são normas, porque ambos se formulam com a ajuda das chamadas "*expressões deônticas fundamentais*"<sup>17</sup>, vale dizer, em consonância com mandamentos, proibições e permissões.

Bonavides, ao citar o posicionamento de Alexy, aduz da seguinte maneira: "*De acordo com Alexy, os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade*".<sup>18</sup>

Cabe aqui fazer uma importante menção ao entendimento do jurista italiano Perassi, a título de enriquecimento teórico acerca da temática ora prestigiada: "*As normas constitutivas de um ordenamento não estão insuladas, mas fazem parte de um sistema onde os princípios gerais atuam como vínculos, mediante os quais elas se congregam de sorte a constituírem um bloco sistemático*".<sup>19</sup>

Volvendo, pois, ao entendimento de Alexy, este trabalha com a seguinte tese:

[...] Entre os princípios e as regras não impera tão-somente uma distinção de grau, mas de qualidade também (critério gradualista-qualitativo). Como as regras contém estipulações no espaço fático e jurídico do possível, isto significa que existe, entre regras e princípios, distinção qualitativa e que toda norma é regra ou princípio.<sup>20</sup>

Ao dissertar acerca da temática referente ao conflito de princípios, considerando-se o alto grau de generalidade relativa Alexy afirma:

Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto. A colisão ocorre, por exemplo, se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.<sup>21</sup>

Bonavides, por sua vez, procede a uma análise sobre o entendimento de Alexy asseverando que: "*Com isso, se quer dizer, segundo Alexy, que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera*".<sup>22</sup>

Além do constitucionalista Paulo Bonavides<sup>23</sup> aduzindo acerca da importância dos princípios como componentes da fase Pós-Positivista, e ainda citando o jurista Quadri em

<sup>17</sup> Expressão trazida a lume por Paulo Bonavides em seu "Curso de Direito Constitucional".

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 249.

<sup>19</sup> Apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 250.

<sup>20</sup> Apud BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 250.

<sup>21</sup> Apud BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 251.

<sup>22</sup> Apud BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 251.

sua obra *Curso de Direito Constitucional*, vale trazer à baila os pensamentos de Peczenik e Agustín Gordillo<sup>24</sup>.

O jurista Eduardo Garcia de Enterría também fornece sua contribuição afirmando sobre dos princípios: *“Os princípios estão conduzindo o pensamento jurídico ocidental a uma concepção substancialista e não formal do Direito, deslocando-se ele de uma metafísica da justiça para uma axiomática da matéria legal”*.<sup>25</sup>

No entendimento de Gordillo Canas, os princípios se apresentam, nesta terceira fase, como fontes materiais de Direito, embora padeçam de autonomia formal, acrescidos de uma significativa especialidade normativa. Neste sentido, tem-se:

Os princípios, como fonte material de Direito, carecem de autonomia formal, mas isso não implica que, por essa mesma razão, hajam de perder sua substantividade e especialidade normativa. Incorporados à Constituição, adquirem nela o mais alto grau normativo a serviço de sua função informadora no ordenamento, mas nem por isso ficam convertidos em lei formal, do mesmo modo que a versão escrita do costume não o priva de seu peculiar caráter de norma consuetudinária. [...]. O princípio, pelo contrário [das regras], expressa a imediata e não desenvolvida derivação normativa dos valores jurídicos: seu pressuposto é sumamente geral e seu conteúdo normativo é tão evidente em sua justificação como inconcreto em sua aplicação. É aqui que o princípio, ainda quando legalmente formulado, continua sendo princípio, necessitando por isso de desenvolvimento legal e de determinação casuística em sua aplicação judicial.<sup>26</sup>

Seguindo nesta linha doutrinária, o Professor Claus-Wilhelm Canaris externa seu posicionamento através do texto de Humberto Ávila:

Para Canaris, os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para sua concretização. Em segundo lugar, os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu

<sup>23</sup> O aludido autor, ainda asseverando sobre o sistema principiológico à luz do Pós-Positivismo, tece a seguinte consideração: "Os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. E graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa". Nesta esteira, fazendo menção aos juristas Quadri, citado por Pergolesi em sua obra, Bonavides ainda assevera: "Estabelecendo originalíssima distinção entre normas primárias, que são os princípios, e normas secundárias, que são aquelas baseadas nos 'princípios', nos costumes e nas convenções, Quadri, citado por Pergolesi, denomina princípios 'as normas que são expressão imediata da vontade do corpo social'. Para Quadri, 'o princípio, sendo uma norma primária, se acha em direta relação com a autoridade que está na base do sistema' *Apud* BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 247/259.

<sup>24</sup> De acordo com o entendimento de Peczenik, "os princípios são proposições normativas e não declarações descritivas"; e, segundo Agustín Gordillo, "O princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizem o seu mesmo espírito" *Apud* BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 259.

<sup>25</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 257.

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 262.

conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação.<sup>27</sup>

Ademais, é de extrema valia trazer a lume algumas considerações de outros consagrados doutrinadores constitucionalistas contemporâneos acerca da juridicidade dos princípios, enquanto pertencentes à chamada fase do "Pós-Positivismo". E, nesse sentido, tem-se o posicionamento de Jorge Miranda, renomado constitucionalista português:

Segundo Jorge Miranda uma das principais características dos princípios constitucionais é a sua natureza [...]. Assim, poder-se-iam classificar os princípios constitucionais, segundo o magistério de Jorge Miranda, em 'princípios constitucionais substantivos\* - princípios válidos em si mesmos e que espelham os valores básicos a que adere a Constituição material; e, de outra parte, 'princípios constitucionais adjectivos ou instrumentais - princípios, sobretudo de alcance técnico, complementares dos primeiros e que enquadram as disposições articuladas em seu conjunto.

O jurista Jean-Louis Bergel, nos dizeres de André Ramos Tavares, distingue duas grandes categorias de princípios gerais de Direito, que se subdividem em "Princípios de Filosofia Política" e "Princípios de Técnica Jurídica". Dessa forma, tem-se a seguinte explanação:

Bergel distingue duas grandes categorias de princípios gerais de Direito, a saber: princípios vinculados à filosofia política e princípios limitados a enunciar regras de técnica jurídica. Segundo o autor, princípios de filosofia política 'seriam então os que se referem à tradição liberal (princípios de igualdade e liberdade individuais e coletivas), à lógica das instituições e da vida social e aos Direitos sociais fundamentais'. Por sua vez, princípios de técnica jurídica 'seriam os que regem a ação administrativa e a atividade das jurisdições. Esta distinção parece transponível ao conjunto de direito positivo: os princípios da autonomia da vontade, da indisponibilidade do Estado ou ainda da propriedade individual etc. seriam princípios de filosofia política, ao passo que o princípio da derrogação dos textos gerais e o do contraditório pelos textos especiais seriam apenas princípios de técnica jurídica.<sup>28</sup>

Neste esboço, vale ainda trazer a lume o entendimento do também constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, acerca do enquadramento dos princípios dentro de um ordenamento jurídico, a saber:

J.J.GomesCanotilho traça a tipologia dos princípios dentro do quadro do Direito Constitucional, distinguindo princípios jurídicos fundamentais,

<sup>27</sup> ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 36.

<sup>28</sup> LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 41.

princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia.<sup>29</sup>

Assim, a ideia dos chamados "Princípios jurídicos Fundamentais", na lição de Canotilho, não é outra senão a de que se portam tais princípios como fundamentos altamente relevantes para a interpretação, integração e aplicação do próprio Direito Positivo, tal como ele se apresenta.

Já os chamados "Princípios Políticos Constitucionalmente Conformadores", são aqueles que exteriorizam toda a valoração política fundamental do legislador constituinte, considerando-se o plano constitucional.

Os denominados "Princípios Constitucionais Impositivos", são aqueles que ditam, principalmente aos órgãos legislativos de um Estado, a realização de fins e a execução de tarefas.

Por fim, quanto aos "Princípios-garantia", a seu turno, visam instituir garantias aos cidadãos, de forma direta ou indireta. O doutrinador André Ramos Tavares exemplifica tais princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: *"Refiram-se, a título de exemplo, o princípio de nullum crimen sine lege denullapoenasine lege, o princípio do juiz natural, os princípios denom bis in idem e in dubio pro reo."*<sup>30</sup>

Após proferir uma análise técnica acerca do novo matiz jurídico-principiológico que saltam aos olhos de todos na contemporaneidade, conclui Tavares com a interessante consideração:

O grande desafio do Direito contemporâneo não é o de oferecer previsão normativa para as demandas sociais, mas sim o de oferecer uma das diversas soluções encontráveis no sistema, particularmente nas Constituições, como sendo a mais adequada - o que envolve problemas de racionalização dos princípios existentes e justificação da escolha realizada.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> LEITE, George Salomão (org ).Op. Cit., p. 40.

<sup>30</sup> LEITE, George Salomão (org ). **Dos Princípios Constitucionais:considerações em torno das normas principiológicas da Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2003. p. 41.

<sup>31</sup> LEITE, George Salomão (org ).Op. Cit., p. 48. É importante trazer à baila, ainda em relação à temática da evolução da juridicidade dos princípios, a lição de George Salomão Leite e Glauco Salomão Leite sobre as fases Jusnaturalista, Positivista e Pós-Positivista, a saber: *"Como é sabido, os seguidores do Jusnaturalismo condicionam a legitimidade da ordem jurídica elaborada pelo Estado a uma outra ordem superior e transcendental. Crêem que acima das leis humanas está o Direito natural, para lhes conferir suporte axiológico voltado para o valor justiça. Assim, o Direito posto por uma certa autoridade requer adequação aos postulados desse Direito Superior [...] Para o Positivismo Legalista os princípios estão insertos no ordenamento jurídico positivo, fazendo parte dele. Não há mais que se falar em princípios supralegais, existindo uma verdadeira primazia da lei na solução dos conflitos [...] Então, com o Pós-Positivismo, quando se afirma que determinadas normas encerram princípios - e com mais razão princípios constitucionais -, pretende-se sedimentar a idéia de que eles não são meros dizeres imbuídos de valores coletivos a serem perseguidos ou não pelos seus destinatários, a seu talante e conforme suas conveniências, Não são simples recomendações utilizáveis na ocasião de insuficiência regulatória de diplomas legais"* LEITE, George Salomão (Org.).Op. cit, p. 139-142. O

Enfim, este é, pois, o quadro da juridicidade principiológica apresentado à contemporaneidade sob a égide da fase Pós-Positivista.

Interessante observar como o enfoque e a importância conferida aos princípios foram sendo moldados ao longo dos séculos, saltando de simples descrições, de normatividade zero ou altamente duvidosa, para verdadeiras proposições normativas, enleadas de real conteúdo jurídico e dignas de sucessivas aplicações, quando da incidência destas nas demandas apresentadas aos aplicadores do Direito.

Neste diapasão, depois de realizada importante análise acerca da real juridicidade adquirida pelos princípios em termos evolutivos, bem como a verificação do atual estágio da força normativa dos princípios dentro de qualquer ordenamento jurídico, faz-se necessário o estabelecimento de uma conceituação desse fenômeno em uma perspectiva também doutrinária. Para tanto, proceder-se-á a tal intento no tópico seguinte.

## 1.2 CONCEITO DE PRINCÍPIO

Em primeiro lugar, no que tange à questão da conceituação de "princípio", na qualidade de detentor do grau máximo de normatividade dentro de um ordenamento jurídico, é válido que se considere variadas definições de consagrados doutrinadores para que, ao final, tenham-se condições de se auferir acerca de sua inenarrável importância no bojo de qualquer sistema jurídico. Tal é, pois, o objetivo do presente capítulo.

Desta feita, a proposta lançada é trazer a lume diversas definições da doutrina nacional e estrangeira, a fim de que se proceda à verificação.

Como voz maior do movimento Pós-Positivista, Ronald Dworkin trouxe decisiva e inenarrável contribuição acerca da temática relativa à principiologia jurídica. O jurista Humberto Ávila assim expõe em seu magistério:

---

constitucionalista BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 265, complementa os dizeres dos supracitados autores nos seguintes termos: "*Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima, de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios. Fazem eles [os princípios], a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de normas das normas, de fontes das fontes*".

Foi na tradição anglo-saxônica que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição. A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo(*general attack on Positivism*). [...] Os princípios, ao contrário [das regras], não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.<sup>32</sup>

Neste esboço, Humberto Ávila prossegue seu raciocínio asseverando sobre o conceito de princípio proposto por Robert Alexy, partindo este das considerações aduzidas por Dworkin, e dando prosseguimento à base do pensamento jurídico-principiológico contemporâneo. Nestes termos, tem-se:

Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.<sup>33</sup>

O jurista brasileiro arremata sua lição, exteriorizando seu entendimento da seguinte forma:

[...] Daí a definição de princípios como deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios dependem dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.<sup>34</sup>

Dessa forma, observa-se no pensamento desses dois doutrinadores (Dworkin e Alexy), símbolos da fase Pós-Positivista, uma forte inclinação para a solidificação do caráter normativo dos princípios, embora a doutrina aponte algumas objeções ao conceito de princípio trabalhado por Alexy.

Seguindo nesta linha, após verificadas as definições de princípio externadas por Dworkin e Alexy, é importante trazer a lume o conceito de princípio adotado pela Corte Constitucional Italiana, a saber:

Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir a conexão sistemática, da coordenação

<sup>32</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 36.

<sup>33</sup> ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p. 37.

<sup>34</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 38.



e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.<sup>35</sup>

Também Vezio Crisafulli, em 1952, que segundo Bonavides fora o primeiro teórico a tocar na questão da normatividade dos princípios, externa sua definição da seguinte maneira: “*Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem*”.<sup>36</sup>

O jurista italiano Ricardo Guastini, a seu turno, apresenta nada menos que seis distintos conceitos de princípios<sup>37</sup> em sua obra, estabelecendo verdadeiras variantes do conceito de princípio, as quais valem ressaltar:

- 1º O vocábulo 'princípio' se refere a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade;
- 2º Normas (ou disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos;
- 3º Normas (ou disposições normativas) de caráter 'programático' ;
- 4º Normas (ou disposições que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada;
- 5º Normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função 'importante e fundamental' no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações etc...);
- 6º Normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos;

Neste sentido, tem-se ainda o pronunciamento do jurista Trabucchi, que leciona acerca da tríplice dimensão existente no âmbito da principiologia jurídica na fase Pós-Positivista, quais sejam:

Segundo Trabucchi, 'servindo os princípios de critérios inderrogáveis ou diretrizes para a interpretação e a aplicação das normas', eles assumem, com toda a legitimidade, a 'tríplice dimensão fundamentadora, interpretativa e supletória em relação às demais fontes'.<sup>38</sup>

Assim, após verificado o primordial tratamento dispensado à toda principiologia jurídica por parte da doutrina estrangeira, mister se faz o desenvolvimento de um satisfatório estudo quanto à conceituação de princípios na doutrina nacional.

<sup>35</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 230.

<sup>36</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 230/244. Segundo o constitucionalista Paulo Bonavides, para Crisafulli, "os princípios (gerais) estão para as normas particulares como o mais está para o menos, como o que é anterior e antecedente está para o posterior e o conseqüente".

<sup>37</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 230/231.

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 255.

Para tanto, convém iniciar o aludido intento com a definição de princípios trabalhada pelo autor Humberto Ávila. Nesse sentido, tem-se:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>39</sup>

A seu turno, a doutrinadora Flávia Piovesan, citando o constitucionalista José Afonso da Silva, assevera que os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são (como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, 'os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.

Nesta monta, não se pode olvidar a relevante contribuição teórica trazida à comunidade jurídica por intermédio da doutrina brasileira tradicional em se tratando da temática ora prestigiada.

Assim, faz-se necessário trazer a lume o ensinamento de Sampaio Dória acerca dos princípios, a saber:

De modo que, genericamente, princípios se entendem por normas geraes e fundamentaes que inferem leis. E, em direito constitucional, princípios são as bases organicas do Estado, aquellas generalidades do direito publico, que como naus da civilização, devem sobrenadar às tempestades políticas, e às paixões dos homens. Os princípios constitucionaes da União brasileira são aquelles cânones, sem os quaes não existiria esta União tal qual é nas suas características essenciaes.<sup>40</sup>

Seguindo nesta linha teórica, enfatizando o grau de abstração dos princípios, acha-se o posicionamento de Celso Ribeiro Bastos, que exterioriza o entendimento segundo o qual os princípios não podem ser diretamente aplicados em uma casuística justamente em razão do elevado nível de abstração contido nestes. Dessa forma, tem-se:

Os princípios gerais de Direito encontram-se na Constituição, bem como servem de fundamento às demais áreas de nosso ordenamento jurídico. Estão presentes, portanto, em todo o sistema, como seu fundamento último de

<sup>39</sup> ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>40</sup> DÓRIA, A. de Sampaio. **Princípios Constitucionais**. São Paulo: São Paulo Editora, 1926, p. 17. Saliente-se que a grafia do trecho citado foi fielmente mantida à maneira como se escreviam as palavras na época do lançamento da obra do supramencionado jurista.

legitimidade. [...] Os princípios são de maior nível de abstração que as meras regras, e, nestas condições, não podem ser diretamente aplicados. Mas, no que eles perdem em termos de concreção, ganham no sentido de abrangência, na medida em que, em razão daquela força irradiante, permeiam todo o Texto Constitucional, emprestando-lhe significação única, traçando os rumos, os vetores, em função dos quais as demais normas devem ser entendidas.<sup>41</sup>

Também o doutrinador Luís Afonso Heck, ao dissertar acerca da distinção existente entre princípios e regras, bem como sobre a questão do maior grau de generalidade previsto nos princípios, exterioriza o seguinte parecer:

Tanto regras como princípios podem ser compreendidos como normas. Se isso sucede, então se trata de uma distinção no interior da classe de normas. Os critérios de distinção oferecidos são de tipo numeroso e múltiplo. O mais freqüente mencionado é o da generalidade. Segundo isso, princípios são normas de um grau de generalidade relativamente alto, e regras são normas de um grau de generalidade relativamente baixo.<sup>42</sup>

Ainda sobre o conteúdo principiológico, vale explicitar os comentários de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: “*Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir*”.

O autor André Ramos Tavares, neste diapasão, profere interessante análise no que tange à legitimidade dos princípios no bojo de um texto constitucional, dando este ao ordenamento jurídico, uma verdadeira completude em termos de sistema normativo, uma vez verificada a presença dos princípios. Dessa forma: “*A completude de um sistema normativo é, hoje, em boa medida, sustentável tendo em vista a verificação de que há inúmeros princípios cristalizados nos textos constitucionais*”.<sup>43</sup>

Neste ponto, verificadas as diversas definições elencadas tanto pela doutrina estrangeira quanto pela nacional, necessário destacar a relevante análise proferida pelo doutrinador Eros Roberto Grau, consistente no enfoque dado aos princípios enquanto integrantes de um **direito pressuposto**, bem como de um **direito posto**.

Desta feita, expõe o aludido autor nos seguintes termos:

Tenho sustentado que o Direito, enquanto nível do todo social - dado que consubstancia um discurso ou uma linguagem dele - é elemento constitutivo do modo de produção social. [...] O Estado põe o direito - direito que dele

<sup>41</sup> LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 34.

<sup>42</sup> *Apud* LEITE, George Salomão (Org.). Op. Cit., p. 55.

<sup>43</sup> LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 48.

emana - que até então era uma relação jurídica interior à sociedade civil. Mas essa relação jurídica que preexistia, como direito pressuposto, quando o Estado põe a lei, torna-se direito posto (direito positivo). Assim, o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram [...] O direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto, mas este modifica o direito pressuposto.<sup>44</sup>

E complementa seu raciocínio com o desenvolvimento dos seguintes argumentos, asaber:

Importa observarmos, pois, que os princípios de direito que descobrimos no interior do ordenamento jurídico são princípios deste ordenamento jurídico, deste direito. Os princípios em estado de latência existentes sob cada ordenamento - isto é, sob cada direito posto - repousam no direito pressuposto que a ele corresponda. Neste direito pressuposto, os encontramos ou não os encontramos; de lá resgatamos, se neles preexistirem. [...] O que ora importa neste passo enfatizarmos é que o direito pressuposto é a sede dos princípios.<sup>45</sup>

Eros Roberto Grau, em síntese, conclui seu pensamento com a seguinte assertiva, considerando-se o raciocínio desenvolvido por ele: *“Os princípios gerais de Direito são, assim, efetivamente descobertos no interior de determinado ordenamento. E o são - repito-o - justamente porque neste mesmo ordenamento (isto é; no interior dele) já se encontravam, em estado de latência”*.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 2003, p. 137. O supracitado jurista presenteia seus leitores trazendo, em sua obra, o entendimento do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do que seja Princípio, a saber: *"Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...]. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos"* GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 148. Vale salientar também, o entendimento de renomados doutrinadores da seara juslaboral, a exemplo de Maurício Godinho Delgado e Alice Monteiro de Barros, ambos Juizes do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região (Minas Gerais), acerca da conceituação dos princípios jurídicos em seus respectivos manuais de Direito do Trabalho, a saber: de acordo com o primeiro autor, *"[...] Assim, princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade"*. Em consonância com a vertente doutrinária adotada pela segunda autora supracitada, os princípios gerais de Direito são *"normas fundamentais ou generalíssimas do sistema jurídico"*.

<sup>45</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 139-140.

<sup>46</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. Op. Cit., p. 145. O autor ora prestigiado traz a lume o entendimento de Genaro Carrió (p. 131) e Luís Díez-Picazo, este último em nota de rodapé (p. 145), a saber: *"Genaro Carrió [1990:209-212] indica 7 focos de significação assumidos pelo vocábulo "princípio", a partir deles enunciando nada mais nada menos do que 11 significações atribuíveis à expressão princípio jurídico". No que respeita a Díez-Picazo: "Luís Díez-Picazo [1983:205-206] observa que a tradição de um país ou a ideologia nele dominante podem dar origem a princípios que em rigor nada têm a ver com o direito natural, qualquer que seja a forma sob a qual seja este entendido"*.

Ademais, o supramencionado jurista assevera em um dos tópicos de sua obra destinados à discussão acerca da principiologia jurídica, que a doutrina, pacificamente, tem admitido o posicionamento dos princípios como sendo normas jurídicas.

Neste diapasão, alerta o sobredito autor para a existência de duas categorias de princípios, quais sejam, os positivados pelo **direito posto** e os existentes no âmago do chamado **direito pressuposto**. Desta feita, tem-se:

Tem a doutrina, de modo pacificado, reconhecido, nos princípios gerais de direito, caráter normativo e 'positivação'. [...] Cumpre distinguirmos, de todo modo, os princípios positivados pelo direito posto (direito positivo) (= princípios explícitos) e aqueles que, embora nele não expressamente anunciados, existem, em estado de latência, sob o ordenamento positivo, no direito pressuposto. Ambos constituem norma jurídica.<sup>47</sup>

Enfim, no que respeita a esta questão especificamente, o teórico ainda aduz, de forma clarividente, em linhas gerais, que o afastamento de um princípio implica, até mesmo, perda de efetividade da regra que lhe dá concreção, vez que se posiciona do seguinte modo: “[...] *Aquelas regras que dão concreção ao princípio desprezado, embora permaneçam plenas de validade, perdem eficácia - isto é, efetividade - em relação à situação diante da qual o conflito entre princípios manifestou-se*”.<sup>48</sup>

E de extrema valia salientar, ainda em torno desta temática, da mesma forma, a questão da **eficácia jurídica dos princípios**, considerando-se que estes, conforme amplamente demonstrado ao longo do presente capítulo, possuem, com o aval da melhor doutrina, a chamada "força normativa".

Assim, a doutrinadora Ana Paula de Barcellos conceitua, de forma ampla, a eficácia jurídica, a saber: “*Eficácia jurídica é um atributo associado às normas e consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada uma delas [modalidades de eficácia jurídica]*”.<sup>49</sup>

Para tanto, em consonância com a sobredita autora, existem nada menos que oito modalidades de eficácia jurídica atribuídas aos princípios, dispostas em um rol não exaustivo, frise-se, visando à satisfatória realização dos mandamentos principiológicos.

<sup>47</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 150-152.

<sup>48</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 186.

<sup>49</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 59.

São modalidades de eficácia jurídica, dentre outras: a) Simétrica ou positiva; b) Nulidade; c) Ineficácia; d) Anulabilidade; e) Negativa; f) Vedativa do retrocesso; g) Penalidade; h) Interpretativa;<sup>50</sup>

Pela modalidade Simétrica, é lícito afirmar que esta pretende observar, em linhas gerais, o que é possível de se exigir em termos judiciais e o que pretendido, em termos de efeitos, pela própria norma. Assim, tem-se: “A expressão ‘simétrica’ pretende identificar a situação de identidade, simetria, entre o conteúdo da eficácia jurídica - isto é: aquilo que se pode exigir judicialmente - e os efeitos pretendidos pela norma”.<sup>51</sup>

No que respeita às modalidades da nulidade, anulabilidade, negativa e vedativa do retrocesso (esta última vocacionada aos princípios relacionados aos direitos fundamentais) vale asseverar, em um primeiro instante, que estas operam no âmbito da validade das normas. Assim, considerando-se os três planos de análise de todo e qualquer ato jurídico (existência, validade e eficácia), pode-se dizer esta ataca ou repercute naturalmente no plano da eficácia do ato. Dessa forma: “A modalidade de eficácia jurídica que possibilita exigir a declaração de nulidade do ato que viola a norma impede-o, como consequência e em regra, de produzir efeitos válidos, de modo que a norma e seu propósito permanecem preservados”.<sup>52</sup> Quanto à modalidade referente à ineficácia, esta tem o condão de produzir os efeitos da norma originalmente considerada, é dizer, por esta espécie de modalidade, tem-se o total desprezo de atos praticados em desconformidade com uma determinada norma jurídica, como por exemplo, a alienação de bens pelo falido após a falência e a prática de fraude à execução.<sup>53</sup>

No que tange à modalidade consistente na penalidade, tem-se que esta comunga a idéia de influenciar, positivamente falando, a vontade do sujeito, de *per si*, visando o cumprimento do comando normativo.

Do contrário, o destinatário estará sujeito às consequências negativas advindas de seus atos. Tal como o Direito Penal, esta modalidade é utilizada também como *ultimaratio* ou seja, quando não se tiver a possibilidade de aplicação de nenhuma outra modalidade de eficácia juridicamente permitida. Assim, tem-se o entendimento de Ana Paula de Barcellos:

A forma mais primitiva de eficácia jurídica é a aplicação de uma penalidade ao agente que viola o comando normativo. [...] Sua missão é influenciar a

<sup>50</sup> O rol acima mencionado encontra-se na obra de BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 61-76.

<sup>51</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit., p. 61.

<sup>52</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit., p. 63.

<sup>53</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 64.

vontade do indivíduo responsável pelo cumprimento da norma para que, diante da ameaça ou da própria pena (prevenção geral ou especial, respectivamente), ele se motive a obedecê-la.<sup>54</sup>

Por fim, entre as modalidades supramencionadas, encontra-se a chamada interpretativa. Aqui, tem-se, prioritariamente, o respeito às regras de interpretação, por parte dos aplicadores do Direito. Neste sentido:

A eficácia interpretativa significa, muito singelamente, que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam inteipretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas. Isso acontece, e.g , entre leis e seus regulamentos e entre as normas constitucionais e a ordem infraconstitucional como um todo.<sup>55</sup>

Logicamente, de acordo com o disposto alhures, existem outras modalidades de eficácia jurídica destinadas aos princípios, mas, neste momento, as supra referidas se mostram satisfatórias ao particular intento deste capítulo propedêutico.

Neste esboço, mostra-se de fácil constatação, que a teoria dos princípios evoluiu no sentido de lhes conferir uma normatividade máxima, enquanto componentes tanto do chamado direito pressuposto, quanto do direito posto ou positivo.

Variadas definições externadas pela doutrina alienígena, bem como pelos estudiosos brasileiros, indicam que os princípios, na fase Pós-Positivista, além de possuírem inenarrável relevância jurídica no bojo de um ordenamento, evidenciam-se como verdadeiros mandamentos fundamentadores e diretivos, responsáveis por funções múltiplas em um sistema normativo.

Mesmo que um determinado princípio não se ache insculpido, explicitamente, no interior da *Lex Mater* sustentando o *status* de norma constitucional, ainda sim ser-lhe-á imprimida uma observação significativamente mais generosa, por força de sua própria natureza de norma principiológica, frise-se, estando este tanto no **direito posto** ou positivo, quanto no **direito pressuposto**.

Patente, vale aduzir, a vinculação de todo ordenamento jurídico aos princípios, vez que aquele deve obediência, mesmo que com ressalvas, aos ditames destes, dada sua essência orientadora e preponderantemente integradora, em se tratando de um complexo de normas jurídicas.

Assim, tem-se que, de acordo com o peso de cada mandamento, o aplicador deverá estabelecer a incidência deste ou daquele em uma dada casuística, não significando, todavia, que aquele que for observado em um "segundo plano" deverá ser desprezado.

<sup>54</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit., 2002.

<sup>55</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit., p. 74/75.

Ao contrário, toda a principiologia envolvida em uma situação que demandar especial atenção da ciência jurídica deverá ser considerada, vez que os princípios não se excluem, é dizer, coexistem na medida do aferimento axiológico dispensado pelo aplicador responsável.

Ademais, faz-se necessário salientar que os princípios são tão importantes em uma ordem jurídica, qualquer que seja ela, que possuem, inclusive, à sua disposição, até mesmo um sistema de realização da eficácia jurídica de seus conteúdos.

Neste cenário, ousamos lançar para o amigo leitor, de forma despretensiosa, o nosso tímido conceito, isto é, a nossa idéia do que possa ser considerado um princípio jurídico, após todo o estudo realizado, nos seguintes termos: trata-se de uma norma estruturada de forma basilar no bojo de um sistema jurídico, enleada por um conteúdo ético-axiológico e responsável pela fundamentação, orientação e, principalmente, oxigenação de todo e qualquer regramento.

A existência dessa engenharia posta pelo próprio ordenamento jurídico, apresenta a toda sociedade um sistema destinado à plena harmonia e coerência, no qual se verifica uma completa estrutura basilar para a construção de regras, estudos doutrinários e entendimentos jurisprudenciais.

Por fim, é neste contexto que se estabelece o Princípio da Participação Popular no âmbito do Processo Administrativo, enquanto possuidor de todas as características e peculiaridades trabalhadas no presente capítulo.

Sua incidência no ordenamento jurídico nacional, bem como sua indubitável importância para este será, pois, objeto de análise e estudo dos capítulos seguintes.



## **2 A PARTICIPAÇÃO POPULAR E OS INSTITUTOS DE PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA PRESENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

### **2.1 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E PARTICIPAÇÃO POPULAR**

No capítulo anterior, o foco de análise foi delimitado ao estudo da evolução da normatividade dos princípios, compreendendo as fases Jusnaturalista, Positivista e Pós-Positivista.

Neste esboço, uma vez constatada a existência de elevada carga normativa no bojo das normas jurídicas principiológicas, procuraremos demonstrar ao amigo leitor a importância assumida pelo Princípio da Participação Popular no atual paradigma democrático, bem como na nova concepção que permeia a Administração Pública na titularidade do exercício da função administrativa.

Assim, verifica-se, na atualidade, uma real tendência de deslocamento do modelo denominado "Democracia Representativa" pelo modelo consubstanciado nos ditames da chamada "Democracia Participativa". Pode-se afirmar, na verdade, que a aludida democracia participativa além de acompanhar, muitas vezes está até mesmo substituindo os institutos presentes na alçada da democracia representativa.

Isto porque a proposta introduzida por este novo modelo democrático-participativo vem ao encontro de uma idéia que prestigia a noção de controle dos cidadãos sobre a atuação estatal, privilegiando a voz de toda uma população somada aos vigentes princípios, de aplicabilidade imediata, da Carta de 1988. É com este enfoque, pois, que se dá o nascimento da democracia participativa.

Seguindo nesta linha, o que tem sido observado e reiterado inúmeras vezes, a guisa de conclusão, pelos estudiosos do tema ora trazido à tona não é outra coisa senão a verificação de que a democracia participativa porta-se, indubitavelmente, como a responsável por incontestes benefícios e inenarráveis resultados positivos; cujo destinatário final tem sido o próprio administrado, e porque não dizer, a coletividade em sua inteireza.

Neste sentido, tem-se uma visível abertura do Estado para a incidência da participação dos administrados em proporção muito maior do que a experimentada no modelo cultuado pela democracia representativa.

Com isso, na prática, tal realidade fática leva todos a vivenciar uma verdadeira modificação do modo de atuação de cada poder estatal, bem como uma alteração, por via de

consequência, do relacionamento entre Estado e sociedade, assim reciprocamente considerados.

Neste diapasão, tem-se o valoroso ensinamento do autor Marcos Augusto Perez:

O que se pode afirmar, no entanto, é que nunca, como hoje, a participação popular foi colocada em tão grande relevo na ordem dos pré-requisitos para a efetiva realização da democracia.

Quando assim nos expressamos, fazemos referência a uma participação ativa do cidadão, participação entendida como 'tomar parte pessoalmente', como vontade ativa, predeterminada, consciente ou, porque não dizer, cívica.<sup>56</sup>

É importante ressaltar, portanto, que a ideia central da inserção e aplicação do Princípio da Participação Popular no sistema jurídico como um todo é fundamentar e realizar a própria democracia.

Ao nosso sentir, tudo isso deságua em uma inevitável conclusão, não há como falar em nome de categorias, grupos ou classes, de maiorias ou minorias, sem que cada administrador público tenha condições de vivenciar e saber, de forma satisfatória, todos os anseios e desejos (ou pelo menos a grande maioria deles) das populações a que se encontrem diretamente vinculados.

A solução imediata é, pois, escutá-los através de mecanismos dados pelo próprio ordenamento jurídico. E é justamente nesse ponto que se consolida a idéia de participação popular, fundamentada na democracia participativa e materializada no Princípio da Participação Popular.

O aludido princípio, enquanto detentor de todas as peculiaridades existentes em uma norma jurídica principiológica, conforme trabalhado no capítulo anterior, apresenta-se como um dos instrumentos jurídicos mais sérios e fidedignos já existentes que visam legitimar, dentro do ordenamento, a realização de oitivas dos administrados.

Dessa forma, ocorrerá uma viabilidade de transporte das vontades daqueles tanto para o mundo político, quanto para a esfera jurídica (que é o que nos interessa no estudo ora posto em pauta).

Assim, há a possibilidade de se estabelecer um paralelo perfeito entre a eficácia de qualquer processo administrativo, bem como a realização da própria função administrativa como um todo, e a predominância de resultados concretos trazidos a lume, de forma extremamente positiva e benéfica para os destinatários finais.

---

<sup>56</sup> PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 32/33.

Considerando-se, então, o atual estágio das relações entre entes estatais e a sociedade, é lícito afirmar que a participação popular, juridicamente consubstanciada no Princípio da Participação Popular, acostando-se na condição de norma principiológica e também na essência de seu conteúdo, torna-se uma válida e inovadora iniciativa que culminana regeneração do tecido social através do Direito.

É nesse sentido que Perez chama a atenção para o novo enfoque da democracia atual, que é a realização do denominado *status activae civitatis*. Senão, vejamos:

Também é necessário constatar e afirmar que a democracia, em seu grau de desenvolvimento mais atual, está preocupada com a realização do chamado *status activae civitatis*, ou seja, a democracia hodierna tem como finalidade a plena realização dos direitos políticos de interferência das pessoas na própria atividade do Estado, na formação de sua vontade.<sup>57</sup>

Destarte, observam-se em pleno funcionamento no ordenamento jurídico brasileiro os instrumentos de participação em todas as funções estatais, assim compreendidos: no Poder Legislativo, Referendo, Plebiscito, Iniciativa Popular de leis, Fiscalização dos cidadãos no Executivo etc.; no Poder Judiciário, Ação Popular, Mandado de segurança Coletivo, Ação Civil Pública etc.; no Poder Executivo, administrados no exercício de funções decisórias, consultivas ou de controle.

No entanto, faz-se necessário elucidar ao amigo leitor que nos limitaremos a trazer à baila apenas e tão somente os institutos mais importantes e de viabilidade prática concernentes ao Poder Executivo, que é quem, preponderantemente, titulariza a função administrativa em detrimento dos demais.

Em atenção ao tema ora percorrido, o constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, citado na obra de Perez, traz a lume seu entendimento da seguinte forma:

[...] A democracia é um princípio normativo não somente informador do Estado, mas também, o que nos interessa primordialmente, um princípio de organização que implica a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir 'inputs' políticos 'j' democráticos.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 35. É interessante notar que o mencionado autor, em nota de rodapé, faz referência a dois renomados teóricos que compartilham esta mesma visão, quais sejam: o Jurista português Jorge Miranda, em seu Manual de Direito Constitucional, e o jurista alemão Jiiigen Habermas, em sua obra Direito e Democracia - entre facticidade e validade.

<sup>58</sup> *Apud* PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 36.

Vale asseverar, portanto, que a democracia participativa, ao se portar como elemento responsável pela integração entre administrados e agentes públicos presentes na estrutura hierárquica da Administração, transforma-se, na verdade, em "Democracia de Funcionamento", conforme posicionamento da doutrinadora Odete Medauar.<sup>59</sup>

Na doutrina de Bobbio<sup>60</sup>, este jurista italiano afirma que a idéia de participação no âmbito da Administração Pública nada mais é do que o fruto da evolução dos avanços sociais dos ideais democráticos.

Para o supracitado doutrinador essa mencionada evolução vai além das relações entre cidadão-Estado, atingindo da mesma forma as relações entre Administração-administrado, pais-filhos, empresário-trabalhadores, médico-doente e empresas-consumidores.

É extremamente interessante notar que, do ponto de vista jurídico, os valores "democracia" e "participação" estão dispostos como genuínos Princípios Constitucionais Publicistas na vigente Constituição Federal. Embora este último não se mostre explicitamente, verifica-se no texto da *LexMater* um reconhecimento implícito em diversas ocasiões.

Vale aduzir que toda essa mudança de conceitos, ideais e paradigmas, ainda em construção, surge como uma resposta à gritante ineficiência dos mecanismos tradicionais de atuação da Administração Pública. Como exemplo, pode-se citar a edição de atos unilaterais imperativos por parte do Poder Público, bem como a variabilidade de decisões isoladas enleadas por um desnecessário tecnicismo.

Este quadro a todos apresentado nos dias atuais, reflete nada menos que a necessidade de parcial superação do modelo Weberiano<sup>61</sup> de Administração Pública, pautado tão somente no atendimento das necessidades do Estado Liberal.

Destarte, o que realmente deve ser buscado não é outra coisa senão a efetivação prática do chamado "Estado de Bem-Estar". Todavia, para que tal intento seja coroado de êxito, mostra-se patente a necessidade de atuação da Administração Pública como verdadeira, "mediadora" de todos os poderes ativos no tecido social.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 25. Vale dizer que renomados doutrinadores confirmam a idéia de participação popular na Administração Pública, a exemplo de Celso Fernandes Campilongo, Ernst Forsthoef, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Noiberto Bobbio, dentre outros.

<sup>60</sup> PEREZ, Marcos Augusto. Op. cit, p. 37.

<sup>61</sup> PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 48.

<sup>62</sup> De acordo com o autor Marcos Augusto Perez, tal prática impulsiona a atuação da sociedade sobre ela mesma, o que, ao nosso sentir, consiste em uma iniciativa de inenarrável valor.

Assim, os administrados, ao aderirem a esse novo projeto, concretizando as idéias que permeiam o Estado de Bem-Estar, serão responsáveis, de forma direta, pela própria eficiência da atuação administrativa.

Logicamente, não estamos aqui defendendo a completa desconsideração do modelo tradicional seguido pela atuação dos poderes estatais. Até mesmo porque tal modelo se mostra necessário no dia-a-dia da Administração.

O que está sendo sugerido, que fique bastante clarividente tal proposta, é a harmônica e perfeita conjugação entre o que já existe e a incidência desses novos instrumentos para que qualquer administrado tenha condições de se inteirar das decisões administrativas, notadamente no âmbito de um processo administrativo, que é o nosso foco de estudo.

Neste diapasão, preleciona Marcos Augusto Perez: *"[...] a ordem e a sanção continuam presentes e necessárias. Acontece que, agora, esses antigos instrumentos convivem com os novos, baseados na incitação, na persuasão, na transparência e na participação"*.

Contudo, observa-se facilmente que o Estado de Direito não se limita mais à simples organização com base na legislação, havendo apenas a presença de um Direito positivado através de uma Constituição, Princípios Gerais de Direito, leis infraconstitucionais e regulamentos administrativos.

O novo Estado de Direito, constitucionalmente reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, engloba, além do Direito tal como ele se apresenta, a promoção da liberdade, a realização e efetivação dos direitos humanos e a existência de instrumentos que possibilitam a aproximação entre sociedade e Estado.

Dessa forma, a participação popular serve como uma espécie de complemento dos elementos do Estado de Direito, além de possuir a capacidade, conforme alhures mencionado, de estreitar os laços entre Estado e sociedade.

Segundo estudiosos do tema ora posto em voga, a participação popular, incrustada no modelo da democracia participativa, promove até mesmo uma maior legitimação do próprio Estado e do próprio Direito. Justamente porque se tem a possibilidade de um significativo controle da Administração Pública.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Ocasão em que a coletividade tem a oportunidade de fiscalizar, ativamente, todos os desvios e abusos apontados no âmbito da Administração Pública.

Neste esboço, o autor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em sua obra "Direito da Participação Política", ao discorrer sobre o início da chamada "crise de legitimidade", nos apresenta com os seguintes dizeres:

A crise de legitimidade surgiu, como a entendemos, no bojo de uma crise de gigantismo político. Enquanto a concentração de poder no Estado não atingia níveis dramáticos, ainda era possível ao indivíduo conviver com essa instituição sem grandes fricções éticas. Quando essa concentração extrapolou do político para o econômico e o social, por volta da Revolução Industrial, as sociedades sentiram que o Estado invadira sua casa, invadira sua vida privada e o questionamento ético tornou-se inevitável. Por outro lado, a representação política, que durante muito tempo havia atendido a um mínimo de legitimidade do poder - legitimidade quanto à origem -, sofria a erosão provocada pelo crescente distanciamento entre a sociedade e o Estado - legitimidade quanto à destinação e ao exercício do poder. Em consequência, a democracia, enquanto regime que se afirma na origem individual e inalienável do poder, também entrou em crise, à medida que se tornava meramente formal - o cumprimento de ritos eleitorais para sacramentar o acesso aos cargos de representação política - segundo a receita do constitucionalismo liberal clássico lockeano, cristalizada pelo positivismo jurídico, formalista e bidimensional. O problema da legitimidade (entendida como a compatibilidade do poder político instituído na sociedade com os valores e interesses nela prevalentes), como se pode verificar, ficou totalmente entrelaçado com o da democracia.<sup>64</sup>

Assim, é justamente por esse motivo, elucidado de forma brilhante pelo supramencionado doutrinador, que a idéia de participação popular, em conjunto com seus institutos, vem ganhando, cada vez mais espaço e adeptos no cenário juspublicista brasileiro.

A Administração Pública está, a cada sol que se renova, mais e mais permeada pela participação popular e envolta pelos ditames do paradigma da democracia participativa.

O conjunto de diversas ações, desta feita, é que possibilita todo o arcabouço de legitimidade de que o poder público necessita para desenvolver, da melhor forma possível, o exercício da função administrativa.

Isto porque uma das funções primordiais da participação é justamente garantir a legitimidade em todas as chamadas "fases do ciclo do poder", consoante a lição de Moreira Neto, "*cobrindo, portanto, as opções e a escolha de quem as faz*".<sup>65</sup>

<sup>64</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política: legislativa, administrativa, judicial**. Rio de Janeiro: Renovar. p. 06.

<sup>65</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política: legislativa, administrativa, judicial**. Rio de Janeiro: Renovar. p. 24. De acordo com este autor, ainda promovendo considerações acerca desta temática, "a legitimidade é o referencial ético-político do poder, assim como a licitude é o seu referencial ético-moral e a legalidade o seu referencial ético-jurídico. Para caracterizar a licitude, necessitamos conhecer os valores; para caracterizar a legalidade, necessitamos identificar as normas; mas para caracterizar a legitimidade devemos partir dos interesses dominantes num grupo social. Na base da legitimidade estão os desejos - o **que** a sociedade almeja do poder".

Por fim, ainda no que se refere a esta questão baseada no relacionamento entre Administração Pública, participação e legitimidade, vale trazer à baila o ensinamento do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto que, mais uma vez, contribui de forma significativa para o estudo ora em pauta. Senão, vejamos:

A sociedade reage espontaneamente aos atos dos governantes, aprovando-os ou desaprovando-os: é um juízo de legitimidade, de como estão eles utilizando os poderes que lhe foram confiados. O governante originariamente legítimo para um grupo (presunção) poderá permanecer legítimo no exercício do poder (aprovação), aumentar sua legitimidade, vê-la reduzida ou, até, transformada em ilegitimidade (desaprovação). Ao contrário, um governante originariamente ilegítimo para um grupo (presunção) poderá permanecer ilegítimo ou ganhar legitimidade corrente (aprovação), se o exercício do poder coincidir com os desejos do grupo.<sup>66</sup>

Neste sentido, formas ampliadas de manifestação do direito de petição do administrado, criação de Conselhos Consultivos ou Deliberativos, realização de audiências e consultas públicas, delegação de competências para organizações não-governamentais que colaboram com a administração Pública e o prestígio do Orçamento Participativo são apenas algumas, dentre várias outras ações, desenvolvidas com o fim maior de trazer a sociedade para junto do poder público, aumentando a legitimidade e a credibilidade de sua atuação.

Tais ações serão oportunamente trabalhadas no próximo tópico do presente capítulo.

Neste ponto, é necessário que se verifique a questão da evolução da própria Administração Pública, para que o amigo leitor tenha condições de possuir uma visão global sobre a temática ora esposada e, principalmente, entender como se deu a introdução e a gradativa implantação da idéia de participação popular no bojo do poder público.

Assim, estudiosos do tema referente à Participação Popular na Administração Pública<sup>67</sup> estabeleceram nada menos que três fases, compreendendo todo o processo evolutivo da Administração Pública, que se portam como as responsáveis pela realidade fática por todos experimentada nos dias atuais.

Neste sentido, destacam-se os seguintes momentos: a) Administração Pública do Estado Liberal de Direito; b) Administração Pública do Estado Social de Direito; c) Administração Pública do Estado Democrático de Direito;

Na chamada "Administração Pública do Estado Liberal de Direito", apesar de existir uma tendência ideológica de verdadeira separação entre Estado e sociedade, o que se

<sup>66</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 26.

<sup>67</sup> Como exemplo, pode-se citar a Professora da faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

vivenciou na prática não foi outra coisa senão o engrandecimento da Administração devido, dentre outros fatores, o aumento da seara de atuação, bem como o crescente acúmulo de atribuições inerentes ao poder público nessa época.

Vale salientar que tais acontecimentos, ainda nesta fase, foram responsáveis, em grande parte, pelo próprio desenvolvimento do Direito Administrativo. De acordo com o magistério da Professora Maria Sylvia, "*pode-se dizer que as principais noções desse ramo do direito, ainda hoje utilizadas, tomaram corpo definitivamente nesse período*".

Já na denominada "Administração Pública do Estado Social de Direito", continua existindo a idéia de colaboração do particular na esfera do poder público. Neste esboço, tem-se a valorosa lição da professora Di Pietro.

[...] pode-se afirmar que, a partir da 2ª metade do século XIX, começa uma imensa transformação da Administração Pública [...] A consequência foi a multiplicação dos interesses públicos, dos interesses difusos, dos interesses coletivos, a diminuição da separação entre Estado e sociedade, e o aumento da colaboração do particular com a Administração Pública.<sup>68</sup>

Enfim, no que se refere à terceira e atual fase evolutiva da Administração Pública, é lícito afirmar que, nesse momento, a participação popular ganha corpo, inclusive com uma conotação voltada ao controle e à própria gestão da Administração. E neste sentido, pois, que se manifesta a íncita doutrinadora:

Nesta terceira fase da evolução da Administração Pública, a participação do 'particular já não mais se dá por delegação do poder público, nem por simples colaboração em uma atividade paralela. Ela se dá mediante atuação do particular diretamente na gestão e no controle da Administração Pública. É nesse sentido que a participação popular é uma característica essencial do Estado de Direito Democrático, porque ela aproxima mais o particular da Administração, diminuindo ainda mais as barreiras entre o Estado e a sociedade.<sup>69</sup>

A aludida doutrinadora complementa seu raciocínio, a guisa de conclusão, nos seguintes termos:

A participação popular na gestão e no controle da Administração Pública constitui o dado essencial que distingue o Estado de Direito Democrático do Estado de Direito Social. Corresponde à aspiração do indivíduo de participar, quer pela via administrativa, quer pela via judicial, da defesa da

---

<sup>68</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 131.

<sup>69</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 133.



imensa gama de interesses públicos que o Estado, sozinho, não pode proteger.<sup>70</sup>

Dessa forma, a realização de análise acerca da evolução da Administração Pública ao longo dos séculos, leva-nos a constatar que, mesmo nos Estados Liberal e Social de Direito, reinou a questão da participação do particular enquanto colaborador no exercício das funções administrativas.

Ademais, após todo o exposto em linhas pretéritas, pode-se afirmar que o modelo proposto pela democracia meramente representativa já não satisfaz a própria realidade fática vivenciada pelo Estado e pela sociedade.

Neste cenário, é lícito afirmar que, tanto a democracia participativa quanto a participação popular, mostram-se como reais tendências futurísticas para a Administração Pública de um modo geral.

Primeiramente porque são valores Constitucionalmente assegurados pelo nosso ordenamento, frise-se, na forma de normas principiológicas, o que configura a base jurídica necessária.

Em segundo lugar, porque tais fundamentos legitimam, indubitavelmente, todas as ações do poder público perante seus administrados, criando condições para o estabelecimento de uma Administração Pública solidificada, eficaz e agraciada por resultados positivos no desenvolvimento e no exercício da função administrativa.

Destarte, inevitável, pois, o advento de uma nova concepção tanto de Administração Pública quanto de Direito Administrativo, conforme preleciona Caio Tácito, com descomunal propriedade:

O Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa.

O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, já acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas. [...] A moderna tendência do Direito Público marca, pela modernidade acima exposta de novos institutos jurídicos, a transição do Direito Administrativo que, absorvendo a ação participativa dos administrados, valoriza o princípio da cidadania e coloca o indivíduo e a empresa em presença da Administração Pública, como colaboradores privilegiados para a consecução do interesse público [...] É o desafio das ruas a reclamar a atenção dos gabinetes na agitada consagração de demandas sociais em busca de um novo patamar da sociedade

---

<sup>70</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op. cit, p. 138.

distributiva, que, afirmando o império da lei, não desconheça o senso de justiça.<sup>71</sup>

Contudo, a adoção de institutos que possibilitem a realização prática de todo esse novo paradigma de Administração Pública e, quiçá, do próprio Direito Administrativo, constitui a grande inovação do nosso tempo.

Tal quadro permite o envolvimento dos administrados, que lutam incessantemente pelo predomínio de suas vontades, na qualidade de membros de uma sociedade e subordinados aos seus governantes.

Neste sentido, a observância, a efetivação e a conjugação do Princípio Democrático (considerando-se o modelo da democracia participativa), do Princípio da Participação Popular e do Princípio do Estado de Direito, somados à aplicação dos institutos de participação administrativa, culminarão, inegavelmente, em uma verdadeira eficiência e legitimidade da função administrativa em todos os seus aspectos.

Indubitavelmente, toda essa interação proporciona um estreitamento dos laços entre Administração e sociedade, possibilitando à primeira, além do que já foi exposto, a realização de uma verdadeira dinamicidade nas tarefas de atendimento aos anseios e reclames sociais.

Passemos, agora, ao estudo dos institutos de participação popular, destacando-se os da área administrativa, presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2.2 INSTITUTOS DE PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em um primeiro instante, vale salientar que desde o advento da redemocratização do Estado brasileiro, o legislador nacional tem criado diferentes espécies de institutos participativos.

Com espreque nesta constatação, é justamente por este motivo, qual seja, a imensa produção legislativa, que ocorre uma impossibilidade de se descrever todos os institutos de Participação Popular existentes na Administração Pública brasileira.

Contudo, alguns merecem destaque, seja pela sua importância teórica, seja pela sua alta aplicabilidade prática.

---

<sup>71</sup> TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, 1997. p. 1/6.

Assim, os estudiosos do tema, a exemplo de Marcos Augusto Perez, reconhecem três ordens de institutos de participação administrativa, a saber: I) Institutos Participativos de caráter Deliberativo; II) Institutos Participativos de caráter Não Vinculante; III) Institutos Participativos de caráter Vinculante e Autônomo, ou de Delegação Atípica;

### 2.2.1 – INSTITUTOS PARTICIPATIVOS DE CARÁTER DELIBERATIVO

No que respeita, em primeiro lugar, aos institutos participativos de caráter Deliberativo, ou com força vinculante, pode-se afirmar que os que aparecem com maior frequência no Direito brasileiro são: a) os Conselhos Deliberativos; b) o Referendo e o Plebiscito administrativos; c) a Eleição para funções de Chefia e de Direção;

Dessa forma, no tocante aos chamados "Conselhos Deliberativos", é interessante notar que os conselhos existentes em nosso ordenamento possuem, na realidade, um caráter misto, é dizer, assumem normalmente tanto funções deliberativas, quanto funções de cunho consultivo.<sup>72</sup>

Nesta modalidade, observam-se as seguintes características: \*São órgãos colegiados; \*Criados por lei ou por autorização legal; \*Participação direta tanto de representantes da Administração, quanto de representantes da sociedade; \*São subordinados à estrutura hierárquica da Administração Pública;

De posse das características desse instituto, pode-se dizer que são órgãos responsáveis pela concretização de um deslocamento do eixo central de poder da Administração Pública. Eles têm, portanto, um nítido caráter descentralizador do poder público.

Vale asseverar também que não há, por parte dos conselhos, a existência de uma personalidade jurídica autônoma. Tal fato leva-nos à conclusão de que esses órgãos colegiados não gozam de certas prerrogativas, em regra, concedidas aos entes com personificação jurídica, como por exemplo, a possibilidade de se contrair obrigações de forma autônoma.

Assim, importante informação proveniente da própria natureza jurídica dos conselhos é a de que as decisões firmadas e seguidas no âmbito destes configuram atos administrativos e até mesmo atos normativos, de acordo com as circunstâncias fáticas.

---

<sup>72</sup>PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.p. 141

Dessa relação abstrai-se que, uma vez considerados tais atos como administrativos ou normativos, ocorre a incidência de amplo controle jurisdicional sobre estes, o que faz aumentar a segurança e o respeito à legalidade em todas as decisões oriundas desse instituto haja vista, inclusive, a força vinculativa presente na esfera desses conselhos.

Já no que concerne aos chamados "Referendo e Plebiscito Administrativos", é necessário trazer a lume, em primeiro lugar, o fundamento constitucional dessa segunda modalidade da primeira espécie de institutos de participação administrativa.

Para tanto, o artigo 14, I e II da Constituição Federal dispõe sobre a questão do exercício da soberania popular, mediante lei específica, por referendo e plebiscito.

Embora a doutrina constitucionalista, ao dissertar sobre os supramencionados institutos, insista em conferir ao Referendo e ao Plebiscito uma função apenas e tão somente *legiferante, renomados administrativistas, a exemplo de Diogo de Figueiredo Moreira Neto,*

Marcos Augusto Perez e Fabiana de Menezes Soares<sup>73</sup>, afirmam a presença daqueles também na seara da Administração Pública.

Para tanto, vale transcrever a lição de Marcos Augusto Perez:

O plebiscito administrativo, dessa forma, pode ser definido como o procedimento de consulta popular aberto a todos os cidadãos, prévio à tomada de uma decisão administrativa, que vincula a Administração ao cumprimento de seu resultado; enquanto o referendo pode ser caracterizado como o procedimento de consulta popular, posterior à tomada de uma decisão pela Administração Pública, cujo resultado condiciona a efetividade dessa decisão. A diferença bastante pequena entre os dois institutos encontra-se no fato de que o plebiscito inicia o procedimento decisório da Administração Pública, enquanto o referendo é ato terminativo desse procedimento.<sup>74</sup>

A respeito do caráter vinculativo desses dois institutos, Perez complementa seu raciocínio aduzindo acerca da legitimidade do administrado para requerer, em juízo, o cumprimento da decisão proveniente tanto do plebiscito quanto do referendo. Neste sentido, tem-se: "*O administrado que participar de plebiscito ou de referendo administrativo tem legitimidade para atacar judicialmente suas vicissitudes, ou requerer o cumprimento pela Administração da decisão popular*".<sup>75</sup>

<sup>73</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de Participação (Cidadania, Direito, Estado e Município)**. Belo Horizonte. Del Rey, 1997.

<sup>74</sup> PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 155.

<sup>75</sup> PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 156.

Por fim, ainda dentro dos institutos participativos de caráter vinculativo na Administração Pública, tem-se a figura da chamada "Eleição para funções de Chefia e de Direção".

A melhor doutrina, ao discorrer sobre esse instituto, aduz acerca de sua grande polêmica, em termos de adoção prática, no Direito brasileiro.

Assim, a vigente Constituição da República, em seu artigo 206, VI, dispõe acerca da denominada "gestão democrática do ensino público", matéria que, já a alguns anos, tem gerado sérias controvérsias na cúpula do Poder Judiciário brasileiro, isto é; no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A respeito da supracitada questão, diversas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's) foram propostas sob o argumento de que tal mecanismo seria apto a usurpar o fundamento central de poderes privativos de chefes do poder executivo<sup>76</sup>, ou como assevera o autor Marcos Augusto Perez, "*núcleo de poderes privativos do chefe do executivo*".<sup>77</sup>

No entanto, conforme disposto no tópico anterior do capítulo em curso, a proposta no presente trabalho não é outra coisa senão bater na tecla da possibilidade de harmonização e conjugação das atividades normalmente desempenhadas pela Administração Pública e a adoção dos institutos de participação popular no seu âmbito, e mais notadamente na seara do processo administrativo, pelos vários motivos anteriormente trazidos a lume.

Destarte, não se pode coadunar com o entendimento de que a realização de tais eleições, por esse procedimento, estariam invadindo ou violando prerrogativa da Chefia do Executivo,<sup>78</sup> embora tal posicionamento seja, atualmente, minoritário, considerando-se o embate travado entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Esta questão, como se pode constatar, é bastante ácida e complexa. Porém, toda essa discussão é fruto de uma nova concepção, um novo paradigma de descentralização administrativa, sendo natural, pois, que algumas arestas ainda devam ser aparadas e algumas idéias, desmistificadas.

É justamente essa, pois, a função dos defensores da formação desta nova cultura jurídica, que acreditam no verdadeiro entrosamento entre os institutos de participação administrativa e o exercício do poder público.

---

<sup>76</sup> Neste sentido, cf. ADI n°. 490/AM, ADI n°. 123/SC, ADI n°. 640/MG, dentre outras.

<sup>77</sup> PEREZ, Marcos Augusto. Op. Cit.,.

<sup>78</sup> No mesmo sentido, os eminentes Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. PEREZ, Marcos Augusto. Op. cit, p. 160/161.

Tudo isso, sem que haja nenhum tipo de violação dos preceitos constitucionais, até mesmo porque a inserção desses institutos no cotidiano da Administração é uma das formas de concretização do texto da Lei Fundamental, logo, deve ser efetivada.

### 2.2.2 – INSTITUTOS DELIBERATIVOS DE CARÁTER NÃO VINCULANTE

Quanto à segunda espécie dos institutos participativos, isto é; os de caráter Não Vinculante, pode-se mencionar que os mais frequentes no sistema brasileiro são os seguintes: a) a Audiência Pública; b) a Consulta Pública; c) o Orçamento Participativo; d) a Coleta de Opinião.

Em primeiro lugar, no concernente ao instituto da Audiência Pública, é interessante notar que se trata de um mecanismo meramente opinativo em relação aos administrados, sendo inserido na chamada "fase instrutória" do processo decisório.

De acordo com o ensinamento do doutrinador Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é um instituto que encerra suas origens nos países anglo-saxões. Senão, vejamos:

Instituto que tem suas origens nos países anglo-saxões(*publichearngs*), sua institucionalização está conotada ao conceito formal do *due process of law*. Efetivamente, parte-se do direito do indivíduo a ser ouvido em matéria na qual esteja em jogo seu interesse, seja concreto seja abstrato(*right to a fair hearing*), tido como princípio impostergável da ordem jurídica.<sup>79</sup>

Dessa forma, a audiência pública consiste na realização, por parte da Administração Pública, de uma sessão pública aberta a todos os interessados, sendo destinada à solução de eventuais controvérsias, ou simples esclarecimentos, no âmbito de uma decisão administrativa.

Nas audiências públicas, devido à sua própria essência, tem-se o direito assegurado aos administrados de exposição de opiniões, tendências, preferências e opções<sup>80</sup>. Neste diapasão, tais condutas, certamente, serão amplamente adotadas pelo poder público, na busca de uma decisão de maior aceitação possível.

O autor Marcos Augusto Perez também exterioriza importante comentário acerca das audiências públicas, a saber:

<sup>79</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 128.

<sup>80</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 129.

A autoridade que conduz a audiência possui, ademais, o direito de interrogar os presentes, após suas próprias intervenções, para que esclareçam fatos de seu conhecimento a todos os presentes. A prerrogativa é também fruto do princípio da oficialidade, atuante em todos os processos administrativos<sup>81</sup>.

E complementa, acerca da gratuidade da participação nas mesmas:

A participação na audiência pública deve ser gratuita, por força do princípio da gratuidade, inexistindo a possibilidade de cobrança de custas pela participação. E razoável, no entanto, que a Administração cobre valor de custo de cópias de volumosos documentos, quando especialmente solicitados pelos participantes.<sup>82</sup>

Contudo, tem-se que a Audiência Pública é um instituto que transmite à Administração uma real carga de legitimidade, vez que o processo decisório se pautou pela oitiva daqueles diretamente envolvidos na questão, ainda que não de forma vinculante, mas certamente com a preservação dos interesses do grupo.

No tocante à chamada "Consulta Pública", pode-se afirmar que esta é uma modalidade mais simples, se comparada à supramencionada audiência pública.

O que difere essas duas modalidades, desta feita, é o fato de que, na consulta pública, não há que se falar em sessões públicas e nem em debates orais.

Quanto à origem desse instituto, tem-se a lição de Perez: "*O instrumento ainda é pouco freqüente entre nós e parece ter inspiração na enquête, que a jurisprudência francesa primeiramente consagrou e acabou se estendendo para quase todos os países democráticos da Europa*".<sup>83</sup>

A consulta pública consiste em um procedimento em que há a divulgação, por parte de determinado órgão da Administração Pública, das chamadas "minutas de atos normativos".

Assim, oferece-se a oportunidade para que, em um dado prazo, aqueles administrados que se considerarem diretamente interessados na questão sobre a qual incide o ato normativo, tenham condições de ofertar críticas, sugestões e até mesmo solicitar informações ou solucionar dúvidas a respeito do embate posto em voga.

A seu turno, a Administração tem o dever de documentar as consultas públicas realizadas para que esta tenha condições de, em primeiro lugar, fundamentar o processo decisório, e, por fim, prolatar a decisão final.

<sup>81</sup> PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

<sup>82</sup> PEREZ, Marcos Augusto. Op. Cit., p. 173/174.

<sup>83</sup> PEREZ, Marcos Augusto. Op. Cit., p. 176.

Cabe aqui destacar, em virtude de sua grande relevância para a atividade administrativa, a questão da Consulta Pública na seara da Administração Tributária: a chamada "Consulta Fiscal".

Neste esboço, vale transcrever o valoroso ensinamento de Hugo de Brito Machado acerca da finalidade da consulta no âmbito tributário. Senão, vejamos:

A finalidade da consulta é assegurar o máximo de certeza possível na relação fisco- contribuinte. Evitar, quanto possível, o discricionarismo. Não em uma relação jurídica específica e determinada, mas no relacionamento, que é duradouro e composto de múltiplas relações jurídicas.<sup>84</sup>

Destarte, vale, aduzir que a consulta fiscal assume uma natureza dúplice em termos de incidência na Administração Pública, bem como em se tratando dos efeitos oriundos desta para a Administração e para os administrados, quais sejam: consulta sobre situação hipotética e sobre caso concreto; efeitos vinculante e de simples interpretação.

Na consulta fiscal acerca de uma situação hipotética, isto é, discutida apenas e tão somente em um plano teórico, o que se deseja uma simples orientação ou uma manifestação de forma antecipada por parte da Administração Pública Tributária.

Em se tratando dos efeitos desta modalidade, tanto para o consulente, quanto para terceiros, tem-se que a produção destes não possui caráter vinculante, assumindo uma feição de mera interpretação.

Para tanto, é importante trazer a lume os dizeres de Luciano da Silva Amaro, em sua obra *Do Processo de Consulta*. "[...] A consulta é feita em tese, e a resposta soluciona a dúvida proposta, sendo inaplicável à situação real do consulente, se esta não coincidir com a hipótese descrita".<sup>85</sup>

Diferentemente, na consulta fiscal em sede de um caso concreto, a resposta que a Administração Tributária oferta ao consulente tem sim efeito vinculante, vez que, conforme se observa nas palavras de Amaro acima transcritas, a questão posta em voga coincide completamente com a hipótese descrita.

Assim, nesse último viés da consulta fiscal, opera-se uma verdadeira relação jurídica entre fisco e consulente, razão pela qual torna-se plenamente viável a cobrança pela Administração Tributária do *quantum debeatur*<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Temas de Direito Tributário II**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

<sup>85</sup> AMARO, Luciano da Silva. **Do Processo de Consulta, em novo Processo Tributário**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975. p. 96.



Por fim, é interessante notar ainda que tanto a audiência pública como a consulta pública têm previsão expressa na lei que regulamenta o processo administrativo - Lei 9.784/99 - que, aliás, será objeto de nosso estudo no capítulo seguinte.

Dessa forma, o capítulo X, que trata da instrução do processo administrativo, especificamente em seus artigos 31, §§ 1º e 2º, 32, 33, 34 e 35, prestigia esses dois institutos participativos explicitamente, na ocasião em que o interesse geral se mostrar patente em uma dada questão administrativa.

### 2.2.3 – INSTITUTOS DELIBERATIVOS DE CARÁTER VINCULANTE E AUTÔNOMO (OU DE DELEGAÇÃO ATÍPICA)

No que se refere à terceira modalidade dos institutos de participação administrativa de caráter Não Vinculante, verifica-se a incidência do chamado "Orçamento Participativo".

Esse instituto não é encontrado, de forma semelhante, nos demais países. Assim, como se pode verificar na obra de Marcos Augusto Perez, a doutrina se refere a ele como a criação dos operadores jurídicos brasileiros. Dessa forma, tem-se:

O chamado orçamento participativo não encontra, ao que podemos pesquisar, símile na legislação de outros países. É, portanto, fruto da criatividade dos operadores jurídicos brasileiros e tem ganhado espaço na prática das Administrações estaduais e municipais.<sup>86</sup>

Quanto ao seu procedimento, quando o poder público adota esse instituto no cerne de suas ações ele, na verdade, realiza várias audiências públicas, seguindo todos os seus procedimentos próprios (os quais já foram anteriormente analisados), e soma a esse evento a eleição de representantes para diversos conselhos deliberativos (que, da mesma forma, já foram objetos de nosso estudo), sendo estes últimos eivados de uma formação regionalizada.

Vale transcrever o precedente, elucidado pela doutrina, acerca do orçamento participativo, existente no Supremo Tribunal Federal:

O Supremo Tribunal Federal possui um precedente que analisa o orçamento participativo, com caráter não definitivo, por se tratar da análise de medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade. No caso, ADIMC nº. 1.747/SC, considerou-se constitucional a realização de audiências regionais do Legislativo, do Executivo e até mesmo do Judiciário, para colher dos

---

<sup>86</sup> PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 178.

administrados propostas de investimentos públicos prioritários, visando à elaboração do orçamento do Estado de Santa Catarina (arts. 47 e 120, da Constituição do Estado de Santa Catarina).<sup>87</sup>

Enfim, chegamos à modalidade denominada "Coleta de Opinião", enquanto instituto de participação administrativa, de caráter Não Vinculante, também adotado no sistema jurídico brasileiro.

Nos dizeres de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao dissertar sobre esta modalidade, constitui fator decisivo para a utilização de tal instituto, a complexidade das decisões administrativas.

Neste esboço, tem-se o entendimento do referido autor. *"A complexidade das decisões administrativas a serem tomadas no Estado contemporâneo deixa cada vez mais perplexo o administrador público quanto à solução que melhor atenderá aos interesses da sociedade que lhe estão confiados"*.<sup>88</sup>

Esse instituto se utiliza dos meios de comunicação através dos quais o administrador público irá proceder à coleta das várias tendências ou direcionamentos, das opções que a população interessada está elegendo como sendo prioritária ou preferencial.

Neste sentido, todo o juízo de valoração e convencimento do administrador público, será enleado por um forte aparato de legitimidade e confiança por parte deste, quando na ocasião da tomada de relevantes decisões.

Definindo os contornos desse instituto, Moreira Neto assevera, com bastante clarividência, a verdadeira função da coleta de opinião nos seguintes termos:

Trata-se, portanto, de um instituto voltado ao aperfeiçoamento da legitimidade da ação estatal no desempenho da sua função administrativa [...] A coleta de opinião, em síntese, é um instituto de participação administrativa, aberto a grupos sociais determinados, identificados por certos interesses coletivos ou difusos, visando à legitimidade da ação administrativa pertinente a esses interesses, formalmente disciplinado, pelo qual o administrado exerce o direito de manifestar sua opção [...].<sup>89</sup>

Seguindo nesta linha, alcançamos a terceira e última subdivisão dos institutos de participação administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, consistentes nos institutos participativos de caráter Vinculante e Autônomo, ou de Delegação Atípica.

Para tanto, tem-se a presença dos seguintes institutos: a) as Organizações Não Governamentais - ONG's; b) os Serviços Sociais Autônomos; c) as Organizações Sociais; d) as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIPs.

<sup>87</sup> PEREZ, Marcos Augusto. Op. cit, p. 180.

<sup>88</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.p. 125.

<sup>89</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit, p. 125/126.

Esses institutos, vale ressaltar, refletem a profunda necessidade do Estado em se modernizar para atender aos novos reclames sociais e proporcionar uma efetiva ampliação qualitativa dos serviços públicos. Nesse sentido, tem-se a proveitosa lição do jurista Carvalho Filho:

O Estado, nos últimos tempos, tem demonstrado evidente preocupação em adaptar-se à modernidade, ao gerenciamento eficiente de atividades e ao fenômeno da globalização econômica, que arrasta atrás de si uma série interminável de conseqüências de ordem política, social, econômica e administrativa. Na verdade, as antigas fórmulas vêm indicando que o Estado, com o perfil que vinha adotando, envelheceu. [...] algumas providências têm sido adotadas e outros rumos foram tomados, todos alvitando qualificar o Estado como organismo realmente qualificado para o atendimento das necessidades da coletividade.<sup>90</sup>

Em primeiro lugar, faz-se necessário trazer à baila a nomenclatura trabalhada pelo autor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quanto a esta última modalidade, consubstanciada na expressão "Delegação Atípica". Dessa forma, tem-se seu entendimento:

Desde o âmbito municipal ao federal, serão incontáveis as atividades públicas que poderão ser delegadas a entidades privadas de colaboração. Isto serviria não só para aliviar as pesadas cargas e ônus da Administração burocrática convencional e atuar na reversão da tendência concentradora de poder no Estado, como para atrair, pedagogicamente, a atenção do público, para a solução dos problemas governamentais, contribuindo para o desenvolvimento de uma atitude politicamente positiva.<sup>91</sup>

É, pois, justamente neste cenário que se inserem as chamadas "Organizações Não Governamentais" - ONG's.

Estas organizações possuem algumas características bastante peculiares, que conferem-lhes a aludida condição de instituto participativo de caráter de Delegação Atípica, quais sejam: a) São projetos que têm sua gênese formada na iniciativa de particulares; b) Não possuem finalidade lucrativa; c) Possuem meios próprios de comando; d) Realizam atividades de interesse público, confundindo-se com a própria função administrativa exercida pelo Estado.

Assim, necessário salientar que a vigente Constituição da República (art. 70, parágrafo único) prevê a prestação de contas dessas organizações ao poder público e ao Tribunal de Contas, na ocasião em que, efetivamente, uma ONG venha desenvolver um trabalho de cooperação com a Administração Pública.

---

<sup>90</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17.ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 299.

<sup>91</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 136.

Igualmente, é importante observar que não é extremamente necessário que o poder público transfira, em condição de definitividade, uma ou outra atividade administrativa a essas organizações.

O fato de a Administração apenas e tão somente "reconhecer a eficácia", conforme pondera Moreira Neto, do desenvolvimento dessas atividades, em virtude de incontestáveis benesses trazidas aos administrados, basta para que se configure o sucesso desse instituto, na condição ora esposada.

No que respeita à questão dos chamados "Serviços Sociais Autônomos", vale aduzir que, na realidade, trata-se de pessoas jurídicas de direito privado que, a semelhança das referidas ONG's, podem atuar na qualidade de colaboradores da Administração Pública.

Essas entidades normalmente são agraciadas pela isenção fiscal e, além disso, recebem contribuições de cunho compulsório da sociedade, na finalidade propedêutica de manutenção de sua própria estrutura.

É interessante observar ainda que, para a melhor doutrina, os serviços sociais autônomos portam-se, em essência, como "pessoas jurídicas híbridas".

Isto porque apesar de serem constituídas como pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa e atuarem em questões dizentes originariamente à Administração Pública, as características acima elencadas e o fato de terem, em sua estrutura orgânica, representantes do poder público, descaracterizaria o cunho pleno e ideal de instituto de participação popular a que se delimita o presente estudo.

Ocorre que os estudiosos, diante desse quadro, oferecem soluções para a total inserção dos serviços sociais autônomos, a exemplo do SESC (Serviço Social do Comércio), SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial), SEST (Serviço Social do Transporte), dentre outros, no grupo dos institutos genuinamente de participação administrativa, qual seja:

Assim sendo, embora parcialmente identificados com os institutos que ora analisamos, pois se trata de pessoas jurídicas privadas, sem caráter lucrativo e que atuam na execução de atividades tipicamente administrativas não privativas do Estado, cremos que somente a evolução da disciplina legal dos serviços sociais autônomos pode realmente transformá-los em institutos de participação popular de caráter vinculante e autônomo. O único caminho a ser seguido, nesse sentido, é o da eliminação da interferência estatal na organização e gestão dessas pessoas jurídicas.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

Quanto à terceira modalidade desse último grupo de institutos de participação administrativa, pode-se asseverar que as chamadas "Organizações Sociais" se formalizam através de contratos de gestão, que são os instrumentos jurídicos que as constituem.

As aludidas organizações se fundamentam em três pilares que devem ser obrigatoriamente observados, quando da concessão do chamado "título jurídico de organização social", a saber: \*Personalidade Jurídica de Direito Privado; \*Finalidade não lucrativa; \*Realização de atividades direcionadas ao ensino, à cultura, à saúde, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à preservação do meio ambiente.<sup>93</sup>

Assim, uma vez formalizada a parceria entre organização social e poder público, o objetivo passar a ser consubstanciado na execução das atividades acima elencadas, sempre visando o bem-estar de cada administrado.

Esse sistema de parceria, por sua vez, tem o condão de estabelecer uma nova estrutura no âmbito da Administração Pública, através da descentralização administrativa.

Por fim, no que concerne às chamadas "Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público", tem-se que estas consistem em entidades da iniciativa privada que realizam parcerias com o poder público, na forma de gestão por colaboração.

Trata-se, pois, de outra modalidade de qualificação jurídica, em que pese o fato das ações desenvolvidas terem o mesmo enfoque na coletividade de administrados. As OSCIPS, dessa forma, têm um âmbito de atuação mais amplo do que as Organizações Sociais. Neste diapasão, obtempera o jurista Carvalho Filho:

As organizações da sociedade civil de interesse público, na busca de seus objetivos, podem cooperar com o Poder Público de três maneiras:

- 1) através da execução direta de projetos, programas e planos de ação;
- 2) pela entrega de recursos humanos, físicos ou financeiros; e
- 3) pela prestação de atividades de apoio a outras entidades sem fins lucrativos.<sup>94</sup>

Seguindo nesta linha de raciocínio, o supracitado doutrinador promove uma interessante análise comparativa entre os dois últimos institutos de parceria entre entidades do terceiro setor e poder público nos seguintes termos:

Como se pode observar, afinal, são semelhantes os sistemas de parceria ensejadores das **organizações sociais** e das **organizações da sociedade civil de interesse público**. O núcleo central de ambos é a **parceria Estado/entidade privada** na busca de

<sup>93</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 305.

<sup>94</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., p. 309.

objetivos de interesse comuns e benéficos à coletividade. **Logicamente**, existem pontos específicos que distinguem os regimes. Um deles é a participação de agentes do Poder Público na estrutura da entidade: enquanto é ela exigida **nos** Conselhos de Administração das **organizações sociais**, não há esse tipo de ingerência nas **organizações da sociedade civil de interesse público**. **Outro** aspecto é a formalização da parceria: com aquelas entidades é celebrado **contrato** de gestão, ao passo que com estas é firmado termo de parceria.<sup>95</sup>

Enfim, é importante que se diga que tanto os valores cultuados pela democracia participativa, quanto às propostas trazidas à baila pelos institutos de participação administrativa, levam em consideração, prioritariamente, a figura do administrado.

Este, na qualidade de ser humano inserido em uma complexa trama social e que merece ser destinatário das normas jurídicas principiológicas insculpidas no texto da Lei Fundamental, devidamente concretizadas na realidade fática; haja vista que não só a ciência administrativa, mas a ciência do Direito como um todo, trabalha com contextos sociais reais.

Neste sentido, preleciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

O que se deve buscar, na instituição de um novo meio de participação é, antes de mais nada, a preservação da opção crítica. Não a participação massiva, disciplinada e homogeneizada, tantas vezes fanatizada, a que se propuseram as ideologias, mas a participação individualizada, de homem a homem ou de grupo a grupo, livre, diversificada, negociada e tolerante, própria da verdadeira democracia, centrada na pessoa humana e realizadora de seus autênticos valores.<sup>96</sup>

Jean Rivero, a seu turno, exterioriza interessante pensamento, de grande valia a nosso estudo acerca da democracia, nos seguintes termos: "*A democracia não é apenas um método de eleger ou designar quem deverá exercer o poder, mas é também uma questão de como esse poder deverá ser exercido*".<sup>97</sup>

Fechando, assim, todo o estudo realizado ao longo do presente capítulo, em que se procurou ressaltar a existência e o perfeito entrelaçamento entre democracia participativa, princípio da participação popular, sociedade, administração pública e institutos de participação popular, no âmbito administrativo, fica registrada a seguinte lição da melhor doutrina:

[...] Como vimos, praticamente todas as atividades que a Constituição atribui à Administração Pública e que se referem às suas funções sociais, ou melhor, referem-se às aquelas atividades de bem-estar, essenciais para

<sup>95</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 310.

<sup>96</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 20.

<sup>97</sup> *Apud* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. Cit., p. 19.

fornecer aos administrados o mínimo de igualdade imprescindível ao desfrute da liberdade, devem ser executadas mediante a adoção de institutos participativos.<sup>98</sup>

Portanto, uma vez constatado o reconhecimento e a real tendência de utilização, por parte do ordenamento jurídico brasileiro, dos institutos de participação administrativa, bem como do modelo de democracia participativa sobre o qual incide a participação popular, passaremos á análise do princípio objeto de nosso estudo, enquanto instrumento de efetivação de tudo o que foi explicitado até o momento, no âmbito específico do processo administrativo.

Vamos, então, ao terceiro capítulo, que abordará, especificamente, a questão do Princípio da Participação Popular no âmbito do processo administrativo, destacando-se, inclusive, a incidência de sua legislação regulamentadora - Lei 9.784/99.

### **3 PARTICIPAÇÃO POPULAR, PROCESSO ADMINISTRATIVO E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

#### **3.1 A AÇÃO ESTATAL: FUNÇÃO PÚBLICA, ÓRGÃO E AGENTE**

Neste terceiro e último capítulo, antes de se prestigiar o estudo da importância e aplicabilidade prática do princípio da participação popular dentro do processo administrativo, faz-se necessário, em primeiro lugar, lançar mão de uma apreciação cognitiva acerca da estrutura que fundamenta o querer e o agir estatal.

O Estado, como ente personalizado que é, possui capacidade conferida por lei, tanto a nível interno, para adquirir direitos e contrair obrigações, quanto a nível externo, quando apresenta-se no âmbito das relações internacionais.<sup>99</sup>

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro confere ao aludido ente, de um lado, uma série de prerrogativas e, doutra banda, inúmeros deveres passíveis de significativa observação, no decorrer do desempenho de sua maior missão: zelar pela predominância do interesse coletivo em detrimento de interesses particulares.

Dessa forma, é neste contexto que se verifica a existência de três elementos tidos como responsáveis pelo movimento permanente da chamada "máquina estatal". Para

<sup>98</sup> PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública Democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 81/82.

<sup>99</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 01.

tanto, a ação estatal se amarra e, mais do que isso, revela sua própria fundamentação nos seguintes elementos: agente público, órgão público e função pública.

Neste sentido, a conjugação, a união, o entrelaçamento desses três fatores conferem o sustentáculo da engrenagem que movimenta e realiza toda a ação do Estado.

O Professor Luiz Carlos Figueira de Melo exterioriza seu entendimento da seguinte forma, quanto à temática ora esposada:

Toda a gama de atribuições necessárias a esta condição de possibilidade da convivência humana, sob o manto da organização comunitária, faz emergir a figura do Estado. Por meio de uma estruturação orgânica, compreendida como unidades plúrimas de atribuições, consagradoras de exercício de poder, decompostas em direitos e deveres, se dinamizam no tempo e no espaço, por meio de manifestações volitivas.<sup>100</sup>

Neste diapasão, a ação estatal se funda, em primeiro lugar no elemento humano, trazido a lume pela figura do agente público; que, vale dizer, é o responsável pela manifestação da própria vontade do Estado.

Interessante, pois, evidenciar o conceito de agente público trabalhado pela doutrina, nos seguintes termos:

Agentes públicos são todos aqueles que, a qualquer título, executam uma função pública como prepostos do Estado. São integrantes dos órgãos públicos, cuja vontade é imputada à pessoa jurídica. Compõem, portanto, a trilogia fundamental que dá o perfil da Administração: órgãos, agentes e funções.<sup>101</sup>

Neste sentido, vale asseverar, seguindo nesta linha de raciocínio, que o querer e o agir estatal, além de se exteriorizarem através do elemento humano agente público, estabelecem um liame entre estes e os órgãos públicos, que podem ser vistos, em uma primeira análise, como unidades internas da Administração Pública, responsáveis por sua própria organização.

Originariamente, foi o jurista alemão Otto Gierke quem instituiu a chamada "teoria do órgão"<sup>102</sup>. Em linhas gerais essa teoria preconiza que a manifestação volitiva da pessoa jurídica Estado, na realidade, deve ser outorgada aos órgãos que desenham a sua própria estrutura.

---

<sup>100</sup> MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Novos Paradigmas da Processualidade Administrativa no Brasil**. 2002. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte - MG.

<sup>101</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 15.

<sup>102</sup> De acordo com o Professor Luiz Carlos Figueira de Melo, em sua supracitada tese, p. 25 a teoria do órgão surgiu na Alemanha, por Otto Gierke, em sua obra "*Die Genossenschaftstheorie und die Rechtssprechung*".



A seu turno, os referidos órgãos têm como condições *sine quo a non*, sua composição recheada por agentes públicos (elemento humano), e estes, na medida de suas atribuições, desempenham a chamada "função pública", frise-se, no sentido estrutural da expressão, fechando o ciclo tridimensional da ação estatal.

Desta feita, como o trabalho ora posto em voga pretende promover um estudo científico acerca do processo administrativo, de forma delimitada em um de seus aspectos principiológicos, o importante é que se tenha em mente a idéia do que seria a função administrativa.

Segundo o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o conceito de função administrativa se refere à função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo poder judiciário.

Neste esboço, o Professor Luiz Carlos Figueira de Melo, a seu turno, brinda-nos com as partes componentes do conceito de função, estabelecendo importante paralelo entre esta e a questão processual, notadamente na seara administrativa. Verifica-se, pois, os seguintes dizeres do ínclito administrativista:

Os elementos compositivos do conceito de função se explicitam da seguinte forma: no órgão, está o acervo de poderes estatais conferidos pela lei; no agente, o elemento subjetivo, o homem, como único ser capaz de externalizar vontade racional; e no encargo, a atividade de interesse público. Quando esses três elementos interagem aparece o elo institucional que vincula o poder emergente do órgão a impor o dever de agir do agente para cumprimento do encargo, a atividade administrativa. O fluxo desta atividade, no espaço e no tempo, se efetiva por intermédio da processualidade.<sup>103</sup>

Vale asseverar, pois, que o Estado necessita, sobremaneira, da perfeita interconexão entre agente, órgão e função, sob pena de restar sobrejamente prejudicada a sua própria existência, enquanto pessoa jurídica, e na qualidade de ente fictício que é.

Assim, ao ser completado o ciclo que dá origem às atividades administrativas, o ordenamento jurídico disponibiliza um necessário instrumento

<sup>103</sup> MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Novos Paradigmas da Processualidade Administrativa no Brasil**. 2002. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte - MG.

responsável pela parte operacional deste sistema acima elucidado: o processo administrativo.

Em suma, toda a dinâmica da ação do Estado se verifica, dessa forma, pela conjugação dos elementos agente público, órgão público e função pública (como fundamentos do querer e do agir estatal) aliados ao instrumento operacionalizador que se consubstancia na figura do processo administrativo (como veículo responsável pela exteriorização do interesse público).

### 3.1.1 Direito, Estado, economia e soberania

É importante que se aponte o fato de que existe uma nova concepção de soberania<sup>104</sup> na perspectiva da nova ordem da economia globalizada, bem como das organizações transnacionais, cuja influência no ordenamento jurídico brasileiro é inegável.

---

<sup>104</sup> Em FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 01/110, o autor procede a uma análise da ideia de soberania sob a perspectiva de três paradigmas, quais sejam: a) soberania em seu significado filosófico (consubstanciado no jusnaturalismo); b) soberania no aspecto filosófico-político; e c) soberania na ótica da teoria do direito (consubstanciada na ideia de legitimidade conceitual). Nessa ordem de ideias, o autor, citando Hans Kelsen, conclui que o conceito clássico de soberania “deve ser radicalmente mudado” (p. 04). No primeiro capítulo, o texto analisa as origens jusnaturalistas da ideia de soberania. Deve-se subdividir, neste talante, duas dimensões de soberania, quais sejam, a soberania interna e a soberania externa. Neste ponto, vale mencionar que, no tocante à ideia de soberania externa (de acordo com o autor, a primeira dimensão a se desenvolver), foram elaboradas as primeiras formulações do direito internacional moderno (Hugo Grotius), na tentativa de serem estabelecidos fundamentos jurídicos para a conquista do novo mundo. Neste momento, foram desenvolvidas importantes teses com a finalidade acima mencionada, a exemplo da *communitas orbis*, conforme sintetiza Ferrajoli: “o mundo inteiro, que de alguma forma é república, detém o poder de fazer leis justas e convenientes a todos, como o são as do direito das gentes... E não é lícito que um único reino recuse ser regido pelo direito das gentes: pois esse direito adveio da *autoridade do mundo inteiro*” (p. 09). Dessa forma, a ideia de soberania externa começa a ganhar seus contornos próprios, daí surgindo a ideia de direitos naturais na órbita internacional, isto é, preconizando-se a noção de comunidade internacional como sociedade natural de Estados igualmente Soberanos (ou, como quer o autor, modelo Vitoriano). No âmbito da soberania interna, desenvolveu-se uma ideia de Estado como “pessoa” ou como “homem artificial” (Hobbes), daí decorrendo as seguintes consequências: “Os Estados [...] encontram-se entre si na condição do *bellum omnium* própria do estado de natureza [...] A liberdade do Estado é a mesma que teria cada homem, se não houvesse leis civis e nem mesmo Estado. E os efeitos também são os mesmos, pois, assim como entre homens sem um senhor existe guerra perpétua... entre os Estados independentes entre si, cada Estado – e não cada homem – tem uma liberdade absoluta para fazer aquilo que julgará mais oportuno ao próprio interesse. E, além disso, eles vivem na condição de perpétua guerra e prontos para a batalha, com as fronteiras armadas e com os canhões apontados contra seus próprios vizinhos à sua volta” (pp. 21-22). Esse era, pois, o retrato das ideias de soberania externa e interna no período das formulações clássicas. Na perspectiva do modelo liberal, o autor também procede a uma análise enfocando a questão da limitação da soberania interna com a formação do denominado Estado de Direito, tendo como marco histórico a Revolução Francesa. Neste sentido, as lições de Ferrajoli: “O Estado [...] acaba sendo não apenas legitimado como ordem civil e racional, mas, no primeiro caso, é também identificado com o 'corpo moral e coletivo' de todos os cidadãos e, no segundo caso, é sublimado

Nesta perspectiva, os ensinamentos do autor José Eduardo Faria:

[...] a territorialidade [...] e as tradicionais normas abstratas, gerais, abstratas e impessoais, articuladas em termos hierárquicos por uma estrutura constitucional, têm sua efetividade crescentemente desafiada pelo aparecimento de regras espontaneamente geradas nos diferentes ramos e setores da economia, a partir de suas necessidades específicas (como é o caso, por exemplo, dos procedimentos normativos oriundos das práticas mercantis adotadas pelas empresas transnacionais na economia mundial)<sup>105</sup>

Esta realidade, no contexto do texto, tendenciona uma quebra do sistema jurídico monista tradicional tal como é conhecido em seu sentido tradicional, dando lugar a um sistema de verdadeiro pluralismo normativo, no sentido de coexistirem distintas ordens jurídicas autônomas dentro de um mesmo espaço geopolítico.

O conceito de soberania, neste quadrante, vem sendo relativizado pouco a pouco na ordem econômica globalizada, distanciando-se de sua noção clássica, mormente após o advento das três mais conhecidas revoluções burguesas no cenário mundial, quais sejam, a inglesa (1.686), a norte-americana (1.776) e a francesa (1789).

Com espreque nesta ideia, é de grande valia apontar as seguintes lições:

Toda essa engrenagem institucional forjada em torno do Estado-nação e o pensamento jurídico constituído a partir dos princípios da soberania, da autonomia do político, da separação dos poderes, do nonismo jurídico, dos direitos individuais, das garantias fundamentais, do *judicial review*, da coisa julgada, é que têm sido crescentemente postos em xeque pela diversidade, heterogeneidade e complexidade do processo de transnacionalização dos mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo. [...] Nesse

---

como 'substância ética' e 'espírito do mundo'. Em ambos os casos, o povo e os indivíduos de carne e osso anulam-se no Estado" (p. 29). No âmbito da soberania interna, portanto, na medida em que há a subordinação do próprio poder legislativo de maioria à Constituição escrita, bem como aos direitos fundamentais nela estabelecidos, a ideia de soberania como poder absoluto, de acordo com os ensinamentos de Ferrajoli, "se dissolve definitivamente". Por fim, o autor tece alguns dizeres acerca da crise hodierna da soberania em seu viés externo, complementando seu raciocínio crítico acerca da matéria em foco, na perspectiva do chamado "novo direito internacional". Em consonância com o entendimento do autor, os documentos consistentes na Carta da ONU, de 1945, e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, transformam a ordem jurídica do mundo subordinando juridicamente, o Estado, a duas normas fundamentais, quais sejam, o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos. A Carta da ONU, segundo o autor, equivale a um "verdadeiro contrato social internacional" (p. 40) inclusive reestruturando o próprio direito internacional e transformando-o em "pactício", tal qual hoje o concebemos de forma natural. A seu turno, a soberania, neste quadrante, já dissolvida integralmente na ordem interna, pela submissão do Estado ao regime jurídico constitucional, também toma o mesmo caminho na órbita externa, é dizer, por se submeter igualmente a um sistema de normas internacionais "caracterizáveis como *iuscogens* (direito internacional vinculador no tocante aos Estados-membros). Neste sentido, as lições de Ferrajoli: "No novo ordenamento, são de fato sujeitos de direito internacional não somente os Estados, mas também os indivíduos e os povos: os primeiros como titulares, nos confrontos de seus próprios Estados, dos direitos humanos a eles conferidos pela Declaração de 1948 e pelos pactos de 1966; os segundos enquanto titulares do direito de autodeterminação, reconhecido pelo artigo 1 dos mesmos Pactos" (p. 41). Desta feita, o autor termina seu texto advogando a necessidade de existência de um constitucionalismo de direito internacional, procedendo ao amarrão da nova realidade dos documentos existentes na ordem internacional, com a perspectiva dos direitos humanos positivados e a nova noção de soberania. Percebe o autor, portanto, um paradigma que prestigia o "constitucionalismo mundial" (p. 61) na seara da doutrina internacionalista.

<sup>105</sup>FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 15.

novo contexto sócio-econômico, embora em termos *formais* os Estados continuem a exercer soberanamente sua autoridade nos limites de seu território, em termos *substantivos* muitos deles já não mais conseguem estabelecer e realizar seus objetivos exclusivamente por si e para si próprios. Em outras palavras, descobrem-se *materialmente* limitados em sua autonomia decisória. [...] Numa situação extrema, os Estados chegam ao ponto de não mais conseguirem estabelecer os tributos a serem aplicados sobre a riqueza – esta é que, transnacionalizando-se, passa a escolher onde pagá-los<sup>106</sup>

Há que se fazer menção, pois, nesta nova perspectiva de soberania, a uma redefinição da própria soberania do Estado-Nação, fragilizada pelo equilíbrio dos poderes e a perda de autonomia de seu aparato burocrático, em um cenário que prestigia os setores econômicos vinculados ao sistema capitalista transnacional.

Cumprе mencionar, neste ponto, as seguintes lições do autor do texto:

Com o fenômeno da globalização, as estruturas institucionais, organizacionais, políticas e jurídicas forjadas desde os séculos XVII e XVIII tendem a perder tanto sua *centralidade* quanto sua *exclusividade*. No âmbito de uma economia transnacionalizada, as relações entre os problemas internacionais e os problemas internos de cada país vão sendo progressivamente invertidas, de tal forma que os primeiros já não são apenas parte dos segundos; pelo contrário, os problemas internacionais não só passam a estar acima dos problemas nacionais, como também a condicioná-los<sup>107</sup>

De acordo com a proposta defendida no trabalho, “*o direito e o pensamento jurídico, a exemplo da economia e do pensamento econômico no final dos anos 20, encontram-se próximos de uma exaustão paradigmática*”<sup>108</sup>

Dessa forma, alguns conceitos tradicionais dominantes na sistemática do modelo monista dá lugar a uma ideia de pluralismo normativo, haja vista a ocorrência de uma certa crise no tocante às falhas de articulação entre as próprias instituições.

O resultado do novo modelo ostentado pela dogmática jurídica no âmbito da economia globalizada é o exposto pelo autor nos seguintes termos:

Toda essa sofisticada técnica [...] é que está sendo posta em questão pelo complexo fenômeno da globalização econômica, envolvendo a um só tempo uniformidade e diferenciação, integração e fragmentação, continuidade e ruptura, codificação e deslegalização, controles diretos e controles indiretos, formalismo e informalismo, disciplina e punição, acumulação de riquezas e regulação privada, ordem jurídico-positiva estatal nacional e ordens normativas autônomas infranacionais e supranacionais etc.<sup>109</sup>

<sup>106</sup>FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 23

<sup>107</sup>FARIA, José Eduardo. Op. Cit., p. 32.

<sup>108</sup>FARIA, José Eduardo. Op. Cit., p. 39.

<sup>109</sup>FARIA, José Eduardo. Op. Cit., p. 46.

Destarte, eis que exsurge um novo paradigma para a ciência do direito na nova ordem econômica globalizada, englobando, inclusive, uma nova ideia de soberania. Acerca da nova noção de cientificidade, assevera o autor, *verbis*:

[...] um determinado raciocínio ou um dado argumento não é considerado 'científico' por ser resultante da aplicação global de um método qualquer, mas por ser produto da aplicação de modelos e de enfoques consensualmente aceitos, o que o singulariza como *evidente, verdadeiro e certo*.<sup>110</sup>

Portanto, a revolução científica na dogmática jurídica se deu com a alternância do paradigma das instituições do Estado liberal-burguês para um paradigma de “maturidade”, como quer Kuhn, invocando a ideia de “produção normativa como uma instância autônoma em relação à economia e à política”, inclusive quanto à ideia de soberania.

A doutrina especializada contemporânea procede a uma análise crítica a respeito da figura do Estado propriamente dito. O jurista mineiro Rosemiro Pereira Leal, em obra filosófica acerca do tema ora enfrentado, assim externa seu entendimento, *verbis*:

O Estado hoje, como aprisco fálico do fantasístico e alegórico, é ainda considerado o horizonte catártico dos vínculos de nacionalidade, internacionalidade e supranacionalidade pela mídia ortodoxa e alienante da sociedade civil.<sup>111</sup>

O Estado é o mito que, por ensino de vários pensadores (Hobbes, Hegel, Cassirer, Loewenstein), foi criado como aparelho imprescindível (instituição) de unificação pressuposta das vontades a possibilitar a naturalização (ontificação) do imaginário- -fantasístico das multidões a serviço das reinações dos estadistas (líderes carismáticos), dos soberanos, monarcas, chefes tribais.<sup>112</sup>

Vê-se que a pós-modernidade [...] significa um radical rompimento com a crença (mito) num dever fundamental de coerência e plenitude mental (responsabilidade inata) atribuídas estatalmente (no espaço-tempo) ao homem como condição essencial para sancioná-lo por danos ou delitos cometidos, valendo-se da presunção de total inocência do sistema jurídico punidor (Estado) a que o homem estiver submetido na qualidade de portador legal de obrigações.<sup>113</sup>

Quanto à questão da democracia propriamente dita, obtempera Leal que “*Criar uma democracia é o desafio da pós-modernidade que não mais recepciona uma lógica sacrificial ou da reta-razão pressuposta*”<sup>114</sup>. E, mais adiante, completa seu raciocínio:

A translação dos paradigmas de Estado-Liberal e Social de Direito para o chamado Estado Democrático de Direito ainda não trouxe resultados de qualidade de vida humana, porque o que há de novidade nessa forma de Estado é a concepção de direito democrático [...] Ora, o paradigma do

<sup>110</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 49.

<sup>111</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 19.

<sup>112</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Op. cit., p. 21.

<sup>113</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Op. cit., p. 21.

<sup>114</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Op. cit., p. 24.

Estado Democrático de Direito, na teoria processual da constitucionalidade brasileira, é o 'DEVIDO PROCESSO' no sentido de que o discurso constitucional se desenvolve e se legitima pelas co- -instituições (estado, procedimentos, povo, propriedade, mercado, ministério público, governo, funções administrativa, legislativa e judiciária) por ele criadas nos planos instituintes e constituintes (*devir normativo processual*) dos direitos constituídos. O 'DEVIDO PROCESSO', como paradigma meta-linguístico a ser constitucionalmente adotado para nomear o Estado Democrático de Direito, tem sua compreensão na virada linguística popperiana que impõe uma fiscalidade incessante (crítico- -discursiva), por uma linha de problematização constante e aberta processualmente a todos (controle difuso de constitucionalidade), da internormatividade teoricamente escolhida a reger o *advir* de uma Sociedade que, assim delineada e construível pela comunidade jurídica constitucionalizada, se qualifique Democrática<sup>115</sup>

Concluindo sua linha de pensamento, o aludido autor inova na moderna concepção da figura do Estado, no seguinte sentido:

Vive-se hoje essa 'desesperança', porque se está a repetir o medo do *non-liquet*, com entrega dos destinos humanos a esferas 'poderosas e carismáticas' do imaginário e da alucinação coletiva como a esperar '*fluxos*' milagrosos de uma construção [...] de um futuro tecnológico que [...] nos jogue não mais em um lugar helênico de pavoroso vazio já inerente ao existir agônico, mas num lugar (espaço) coloridamente vazio (diáfano, liso) das imagens e celebrações fantasísticas.<sup>116</sup>

Em poucas palavras, resumindo a longa digressão que fizemos, em direito democrático não paideico, na perspectiva da minha teoria neoinstitucionalista, a lei é criadora do texto normativo que é o direito. Com efeito, nessa concepção, a lei há de ter origem, em *nível instituinte*, numa teoria linguístico-jurídico-normativa pré-definida (entre teorias do processo) a co-institucionalizar (constitucionalizar), em *nível constituinte*, direitos, deveres, faculdades, vedações, permissões e suas estruturas (proposições) lógico-fundantes e respectivas instrumentalidades operacionais e organizacionais (procedimentos e funções) a se explicitarem, no *nível constituído*, com a publicação do provimento legislativo (LEI).<sup>117</sup>

Esta é, portanto, a nova tônica do Estado em suas estreitas relações com a economia, com a nova perspectiva de soberania e, juntando toda essa construção teórico- -doutrinária, com a ideia de Direito enquanto ciência.

### 3.2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS NOVOS PARADIGMAS

O Direito é a ciência que se ocupa da regulamentação de todos os aspectos da conduta humana. Questões obrigacionais, sociais, familiares, econômicas, humanitárias,

<sup>115</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 26/28

<sup>116</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Op. cit., p. 49.

<sup>117</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. Op. cit., 167.

valorativas, enfim, nada escapa ao controle de uma prescrição jurídica que tem na Lei, em sentido amplo, sua formulação essencial<sup>118</sup>.

Com espreque nesta premissa, e considerando todo o regramento legal incidente nas relações entre Poder Público Executivo e cidadãos/administrados, é que se deu a linha de investigação científica em foco, com lastro nas constatações abaixo.

Em primeiro lugar, lança-se razões de ordem cognitiva. Via de regra, o cidadão brasileiro não tem conhecimento acerca da plena vigência (e sobretudo do conteúdo) da legislação atinente ao processo administrativo nas três esferas da federação. Cumpre pontuar, *in casu*, a existência da Lei que regula o processo administrativo no âmbito federal (Lei 9.784/99), no âmbito do Estado de Minas Gerais (Lei 14.184/02) e no âmbito do Município de Uberlândia (Lei 8.814/04), sendo estes os prioritários campos de pesquisa.

A cada cidadão é disponibilizada, neste desenho, uma estrutura jurídica real com orientações acerca da deflagração de um processo administrativo para que sejam ali tratados variados assuntos de seu pessoal interesse, bem como a forma (princípio do formalismo moderado) de todos os atos respectivos, existência de prazos em cada fase alcançada durante o *iter* processual, e, após a prolatação da decisão pela autoridade administrativa competente, a possibilidade de reexame da questão pela autoridade hierarquicamente superior (fase recursal).

O mencionado desconhecimento culmina em ações que desconsideram o *status* e a força constitucional afetos aos direitos fundamentais sociais, a par da existência do devido processo legal administrativo consoante acima mencionado, da garantia principiológica constitucional da celeridade processual no âmbito da Administração Pública (artigo 5º, inciso LXXVIII) e de toda legislação infraconstitucional administrativa criada para imprimir um grau mínimo de eficácia às **prestações positivas obrigacionais** insculpidas no artigo 6º da Constituição republicana de 1988.

Em segundo lugar, é de se destacar as notícias veiculadas diuturnamente pelos meios de comunicação acerca do caminho que o Poder Executivo brasileiro, em todos os níveis da federação, tem escolhido para trilhar, lamentavelmente, na maioria das vezes, distanciando-se do “dever-ser” preconizado por esta mesma legislação já mencionada, o que tem gerado, como efeito direto e imediato, um descrédito assustador nas próprias instituições

---

<sup>118</sup> De acordo com as lições do Professor Alysson Leandro Mascaro, catedrático de Direito da USP, “[...] o caráter revolucionário de se estudar a totalidade dos fenômenos sociais como fenômenos que informam o direito está no fato de que, ao jurista, nada lhe deve escapar nem nada lhe deve ser estranho, porque é no todo que reside a razão de ser do direito. Ao jurista pleno, é preciso descobrir os fios escondidos que ligam as tantas relações sociais ao direito”, em MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11.

oficiais, não bastasse a violação dos direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais, o que por si só constitui motivação suficiente para realização de um trabalho com este viés.

Em terceiro lugar, acredita-se que o trabalho a ser realizado poderá converter-se em benefícios para a sociedade, na medida em que fornecerá à mesma dados científicos, sobretudo na área processual administrativa, assim como para acadêmicos e operadores do Direito, contribuindo para a evolução cultural da consciência coletiva no tocante às relações jurídicas levadas a efeito entre Poder Público e corpo social.

Onofre Alves Batista Júnior, em obra específica acerca do tema da participação dos administrados no cerne da Administração Pública, brinda-nos com os seguintes ensinamentos:

Quanto à participação 'direta' dos administrados no processo decisório levado a cabo no seio da Administração Pública, cabe afastar os dogmas liberais no sentido de que os atos da Administração encontram sua legitimidade democrática exclusivamente nas leis dos parlamentos, dispensando a existência de quaisquer outros mecanismos democráticos. Os modelos mais sociais de Estado exigem que a Administração Pública seja mais permeável ao meio social e às suas respectivas necessidades. Nesse sentido é que uma nova legitimidade calcada no consenso permite que se ultrapasse a crise atual da decisão autoritária, exigindo que a Administração Pública procure, com maior frequência, a celebração de acordos por meio de negociações. [...] A participação direta dos administrados no procedimento administrativo é decorrência das exigências de uma 'administração democratizada', como reflexo imediato do princípio constitucional democrático na administração pública.<sup>119</sup>

O Constitucionalismo contemporâneo, na perspectiva ora trabalhada, imprime nova leitura aos direitos fundamentais sociais, na medida em que exige do Estado uma real “ação positiva”, em detrimento da visão meramente programática dantes divulgada; mormente em favor dos cidadãos/administrados.

Dessa forma, todas as ações do Poder Público em seu âmbito de atuação, formalizadas por intermédio do devido processo legal administrativo, devem ter como ponto de partida a certeza segundo a qual políticas públicas e ações oriundas da esfera pública existem para concretizar direitos, ou um conjunto de direitos, sobretudo quando se trata da utilização de uma instituição pública.

Vale, pois, trazer a lume as lições da jurista portuguesa Cristina Queiroz:

Os direitos fundamentais devem ser interpretados a partir de uma compreensão que vá *para além* do seu caráter tradicional como 'direitos

---

<sup>119</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: QuartierLatin, 2007, p. 66/67.



jurídico-subjectivos' ou 'direitos de defesa' em prol de uma 'compreensão constitucional' que tenha em conta o 'sentido jurídico-objectivo' desses direitos e pretensões no seu conjunto. Que os compreenda, afinal, na sua 'função' como expressando um 'sistema' ou 'ordem concreta de valores' com todas as consequências daí advenientes. Perante este quadro, é justo reconhecer que os direitos não medeiam apenas entre o 'facto' e o 'valor', mas ainda entre o 'direito' e a 'política'.<sup>120</sup>

Aduzindo acerca da relevância do sistema dos direitos fundamentais no direito constitucional positivo pátrio vigente, destaca-se as seguintes lições de Ingo W. Sarlet:

Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais.[...] A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais.<sup>121</sup>

Este cenário vem ao encontro, inclusive, do que a moderna doutrina considera como devido processo legal, ou processo justo, trabalhando-se nova visão processual, quer no âmbito administrativo, quer na esfera judicial, que prestigia a inclusão dos direitos fundamentais na formação final do *decisum*, consoante as lições do processualista mineiro Dierle José Coelho Nunes:

Percebe-se, no processo, uma estrutura normativa de implementação de uma comparticipação que garantiria a tomada de consciência e de busca de direitos num espaço onde deve imperar a ampla possibilidade de influência na formação de decisões, no âmbito de uma *ordem isonômica*, ou seja, com a adoção de um contraditório em sentido forte (PICARDI, 2006, p. 212). O processo ganha, nessa perspectiva, enorme dimensão ao se transformar em espaço onde todos os temas e contribuições devam ser intersubjetivamente discutidos, de modo preventivo ou sucessivo a todos os provimentos, assegurando técnicas de fomento ao debate que não descurem o fator tempo-espacial do seu desenvolvimento. Ocorre que a estruturação desse processo somente pode ser perfeitamente atendida a partir da perspectiva democrática de Estado, que se legitima por meio de procedimentos que devem estar de acordo com os direitos humanos e com o princípio da soberania do povo (HABERMAS, 1994, p. 664). Em decorrência dessa perspectiva procedimental do Estado Democrático de Direito, vislumbra-se que nem a autonomia privada nem a autonomia pública possuem precedência, mas, sim, pressupõem-se mutuamente. No espaço procedimental discursivo criado, será possibilitada a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e de argumentos na formação falível da deliberação (HABERMAS, 1994, p. 662) [...] o procedimento é constitutivo de todo o processo de decisão, de modo que, para o aqui defendido **processualismo constitucional democrático**, a comparticipação e o policentrismo são institutivos de um processo normativamente disciplinado pelos direitos fundamentais, que garantirá uma formação adequada dos provimentos, sem que estes possuam conteúdos fixos

<sup>120</sup> QUEIROZ, C. **Direitos Fundamentais sociais** - Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, p. 199.

<sup>121</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 66.

predeterminados ao se aplicarem as normas (princípios e regras). Tal procedimento respeitará e fomentará a participação e contribuição de todos os envolvidos nas esferas decisórias.<sup>122</sup>(grifos como no original)

É de se destacar, assim, que o princípio democrático está a serviço não de um governo, qualquer que seja ele, ou mesmo do próprio Estado enquanto ficção jurídica, mas o ser humano, o cidadão deve ser o destinatário final das ações estatais, isto é, todos os esforços devem convergir no sentido de propiciar a cada pessoa a estrutura necessária à sua própria sobrevivência.

O Ministro Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, apresentando a obra do doutrinador Bruno Miragem<sup>123</sup>, assevera que tanto o Estado quanto a Administração Pública, na realidade, existem juridicamente para servirem aos cidadãos, *verbis*:

[...] e, nesta direção, nada mais certo do que serem aperfeiçoados tanto a possibilidade de controle social do Estado, quanto os meios de participação dos cidadãos na definição das políticas públicas e sua execução pela Administração Pública. [...] É, a Constituição, o Sol que ilumina o direito administrativo, assim como o faz em relação a todas as outras disciplinas jurídicas, e a partir dela é que se originam os deveres fundamentais que vinculam a todos, inclusive, e principalmente, o Estado e seus agentes<sup>124</sup>.

A seu turno, a hermenêutica jurídica, sobretudo nas modalidades sistemática e estruturante, presta importante auxílio na permanente construção de sentidos emprestados aos textos legais, contribuindo, desta feita, para que os direitos fundamentais sociais sejam concretizados na prática irradiando seus respectivos efeitos normativos na legislação infraconstitucional.

Acerca do que se denominou como “teoria estruturante do Direito”, o jurista alemão Friedrich Müller, em tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza disserta:

A compreensão falha da norma jurídica como juízo hipotético transformado em proposição de lógica formal, como ordem a ser igualada ao seu texto lingüístico, como premissa maior a ser tratada segundo as regras silogísticas, propõe, a partir da concretização do direito em formulação mais aguda, a questão de uma definição mais adequada da relação entre direito e realidade e com isso simultaneamente a questão de uma compreensão sustentável da norma, bem como da ciência jurídica como ciência das normas. Essa tentativa afeta necessariamente a compreensão do ordenamento jurídico positivo como um sistema<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 49/147.

<sup>123</sup> MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 07

<sup>124</sup> MIRAGEM, Bruno. Op. Cit., p. 07/09.

<sup>125</sup> MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 22.

Robustece esta linha de raciocínio a distinção trabalhada por Humberto Ávila:

*Normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. [...] Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso lingüístico e construídos na comunidade do discurso. [...] O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida”<sup>126</sup>.

Em suma, partindo-se de um trabalho de interpretação dos textos legais nos moldes retro mencionados, é de se concluir que o Poder Público terá condições de criar e implementar políticas públicas dentro dos novos padrões ditados pelo movimento constitucionalista, no tocante aos direitos fundamentais sociais.

E, para tanto, vale-se de uma perspectiva processual/procedimental que prestigia a ideia de comparticipação na formação da decisão final, concretizando e legitimando, a um só tempo, a **obrigação institucional** às prestações sociais positivas no âmbito das ações governamentais.

Soma-se a este quadro fático atual, alguns importantes valores que, de forma gradativa, vem ganhando espaço também nas questões publicistas, a exemplo da confiança, juridicizada pelo princípio da confiança, no âmbito das relações jurídicas levadas a efeito entre Administração e administrados.

Neste sentido, Bruno Miragem disserta acerca do Princípio da Confiança no âmbito da Administração Pública aduzindo o que se segue:

Como bem observa Rafael Maffini, em sua tese de doutoramento sobre o tema – em especial referindo as lições de Soren Schonberg – o princípio da proteção da confiança, no tocante à função administrativa do Estado, pode ser visto em tríplice perspectiva: primeiro, uma proteção procedimental da confiança, que se identifica com a processualização da atividade administrativa de modo a assegurar a participação de seus destinatários; segundo, uma proteção compensatória, segundo a qual cumpre ao Estado o dever de ressarcir os prejuízos decorrentes da frustração de expectativas legítimas que gerou nos administrados; e terceiro, uma proteção substancial da confiança, por intermédio de um conjunto de normas jurídicas que permitam a manutenção e estabilização das relações jurídicas decorrentes da atuação administrativa, em face de expectativas que, por razões especiais, sejam legítimas. Daí é possível sintetizar o conteúdo do princípio de

<sup>126</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 30/33-34.

proteção da confiança no direito administrativo [...] como o *mandamento pelo qual é devida a proteção às expectativas geradas nos administrados, em relação ao comportamento atual ou futuro da Administração, de modo razoável, na atuação pretérita desta, ou na sua conformidade com o direito vigente, seja por intermédio da estabilização de relações jurídicas havidas ou da responsabilidade da Administração*<sup>127</sup>

Destarte, a figura do cidadão, enquanto indivíduo destinatário final de todos os esforços da atividade administrativa vem, cada vez mais, ganhando importância, sobretudo com relação à perspectiva da concretização de direitos fundamentais. Interessante ressaltar, pois, a leitura do jurista Antônio Carlos Wolkmer acerca da temática ora enfrentada, porquanto com relação à ideia de supremacia do indivíduo, o autor assevera que o indivíduo é a forma mais expressiva da realidade existente. Por sua vez, a sociedade consiste em uma *irrealidade*<sup>128</sup>.

Lado outro, para as doutrinas que defendem a supremacia da figura do Estado, a exemplo da construção teórica hegeliana, o Estado está acima da sociedade e do indivíduo. Isto equivale à conclusão no sentido de que a liberdade real traduz-se na subordinação e a participação individual insere-se na esfera da liberdade estatal.

Vale apontar, ainda, dentro do contexto da Administração Pública e os respectivos direitos fundamentais dos cidadãos, a relação trabalhada por Wolkmer acerca da legalidade e legitimidade, no sentido de que o mesmo verbera ser impossível o estabelecimento de qualquer ordem política e jurídica centrada exclusivamente na força material do poder. Desde logo, lança ainda seu entendimento acerca da *legitimidade*, a saber: “*condição de valores consensualmente aceitos e que refletem os interesses, as aspirações e as necessidades de uma determinada comunidade*”<sup>129</sup>. Ainda em consonância com o entendimento deste doutrinador:

A legalidade reflete fundamentalmente o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva. [...] a legitimidade incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos. [...] a concretização da legitimidade supõe a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com as acepções do justo advogadas pela coletividade<sup>130</sup>.

Cumprido, neste momento, apontar a definição de legitimidade trabalhada pelo ex-ministro do Supremo, Eros Grau: “adequação entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como

<sup>127</sup> MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 248

<sup>128</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.

<sup>129</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Op. Cit., p. 80.

<sup>130</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Op. Cit., p. 81.

justificadora do preceito normativo”. Segundo o autor, legitimar não deixa de ser uma justificação relacionada ao Estado e ao Direito, haja vista que os atores sociais reconhecem algumas dadas condições como boas e justas.

Em uma diferenciação sumária a respeito das ideias de legalidade e legitimidade, pode-se compreender o seguinte:

a) *legalidade*: compreende uma 'qualidade do exercício de poder'. [...] A legalidade enquanto possibilidade para um Estado-de-Direito assenta-se numa suposta neutralidade axiológica e na universalidade de princípios adequados à ordem e à segurança. [...] b) *legitimidade*: 'qualidade do título de poder'. [...] move-se no espaço de crenças, convicções e princípios valorativos. Sua força não repousa nas normas e nos preceitos jurídicos, mas no interesse e na vontade ideológica dos integrantes majoritários de uma dada organização social<sup>131</sup>.

Enfim, com relação à estrutura do Direito como fenômeno ideológico, Wolkmer assim leciona:

O sistema jurídico, como conjunto de normas, de práticas, de costumes e de valores, é eminentemente estatal. Todo sistema jurídico está umbilicalmente ligado a um tipo de Estado – feudal, socialista, democrático-burguês. Ele exprime, em normas jurídicas, as ideias, os objetivos, as necessidades, os conceitos das classes existentes. Porém dominam no sistema jurídico, em cada Estado e em cada momento, as ideias, as relações sociais, os conceitos da classe dominante. Todo sistema jurídico traz a marca de uma classe social dominante na sociedade<sup>132</sup>.

Com relação ao positivismo jurídico, a ideologia incide é explicada por sua própria materialidade coercitiva e concreta (organização normativa e hierarquizada), conferindo validade e eficácia a todo o sistema. Neste contexto:

[...] o Direito se apresenta como um instrumento de ação política. As normas jurídicas têm como finalidade a realização da política da classe dominante. O Direito, por conseguinte, é meio que, em última análise, reveste a forma ideológica. [...] o Direito faz parte de uma superestrutura ideológica<sup>133</sup>.

Acerca da ideia de legitimidade no Estado Democrático de Direito, Kriele assevera que esta tem vinculação à ideia de justificação, a qual, por sua vez, é diretamente ligada à questão da soberania. Para o autor, “*neste sentido, a questão da legitimidade é a parte interna da questão da soberania*”<sup>134</sup>.

Na acepção trabalhada no texto, ainda que o cidadão não concorde com um ato emanado do Estado (por exemplo, uma decisão judicial, por ser esta contrária aos seus

<sup>131</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 83/84.

<sup>132</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Op. Cit., p. 155.

<sup>133</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Op. Cit., p. 170.

<sup>134</sup> KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do Estado**. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009.

interesses), a legitimidade incidente sobre o órgão tem o condão de fazer com que, futuramente, possamos até mesmo aprovar a razão de decidir de um magistrado.

Mais adiante, o autor verbera que “*a legitimidade de toda a ordem estatal corresponde à autoridade do respectivo detentor do poder público. Com outras palavras, numa ordem legítima, o titular da função pública tem autoridade*”<sup>135</sup>.

Com relação à temática do positivismo jurídico relacionado à legitimidade, a ideia é a de que o direito positivo obriga a partir de si mesmo, devendo-se separar rigorosamente a obrigação jurídica e a obrigação moral. Neste sentido, a legitimidade significa o reconhecimento interno dessa ordem. De acordo com o autor:

Max Weber definia a vigência de uma ordem como 'a chance de que a ação seja orientada na ideia da existência de uma ordem legítima'. Melhor seria dizer: uma ordem vale, quando na desconsideração das suas determinações, a ideia da obrigatoriedade destas determinações desperta. [...] Os motivos da ação legal são, frequentemente, de outra espécie<sup>136</sup>.

Neste contexto, o aludido autor tece considerações acerca da tipologia afeta ao Estado Constitucional e Democrático de Direito alemão, bem como sobre a influência da teoria do Direito Público na teoria do Estado, aduzindo que “*o dizer: paz, liberdade e equidade são fundamentos da legitimidade do Estado Constitucional Democrático*”<sup>137</sup>.

### **3.2.1 Uma (re)leitura dos direitos fundamentais no plano das ações administrativas**

Em prosseguimento a este novo viés com foco no agir administrativo, é de se destacar a doutrina contemporânea com relação à alegada interconexão entre Administração Pública e concretização de direitos fundamentais.

Para tanto, o administrativista Gustavo Binenbojm inicia suas considerações procedendo a uma desconstrução acerca do princípio da supremacia do interesse público, mormente no que respeita à questão do uso histórico da mencionada norma como exercício arbitrário da discricionariedade.

Neste sentido, citando o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, aduz que a noção de interesse público é, para ele, “um interesse comum a todos os indivíduos, e que representa o ideal de bem-estar e segurança almejado pelo grupo social” (p. 87). Partindo-se deste ponto, o autor

<sup>135</sup> KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do Estado**. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009. p. 33.

<sup>136</sup> KRIELE, Martin. Op. Cit., p. 50.

<sup>137</sup> KRIELE, Martin. Op. Cit., p. 21.

assevera que “o problema teórico nodal [...] encontra-se na adoção de uma concepção unitária de interesse público, como premissa, e na afirmação, logo em seguida, de um princípio de supremacia do público (coletivo) sobre o particular (individual)”<sup>138</sup>

Citando Fábio Medina Osório, aponta-se as seguintes lições doutrinárias:

São múltiplas as fontes constitucionais da superioridade do interesse público sobre o privado. Dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública decorre a superioridade do interesse público em detrimento do particular, como direção teleológica da atuação administrativa. Resulta clara, na sequência, a relação entre o imperativo conteúdo finalístico da ação administrativa (consecução do interesse público) e a existência de meios materiais e jurídicos que retratam a supremacia do interesse público sobre o privado<sup>139</sup>.

Na sequência, extrai-se as seguintes constatações do autor do texto, tendo por base obra específica do jurista Humberto Bergmann Ávila:

[...] verifica-se não ser possível extrair 'o princípio da supremacia do interesse público' da análise do conjunto normativo constitucional, haja vista a ampla proteção dispensada aos interesses particulares, de tal maneira que aceitá-lo como norma-princípio significaria sucumbir à inconsistência sistêmica que representa e afrontar a constante busca pela unidade constitucional<sup>140</sup>.

Fica evidente, assim, o esvaziamento do referido princípio como fundamento de validade para qualquer intervenção estatal, que, pelo princípio da legalidade, pressupõe previsão normativa<sup>141</sup>.

Neste descortino, o autor lança ainda a posição intermediária de Luís Roberto Barroso, segundo a qual “o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover”<sup>142</sup>.

Assim, o autor propõe uma perspectiva de análise com relação ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular de acordo com a constitucionalização do Direito Administrativo, conforme se depreende do seguinte trecho:

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura *maleável* dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais, e não na sua limitação em prol de algum interesse da

<sup>138</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 88.

<sup>139</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit., p. 91/92.

<sup>140</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit., p. 96.

<sup>141</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit., p. 98.

<sup>142</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit., p. 101.

coletividade, impõe ao legislador e à Administração Pública o dever jurídico de *ponderar* os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização<sup>143</sup>.

Neste diapasão, de acordo com o autor, o sentido jurídico de *ponderação* se dá como um método destinado a estabelecer relações de *prevalência relativa* entre elementos que se entrelaçam, a partir de critérios formais e materiais postos ou pressupostos pelo sistema jurídico. Ponderam-se assim, na dicção do autor, “*bens, princípios, finalidades ou interesses, conforme os elementos que se encontrem em jogo numa dada situação*”<sup>144</sup> Exemplificando, o autor lança os seguintes apontamentos, a saber:

Tome-se, à guisa de exemplo, o tratamento jurídico dispensado pelo direito brasileiro ao direito de propriedade. A Constituição da República, no seu artigo 5º, XXII, assegura o direito de propriedade em seu elenco de direitos fundamentais. Logo no inciso seguinte (art. 5º, XXIII), o constituinte dispôs que 'a propriedade atenderá a sua função social'. [...] Assim, a lei deverá prever um conjunto de restrições aos poderes do proprietário de modo a assegurar que a propriedade privada cumpra sua função social. Leis que incentivem ou imponham o adequado aproveitamento do solo urbano e dificultem ou impeçam a especulação imobiliária são exemplos de atos legislativos *otimizadores* dos vetores contidos nos incisos XXII e XXIII do art. 5º da Constituição. [...] Neste caso, caberá à Administração Pública identificar as situações que se enquadrem na moldura legal, dando concretude ao seu comando<sup>145</sup>.

Enfim, o texto em análise tem como propósito “desmistificar”, por assim dizer, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no atual cenário do constitucionalismo contemporâneo, o qual há muito deixou de ser uma das pedras de toque do Direito Administrativo, passando a servir como “legítima” fundamentação para decisões descompromissadas com a legalidade no âmbito do poder público, mas hoje cedendo lugar a uma leitura constitucionalista (direitos fundamentais) no plano das ações administrativas.

Ainda acerca desta temática, o Professor Dr. Fernando Rodrigues Martins também chama a atenção para os novos paradigmas do direito administrativo. Neste sentido, estruturalmente, o texto tem início com a “nova roupagem” (visão) atribuída pela moderna doutrina com relação ao Princípio da Supremacia do Interesse Público na perspectiva do Princípio da Ponderação em razão do surgimento dos direitos fundamentais:

É importante frisar que a ciência jurídica pós-moderna tem avançado no sentido de reconhecer os valores da justiça e da democracia no âmbito constitucional e infraconstitucional, especialmente por conta da 'virada

<sup>143</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 104/105.

<sup>144</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit., p. 109.

<sup>145</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit., p. 110.



Kantiana' dos direitos fundamentais, reaproximando a ética e o direito com fundamento no imperativo categórico (cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo). E essa tendência permite a derrocada de quatro dogmas anteriormente consagrados no direito administrativo: i) a supremacia do interesse público sobre o interesse privado; ii) a estrita legalidade como vinculação absoluta à norma jurídica; iii) a impossibilidade de rediscussão do mérito administrativo; e iv) a catedral do Poder Executivo unitário, fundado em relações exclusivas de subordinação hierárquica. A partir desse deslocamento paradigmático, o interesse público pode prevalecer desde que corresponda à concretização dos interesses superiores normativos da coletividade e não se oponha a interesse nitidamente privado com assento nos direitos fundamentais espargidos na Constituição Federal<sup>146</sup>

Na sequência, o autor procede a uma abordagem dos principais princípios “enformadores” do direito administrativo, na novel perspectiva do direito administrativo constitucional, a saber: princípio da legalidade, da moralidade administrativa, da impessoalidade, da publicidade, da eficiência e, enfim, da proporcionalidade e da razoabilidade. Senão, vejamos:

A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à Lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Haurorriou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de princípio da juridicidade administrativa. [...] Tal idéia, de vinculação ao direito não plasmado na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas. [...] A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito passa a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem<sup>147</sup>.

[...] não faz sentido atentar contra as instituições e seus valores fundamentais em razão de concepções da moral, mas é perfeitamente possível zelar pela moralidade administrativa, por meio da correta utilização dos instrumentos para isso existentes na ordem jurídica, entre os quais merece destaque o processo administrativo, pela extrema amplitude de investigação que nele se permite, chegando,

<sup>146</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 172.

<sup>147</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Op. Cit., p. 186.

mesmo, ao mérito do ato ou da decisão, ao questionamento de sua oportunidade e conveniência<sup>148</sup>.

[...] averbe-se que, desde a formação do ato administrativo ou a instauração até o encerramento do processo administrativo ou judicial ao administrador ou ao órgão presidente e condutor dos trabalhos, exige-se, além de sua isenção, também a abnegação e desapego em face dos direitos colidentes<sup>149</sup>.

[...] o princípio da publicidade se posta (i) como uma garantia aos administrados de tomar conhecimento das decisões e posturas públicas (*transparência*); (ii) como comprovação da cognoscibilidade prévia do ato administrativo ou norma jurídica para a presunção do consenso geral e abertura a eventual impugnação (*vigor*); (iii) como requisito de geração de efeitos do ato administrativo à coletividade, difundindo a sua forma escrita (*eficácia*); (iv) como instrumento de prevenção à quebra da segurança jurídica por vezes rompida por manifestações administrativas impostas pela surpresa e pela lacunosidade (*confiança*)<sup>150</sup>.

O princípio da eficiência impõe a análise dos resultados obtidos em face dos fins exigíveis da Administração Pública. Portanto, reflete um processo de investigação da eficácia social do serviço público (efetividade). Mas esta eficácia liga-se umbilicalmente aos meios utilizados pela Administração para alcançar o fim colimado. Dito isso, pode-se concluir que esse meio deve ser adequado frente à decisão administrativa tomada, levando-se em conta também a pauta econômica<sup>151</sup>.

[...] o vetor preponderante da razoabilidade encontra-se na interpretação, que é arte exclusivamente humana, autorizando a dispensa da lógica tradicional, não criativa nem transformadora, senão conformadora<sup>152</sup>.

[...] a proporcionalidade refere-se ao dever de os órgãos públicos atuarem de forma necessária e adequada ao cumprimento de objetivos selecionados, com vistas ao interesse público. A proporcionalidade valora a decisão administrativa tomada a partir do cumprimento de um fim que ativou o exercício da administração pública e ainda, funcionalmente, cumpre um papel de proibição de excesso e liberdade individual<sup>153</sup>.

Enfim, o mencionado autor contribui com sua visão humanista no que concerne a este novo âmbito de análise na esfera da Administração Pública<sup>154</sup>.

<sup>148</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 191.

<sup>149</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Op. Cit., p. 193.

<sup>150</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Op. Cit., p. 199/200.

<sup>151</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Op. Cit., p. 207.

<sup>152</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Op. Cit., p. 212.

<sup>153</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. Op. Cit., p. 215.

<sup>154</sup> À guisa de conclusão, aduz o autor: “De frisar, porém, que esses princípios não existem ‘para’ a Administração Pública. [...] Essa intelecção tem a seguinte finalidade: a proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana é que se escancara no abaixar das cortinas da Administração”, em MARTINS, Fernando

### 3.3 A LEI 9.784/99 E O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

Uma vez demonstrado, ainda que de forma sucinta, o funcionamento basilar da Administração Pública, faz-se necessário trazer à baila alguns aspectos da legislação hodierna referente ao processo administrativo.

No tópico anterior verificou-se que a função administrativa é exercida por agentes públicos, que compõem os órgãos públicos e externalizam seus atos funcionais através do processo administrativo, tendo como destinatários finais os administrados.

Seguindo nesta linha, como em sede de Direito Público, e notadamente na seara administrativa, toda ação gravita em torno da lei, urge, portanto, demonstrar o íntimo relacionamento existente entre ação estatal, processo administrativo e princípio da participação popular, sendo estes dois últimos, pois, amplamente alcançados e prestigiados pela legislação brasileira (Lei 9.784/99).

Neste contexto de predominante interação, vale ressaltar, em um primeiro instante, alguns conceitos inerentes à figura do processo administrativo, elucidados pela melhor doutrina, para que, assim, fique clarividente o fenômeno da processualística administrativa no ordenamento jurídico brasileiro.

Para o professor Toshio Mukai, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o que existe são, na realidade, vários procedimentos administrativos, como se observa em seu entendimento:

A Administração Pública, no desenvolvimento de suas atividades - expedição de um ato administrativo, realização de licitações, contratos, averiguação de infrações administrativas etc. utiliza-se de diferentes procedimentos administrativos, que, em geral, são indistintamente chamados de processos administrativos.<sup>155</sup>

A seu turno, a professora Shirlei Silmara de Freitas Mello, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, aduz, com singular maestria, a respeito da lei 9.784/99 e o processo administrativo:

Ao administrado cabe interagir com a Administração. Mas agora se sabe *quando, em que via e como*. A lei 9.784/99 estabelece normas gerais ("básicas") sobre o procedimento contraditório perante a Administração Federal direta e indireta tendo em vista a proteção dos direitos dos administrados e a satisfação das necessidades públicas. O conteúdo da lei

---

Rodrigues. **Controle do patrimônio público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 223.

<sup>155</sup> MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 508.

aplica-se também aos demais Poderes da União, quando em exercício da função administrativa.<sup>156</sup>

Ainda com relação ao conceito de processo administrativo, o autor Nelson Nery Costa procede a uma interessante análise acerca das diversas noções existentes sobre a aludida temática. Dessa forma, observam-se os seguintes ensinamentos:

Ao analisarem-se os diferentes aspectos do conceito, pode-se observar a existência de quatro noções diferentes de processo administrativo. Em primeiro lugar, existem os conceitos que se baseiam no seu sentido estrito, caracterizando o processo como a série de documentos que formam a peça administrativa. Em segundo, observam-se as análises feitas com sentido mais amplo, quando se trata da relação entre a Administração e o administrado, o conjunto de atos ordenados para a solução de uma controvérsia administrativa. Há, ainda, aqueles que também conceituam como processo administrativo o conjunto de medidas preparatórias para uma decisão final da Administração. Por fim, alguns autores simplesmente utilizam essa expressão como sinônimo de processo disciplinar (por exemplo, José Cretella Júnior).<sup>157</sup>

Mais adiante, arremata seu raciocínio exteriorizando seu próprio entendimento a respeito do conceito de processo administrativo, nos seguintes termos:

Pode-se afirmar, portanto, que o processo administrativo é o conjunto de atos administrativos, produzidos por instituições públicas ou de utilidade pública, com competência expressa, respaldados em interesse público, que são registrados e anotados em documentos que formam peças administrativas, disciplinando a relação jurídica entre a Administração e os administrados, os servidores públicos ou outros órgãos públicos.<sup>158</sup>

Quanto aos autores Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, estes destacam, dentro do conceito de processo administrativo, a dinâmica da Administração Pública, bem como a necessidade do império deste em face à prática da arbitrariedade. Senão, vejamos:

Processo administrativo é Administração em movimento, ou, como quer Feliciano Benvenutti, processo administrativo é a forma da função administrativa [...] Nada do que nele se passa é alheio aos interesses dos administrados, por mais remotamente que seja. [...] Cabe jamais esquecer: o processo administrativo aberto, visível, participativo, é instrumento seguro de prevenção à arbitrariedade. Se bem é certo que a função administrativa não se perfaz somente pela via do processo administrativo, inequívoco que essa é a via majoritária.<sup>159</sup>

<sup>156</sup> MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela Cautelar no Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 338.

<sup>157</sup> COSTA, Nelson Nery. **Processo Administrativo e suas espécies**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 05.

<sup>158</sup> COSTA, Nelson Nery. **Processo Administrativo e suas espécies**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 06/08.

<sup>159</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 23/24.

Por sua vez, o autor EgonBockmann Moreira profere interessante análise acerca da profunda relação existente entre processo administrativo (através do princípio do contraditório), participação popular e Estado Democrático de Direito, de grande valia, aliás, ao nosso estudo, nos seguintes termos:

Emerge cristalino o vínculo entre o princípio do Estado Democrático de Direito e o contraditório. No processo administrativo trata-se de uma das exteriorizações do direito de participação dos particulares frente à Administração Pública, pois - tal como leciona Bacellar Filho - 'a declaração do direito ao caso administrativo não é tarefa exclusiva da Administração, mas de todos os protagonistas do processo'. Ora, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a integração do particular na esfera pública, segundo normas jurídicas preestabelecidas. As pessoas privadas detêm o direito de conhecer, participar, influenciar e controlar a atividade da Administração. O processo administrativo é justamente um dos meios através dos quais se dá o exercício da cidadania, garantido pelo contraditório.<sup>160</sup>

Neste esboço, diante dos mais variados conceitos apresentados pela doutrina especializada, há que se estabelecer uma conexão entre o processo administrativo, a participação popular e, notadamente, o Estado Democrático de Direito, responsáveis pela construção da moderna concepção de Administração Pública democrática.

Em nosso ordenamento, quem confere, pois, no aspecto legal, toda essa relevante comunicação dos referidos institutos jurídicos é a lei 9.784/99.

Assim, o artigo 3º do supramencionado diploma legal, pertencente ao capítulo II ("Dos Direitos dos Administrados"), traz a lume um rol não taxativo de direitos garantidos à classe ora em comento, conforme se verifica pela análise do aludido dispositivo, *in verbis*:

Art. 3º: O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, **sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: (G.N.)**

- I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;
- II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condido de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;
- III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;
- IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.<sup>161</sup>

<sup>160</sup> MOREIRA, EgonBockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99.**

São Paulo: Malheiros, 2000. p. 226.

<sup>161</sup> BRASIL. **VadeMecum Saraiva.** Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.p. 1700.

Primeiramente, é interessante afirmar que, em se tratando de processo administrativo, com todas as peculiaridades e finalidades garantidas por ele, conforme se extrai da sua própria conceituação acima elucidada, a lei 9.784/99 confere aos administrados uma série de direitos.

Estes se apresentam tanto através do rol de incisos componentes do próprio artigo 3º, de acordo com o acima descrito, quanto por outros direitos existentes nas diversas disposições que dão corpo ao texto legal ora em comento.

Neste sentido, obtempera o jurista José dos Santos Carvalho Filho:

A lei assegura vários direitos aos administrados no processo administrativo. Apesar disso, enumera apenas quatro, sem, contudo, deixar de assinalar que há outros direitos difundidos nas diversas normas que compõem o diploma legal. Na verdade, não há qualquer prevalência dos direitos enumerados em relação aos demais direitos espalhados na lei, como se poderia pensar a princípio. Todos são direitos e têm idoneidade de produzir efeitos do mesmo nível jurídico.<sup>162</sup>

A título de complemento do estudo ora posto em voga, alerta ainda o supracitado doutrinador que a lei 9.784/99, em que pese o fato de ter previsto direitos de administrados apenas em relação à Administração, tal fato não obsta a existência e, mais do que isso, o exercício de direitos também perante outros administrados, em consonância com os seguintes dizeres: "*A despeito de ter a lei feito referência apenas aos direitos dos administrados **perante a Administração**, é certo que existem direitos de administrados perante outros administrados que figurem ou possam figurar no processo*".<sup>163</sup>

Desta feita, a legislação concernente ao processo administrativo no âmbito federal, e por simetria estendida aos demais entes da federação, indubitavelmente, prestigia a incidência de outros direitos assegurados aos administrados, sem que haja prejuízo do exercício destes.

Esse é, pois, o ponto alto de nosso estudo; vez que, ao contemplar os administrados com vários outros direitos garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, através da expressão "**sem prejuízo de outros [direitos] que lhe sejam assegurados**", a Lei 9.784/99 está, diretamente, permitindo e, mais do que isso, até mesmo ratificando a existência da participação popular na seara do processo administrativo.

---

<sup>162</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei 9.784, de 29/01/1999)**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.71.

<sup>163</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., p. 72.

Isto porque, ao nosso sentir, *data vênia*, não existem apenas os direitos elencados nos quatro incisos do artigo 3º e outros espalhados ao longo do texto da referida lei, como elucida o ilustre autor Carvalho Filho (cf. nota nº. 123).

A multiplicidade de legislações existentes dentro do sistema jurídico na atualidade, bem como a complexidade das relações travadas entre os membros de uma sociedade, confere a estes variados direitos que devem, inegavelmente, ser analisados em conjunto.

Cabe aqui, portanto, trazer á baila a chamada "Teoria do Diálogo das Fontes", altamente aplicada, aliás, no ramo do Direito Consumerista.

Tal estudo, para o presente trabalho, tem a finalidade de verificação da possibilidade de integração entre o sistema legal constitucional, a contemporânea versão de Administração Pública e o vigente diploma legal dizente ao processo administrativo.

Neste diapasão, vale ressaltar que a aludida teoria tem suas raízes fincadas na Alemanha, através do Mestre de Heidelberg Erik Jayme, precursor desta, em seu curso geral de Haia, de 1995, e, no Brasil, divulgada pela doutrinadora Cláudia Lima Marques<sup>164</sup>.

Para tanto, a idéia inicial do diálogo das fontes consubstancia-se na chamada "cultura pós-moderna no Direito", que se caracteriza pela mudança de paradigma, através de elementos como o pluralismo e a comunicação.

Conforme adrede mencionado, esse pluralismo é derivado da extensa produção legislativa destinada a regular o mesmo fato e destinada a proteger um sem número de sujeitos, que estejam sob a égide de uma ordem jurídica.

De acordo com o ensinamento de Cláudia Lima Marques, "o diálogo é que legitima o consenso", em uma perspectiva filosófica<sup>165</sup>. Transportando, assim, para a temática ora trabalhada, é justamente essa "legitimidade" e esse "consenso" que devem apoiar a inserção do princípio da participação popular no processo administrativo, este último prestigiado no regramento brasileiro pela Lei 9.784/99.

Assim, tendo em vista a verificação de que o legislador brasileiro está, cada vez mais, exercendo sua função preponderante sobre temas convergentes, de forma efetiva, faz-se necessário que se estabeleça uma "coordenação"<sup>166</sup>, entre os diplomas legais do nosso ordenamento. Tal realidade propiciará a existência de um sistema jurídico equilibrado, eficiente e justo, como elucida a doutrinadora supracitada.

---

<sup>164</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 26/29.

<sup>165</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM Bruno. Op. cit., p. 26.

<sup>166</sup> Expressão utilizada por Cláudia Lima Marques.

Seguindo nesta linha, aduz Cláudia Lima Marques a respeito da urgente necessidade de se contemplar uma harmonização e uma coordenação legislativa, considerando-se a amplitude do Direito contemporâneo. Senão, vejamos:

A doutrina atualizada, porém, está à procura hoje mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) do que da exclusão. É a denominada 'coerência derivada ou restaurada'; que procura uma eficiência não só hierárquica, mas fmcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a "nãocoerência".

Dessa forma, Érik Jayme propõe então a coordenação das diversas fontes legislativas que existem de forma convergente, para que se tenha, enfim, um direito útil e acostado em uma satisfatória harmonia e coordenação. Neste sentido, verificam-se os válidos dizeres de Cláudia Lima Marques:

Na belíssima expressão de Erik Jayme, é o atual e necessário 'diálogo das fontes' (*dialogue dessources*), a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. 'Diálogo' porque há influências recíprocas, 'diálogo' porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente [...]. U na solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).<sup>167</sup>

Neste espeque, ao transportarmos esses ensinamentos para o campo do Princípio da Participação Popular, bem como para o da Lei 9.784/99, é de fácil constatação que, sem sombra de dúvidas, deve haver um real diálogo entre essas duas fontes legislativas, quais sejam: a Constituição Federal de 1988 (que preconiza implicitamente o princípio da participação popular) e a Lei 9.784/99 (que dispõe sobre o processo administrativo e, especialmente em seu artigo 3º, abrindo margem à incidência de outros direitos dirigidos aos administrados, nesta linha, previstos também ao longo do texto constitucional).

Vale salientar, inclusive, considerando-se como fundamento constitucional para a questão ora prestigiada, que a Lei Maior de 1988 além de homenagear, ainda que implicitamente, a aplicação do Princípio da Participação Popular, reforça, agora sim de forma expressa, a possibilidade de irradiação de seus efeitos no ordenamento, com o comando do § 2º do artigo 5º, dispondo, em linhas gerais, que direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...]".

<sup>167</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 28/29.



Esta interpenetração das aludidas fontes legislativas, conforme visto é o que sustentará, de forma legítima, consciente, eficiente e de satisfatória operabilidade, tanto o processo administrativo (através da Lei 9.784/99), quanto a participação popular (consubstanciada como norma principiológica no decorrer de todo texto da Lei Maior).

Destarte, o resultado ao ser alcançado será altamente benéfico para a própria Administração e para os administrados, desde que haja a correta interação entre os diplomas legais envolvidos, proporcionando assim, a ampliação e a possibilidade de efetivo exercício dos direitos dos administrados, como quer a Lei 9.784/99, e a aplicabilidade prática do princípio da participação popular, como manda os diversos comandos constitucionais vigentes, espalhados pela Carta Magna de 1988.

Enfim, essas ações, inevitavelmente, irão propiciar uma otimização do processo administrativo, dos direitos dos administrados e, por via de consequência, do funcionamento da própria máquina estatal, através de seus elementos fundamentais: agentes, órgãos e função pública.

#### 4. O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Primeiramente, faz-se necessário trazer a lume o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro acerca do princípio da participação popular no cenário da Administração Pública.

O aludido princípio, seguindo a linha da supramencionada doutrinadora, apresenta-se tanto no aspecto da gestão quanto na questão do controle da Administração Pública. É, assim, vinculado à idéia de Estado Democrático de Direito, inclusive, ressaltada no Preâmbulo da vigente Carta Magna de 1988<sup>168</sup>.

Ainda em consonância com o pensamento de Di Pietro, é lícito afirmar, conforme tivemos a oportunidade de observar no tópico anterior do presente capítulo, que o princípio ora homenageado é decorrência implícita de diversas normas que prestigiam a participação popular nos mais variados setores da Administração Pública, como por exemplo, a lei que regulamenta o processo administrativo - Lei 9.784/99 - e, especialmente, na seara da ordem social.

Dessa forma, conforme tentamos demonstrar ao amigo leitor ao longo deste trabalho é interessante ter em mente que a participação dos administrados no cerne da Administração tem sido, em termos de gestão pública, uma importante alternativa para a efetivação dos direitos daqueles, bem como um eficiente instrumento de controle.

Neste diapasão, vale salientar que o significado, a idéia de participação transcende até mesmo o aspecto jurídico, chegando a alcançar um conceito filosófico, de acordo com o entendimento de Luigi Zampetti, citado por Fabiana de Menezes Soares:

Zampetti define participação como autodeterminação do homem. O homem que não participa não pode ser considerado 'pessoa', não é livre, é objeto. A base da diferença entre o 'sistema representativo' e o 'sistema participativo' está no fato de que no primeiro os sujeitos ativos são apenas alguns, ao passo que no segundo, são todos. Continuando, afirma que a noção de comunidade não significa mais um conjunto de indivíduos passivos, mas de pessoas, sujeitos ativos.<sup>169</sup>

Esta concepção pode perfeitamente ainda ser aliada ao entendimento de Heinrich Siedentopf, também citado na obra de Fabiana de Menezes Soares, nos seguintes termos:

---

<sup>168</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 611.

<sup>169</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de Participação (Cidadania, Direito, Estado e Município)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 148.

Para Siedentopf, a participação dos cidadãos nas decisões administrativas objetiva o seguinte:

- a) racionalização das decisões administrativas através de uma informação melhor e disponível;
- b) previsibilidade do cidadão quanto ao conteúdo das decisões administrativas;
- c) vontade reforçada da ação administrativa através da publicidade e transparência;
- d) maior legitimação da decisão administrativa tomada;
- e) integração do cidadão e grupos de cidadão à decisão administrativa tocada pelo bem comum;
- f) desenvolvimento da autodeterminação e da emancipação do cidadão na sua comunidade.<sup>170</sup>

Assim, pode-se asseverar que a somatória da idéia de participação como autodeterminação do homem com os objetivos acima elencados dão o contorno preciso da importância e da alta aplicabilidade prática do princípio da participação popular na nova concepção de Administração Pública.

E é justamente o processo administrativo que se destaca neste cenário, como o instrumento de maior viabilidade técnica para operacionalizar esse novo paradigma, fortalecendo, dessa forma, o que *Klicksberg* denomina de "Estado Inteligente".<sup>171</sup>

Todavia, não se pode olvidar que existe ainda um outro princípio umbilicalmente ligado à questão da participação popular no processo administrativo, que é o Princípio do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, verifica-se a notável lição de Fabiana de Menezes Soares.

O Estado Democrático de Direito propugnado pela Constituição da República, não é uma expressão meramente formal. É muito mais do que isso, significa a sua subsunção às normas estruturais do sistema normativo constitucional: os princípios fundantes da República, as garantias e direitos fundamentais, conjugados com os reclames da vida social, porque o Direito é construção do homem e a seu serviço. O Princípio Participativo é conteúdo da expressão Estado Democrático de Direito, o único possível de **diminuir** concretamente, o abismo existente entre o sistema normativo e a realidade social e do Estado de Direito e a sociedade civil.<sup>172</sup>

O aludido "Estado Inteligente" utiliza-se, desta feita, a seu favor, dos mecanismos de participação popular para que sua gestão pública seja enleada de legitimidade e coroada de êxito perante os administrados.

Isto porque o correto manejo do Princípio da Participação Popular, bem como dos princípios e regras atinentes ao processo administrativo, dentro dos ditames do Estado

<sup>170</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. Op. Cit., p. 142/143.

<sup>171</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. Op. Cit., p. 158.

<sup>172</sup> SOARES, Fabiana de Menezes.. **Direito Administrativo de Participação (Cidadania, Direito, Estado e Município)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 157/158.

Democrático de Direito, possui o condão, até mesmo, de reverter uma situação de conflito em um confortável quadro de cooperação entre Administração Pública e sociedade.

Tal verificação se opera, pois, quando cada administrado, na qualidade de interessado em uma determinada decisão administrativa, se revela um verdadeiro agente colaborador com o poder público, na medida em que se faz ouvir, manifestando suas opções, anseios e preferências.

Para que se tenha uma primordial noção da importância referente à temática da participação popular, via processo administrativo ou não, basta contemplar os textos constitucionais de países da monta de Portugal e Espanha, que emprestam significativa valoração à questão participativa no âmbito administrativo.

Para tanto, tem-se a válida análise proferida por Fabiana de Menezes Soares, acerca das Constituições portuguesa e espanhola:

[...] O art. 9º da constituição espanhola, inspirado no art. 3º da Constituição italiana, prescreve que incumbe 'aos poderes públicos facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política'. O art. 23 assegura a participação direta dos cidadãos nos assuntos públicos [...] O art. 2º elenca como princípios da atividade pública efetivadora da autonomia, garantida às entidades locais, a máxima proximidade da gestão administrativa para com os cidadãos. A seu turno, a Constituição portuguesa dispõe no seu art. 268 que a participação é consagrada como princípio basilar da organização e da atividade administrativa.<sup>173</sup>

Neste contexto, resta sobejamente demonstrada a relevância de caráter interno e internacional conferida à participação popular, entre nós, constitucionalizada em vários momentos, ainda que de forma implícita, no corpo do texto da vigente Constituição da República Federativa do Brasil.

Cabe aqui, aproveitando o ensejo, destacar o pensamento de Sérgio Ferraz acerca da instrumentalidade do processo administrativo, tendo como destinatários os administrados, permitindo que estes façam valer seus direitos dentro da perspectiva democrática do Estado de Direito. Assim, tem-se:

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

---

<sup>173</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. . **Direito Administrativo de Participação (Cidadania, Direito, Estado e Município)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 140.

administrativo representa a verdadeira coníraface do autoritarismo. E dizer, o tema radica-se, fundamentalmente, na dramática e emocionante tensão dialética autoridade X liberdade.<sup>174</sup>

É neste sentido, pois, que princípio da participação popular e processo administrativo se unem juridicamente (e por que não dizer até mesmo politicamente - embora tal aspecto não seja objeto do estudo ora desenvolvido), cerrando fileiras para tornar cada vez mais viável a maximização das garantias conferidas aos administrados.

Tal sinergia implica em necessário dinamismo por parte da Administração Pública através da adoção desses novos mecanismos, e, lado outro, provoca uma real mudança de tratamento reciprocamente considerado, entre poder público e administrados.

Inegavelmente, ocorrerá um estreitamento dos laços ente ambos, situação até então pouco observada ou quase inexistente, gerando assim uma desejável sensação de alcance do tão almejado bem-estar social.

Neste cenário, o processo administrativo aparece como uma verdadeira ponte de ligação entre Administração Pública e administrados, vez que a lei que o regulamenta dota-o de alguns mecanismos que permitem o ingresso, motivadamente demonstrado, de pessoas físicas ou jurídicas no cerne do poder público; na qualidade de detentores de variados interesses na feitura do querer administrativo.

Porém, cabe destacar, conforme adrede mencionado, que essa possibilidade de participação no processo administrativo deve ser sobejamente demonstrada, sob pena de arquivamento do feito. Neste sentido, vale transcrever os dizeres de Carvalho Filho:

Desse modo, se o indivíduo não demonstrar sua qualidade de **interessado**, poderá a Administração levar o processo administrativo ao arquivamento, que implicitamente revelará que o pedido não foi conhecido, o que acarretaria no processo judicial a extinção do processo sem julgamento do mérito.<sup>175</sup>

Dessa forma, pode-se asseverar que o processo administrativo, com fulcro na lei que o regulamenta, bem como nos princípios constitucional-processuais que o sustentam, invoca uma noção mais "atenuada" ou mais "amenizada", por assim dizer, do próprio conceito de legitimação, que é um dos meios adotados por esse processo, como verificaremos mais adiante.

<sup>174</sup> FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo e Constituição de 1988**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n.º. 01, 1993. p. 84/87.

<sup>175</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal** (Comentários à Lei n.º. 9.784, de 29/1/1999). 2. **Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005**. p. 98.

Tal fato deriva da diferenciação principiológica e normativa (no sentido de regramento propriamente dito) que o processo administrativo, peculiariamente, guarda com o processo judicial.

A aludida constatação revela o caráter operacionalizador e facilitador do processo administrativo na inserção do princípio da participação popular em seu bojo. Essa nova perspectiva é o que constitui a fórmula basilar da democracia participativa, em detrimento do paradigma representativo, dentro de um Estado Democrático de Direito.

Esta realidade, ainda timidamente verificada em alguns governos nos tempos atuais, vem prestigiando todos os cidadãos, na qualidade de destinatários finais das decisões oriundas da Administração Pública.

Em primeiro lugar, é importante elucidar que a interconexão existente entre participação popular e processo administrativo deita raízes na vigente Constituição de 1988, através do denominado "Direito de Petição".

Ao nosso sentir, a lei que regula o processo administrativo homenageia largamente, no plano infraconstitucional, esse direito supramencionado, enquanto importante instrumento de diálogo com o poder público que é.

Devido à sua importância tanto no aspecto teórico quanto na questão da aplicabilidade prática, bem como para o completo desenvolvimento de nosso estudo, é interessante, neste ponto, proceder a uma breve investigação histórica, no que respeita ao surgimento do chamado "Direito de Petição".

Válida, assim, a lição de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari acerca da aludida figura jurídica:

Ao contrário do que habitualmente se lê, o direito de petição - isto é, o poder de requerer ou reclamar conta autoridades, perante o poder público - não nasceu na Magna Carta de 1215. Sua geratriz é o notável *Bill of Rights* inglês, de 1688 (há quem prefira remontá-lo à *Petition of Rights*, de 1628, o que, *data vênia*, descabe, eis que esse diploma é concernente a relações apenas interinstitucionais Parlamento/Coroa), aí surgindo como direito de pedir ao rei, com amplíssimo espectro (desde postulações de cunho individual até o requerimento, pelo <sup>1</sup> Parlamento, de sanção à lei ali votada).<sup>176</sup>

Em termos de constitucionalismo brasileiro, o direito de petição se mostrou em plena vigência já na Constituição do Império de 1824. Neste momento, ele

<sup>176</sup> FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo e Constituição de 1988**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n.º. 01, 1993. p. 93.

disponibilizava àqueles que o invocava tanto a possibilidade de apresentar requerimentos, quanto de exteriorizar reclamações<sup>177</sup>.

Na Constituição Republicana de 1891, a nomenclatura do aludido direito foi alterada para "*Direito de Representação*". Tal poder era exercido mediante petição, cujo paradigma foi estritamente preservado com o advento da Constituição de 1934.

Quanto à Constituição de 1937, esta propugnou pela possibilidade de exercício, ou de "Direito de Petição", ou de "Direito de Representação", estabelecendo uma verdadeira "identidade" entre as duas figuras<sup>178</sup>.

A seu turno, a Carta Magna de 1946 prestigiou a mesma redação dispensada às figuras jurídicas ora em comento pela primeira Constituição republicana, de 1891. Já a Lei Maior de 1967 fez menção aos dois direitos ("de representação" e "de petição") de forma destacada, fato que, segundo Ferraz e Dallari, ocasionou uma certa "complicação" da matéria em questão.

Assim, na vigente Constituição de 1988, a temática referente ao Direito de Petição ganhou especial relevo, notadamente em se tratando da situação de controle dos órgãos administrativos, conforme se extrai, por exemplo, dos ditames do artigo 74, § 2º de nossa atual *Lex Mater*.

Contudo, o objetivo de se fazer uma viagem por esta breve notícia história acerca do Direito de Petição não é outro senão o de demonstrar ao amigo leitor a relevância desta figura na história mundial e, notadamente, em nosso constitucionalismo pátrio.

De tal sorte que a legislação constitucional e infraconstitucional hodierna, conforme mencionado alhures, promove significativas referências a este direito, fato que guarda profunda relevância com a incidência da participação popular no âmbito do processo administrativo.

Neste esboço, vale trazer a lume o posicionamento da melhor doutrina:

Seja qual for o *nomen iuris* escolhido, o certo é que o Poder Público não pode deixar de receber e processar o pedido, só lhe cabendo denegar a postulação se carecedor de amparo legal [...] as previsões constitucionais e infraconstitucionais existentes asseguram o trâmite completo e tempestivo das petições apresentadas.<sup>179</sup>

Volvendo ao cerne da questão, no tocante à interpenetração do Princípio da Participação Popular no processo administrativo, uma vez verificada a importância do

<sup>177</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 93.

<sup>178</sup> Expressão utilizada por Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari quanto à temática ora esposada.

<sup>179</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.94.

Direito de Petição como assegurador da participação neste tipo de processo, cabe aqui mencionar outro fator responsável por essa interação, qual seja: a legitimação em sede de processo administrativo.

Analisando-se o texto da Lei 9.784/99, fica clarividente que este se refere aos administrados legitimados como sendo aqueles que, conforme exposto em linhas pretéritas, se mostram como "interessados" em uma determinada decisão administrativa.

A menção ao referido vocábulo faz chegar à conclusão segundo a qual, no plano do processo administrativo, está ocorrendo uma verdadeira ampliação do campo de pessoas que podem (e devem) utilizar-se deste instrumento técnico, tanto para assegurar a defesa e o exercício de seus direitos, quanto para agir de forma fiscalizadora, no concernente às atividades administrativas.

Destarte, há que se fazer menção, no processo administrativo, à existência de três categorias de interessados (frise-se, tão somente aqueles que titularizam o interesse juridicamente protegido pelo ordenamento) assumindo, neste particular, a qualidade de legitimados dentro do processo, a saber: a) interessados deflagradores; b) interessados supervenientes; c) entidades representativas da sociedade civil;

Em primeiro lugar, no que respeita à categoria dos "Interessados Deflagradores", tem-se que estes consistem nas pessoas físicas ou jurídicas que, eventualmente, sejam titulares de direitos ou interessados, no plano individual, em algum tipo de decisão proveniente da Administração Pública, de forma direta.

É importante ressaltar que essa categoria de administrados "interessados" detém a possibilidade de iniciar um processo administrativo. Nos dizeres do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, acerca da questão referente à legitimação dos interessados deflagradores, tem-se: "Sendo, por conseguinte, aptas a atuar regularmente no mundo jurídico, são elas, a pessoa física ou jurídica, legitimadas como interessadas no processo administrativo, desde que, é obvio, titulares de direitos".<sup>180</sup>

Já no que respeita a categoria dos chamados "Interessados Supervenientes", pode-se afirmar que são os que possuem a capacidade de ingressar em um processo administrativo depois que este já foi plenamente instaurado.

Esse agrupamento de interessados difere do anterior porque, aqui, podem existir interesses juridicamente tutelados tanto de forma direta quanto indireta. Neste sentido, vale trazer à baila as considerações de Carvalho Filho:

---

<sup>180</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei n.º 9.784, de 29/1/1999)**. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.p. 98.



A legitimação, nessa hipótese, tem por base eventual **reflexo** da decisão na esfera jurídica do indivíduo; daí os dizeres da lei de que são legitimados os que têm '**direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada**'. Na verdade, não é necessário que a decisão **afete** o direito; basta **tão-somente** que **possa** afetá-lo. Desse modo, podemos admitir que nesse **grupohaja interessados diretos e interessados indiretos**, contrariamente ao que ocorre em relação aos legitimados do inciso I [do art 9º da lei 9.784/99]: estes serão praticamente sempre interessados diretos, já que tomaram a iniciativa de deflagrar o procedimento.<sup>181</sup>

Por fim, quanto à terceira e última categoria das "Entidades Representativas da Sociedade Civil", tem-se que esta corresponde às organizações e associações representativas, com constituição perfeitamente legalizada, na defesa de direitos ou "interesses", como quer a legislação pertinente, de caráter difuso.

Neste diapasão, vale transcrever outra proveitosa lição do jurista Carvalho Filho, no concernente à temática dos direitos coletivos e difusos para fins de processo administrativo, próprios da categoria ora em comento:

Os direitos coletivos e difusos constituem o que alguns estudiosos denominam de **direitos de terceira** geração. São direitos em que não se considera o indivíduo em si e que, por isso, se encontram em posição diametralmente inversa àquela em que se situam os direitos individuais. São, pois, **direitos transindividuais** ou '**metaindividuais**. A titularidade de tais direitos pertence a grupos da sociedade civil. São eles indivisíveis, na medida em que não é possível dimensionar o alcance do benefício jurídico atribuído a cada um dos integrantes do grupo, e não é difícil perceber que essa é a efetiva razão pela qual devem ser tratados como grupo, abstraindo-se daqueles que o compõem.<sup>182</sup>

Ainda com relação aos direitos coletivos, é relevante aduzir que, mesmo que os egrantes do grupo sejam plenamente determináveis, há que se considerar a existência dessejpo, na qualidade de detentores de direitos ou interesses perante a Administração Pública.

Tal noção prestigia, pois, o exercício desses direitos e a verificação de eventuais teresses, conforme observado, em ambas as situações, quais sejam, na possibilidade de se iterminar, ou não, qual a coletividade envolvida.

Tudo isso révela a amplitude do processo administrativo no tocante à questão da jgitimação, bem como do exercício do "Direito de Petição", homenageando e fazendo umprir este que é um dos mais importantes comandos constitucionais em vigência na itualidade.

<sup>181</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., p. 100.

<sup>182</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei n.º 9.784, de 29/1/1999)**. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 102.

Esta conexão existente entre esses dois instrumentos, previstos, de um lado, no âmago de nossa Lei Maior e, doutra banda, na legislação regulamentadora, é o que credencia a participação popular, principalmente enquanto norma jurídica principiológica que é, a adentrar, com descomunal autoridade, no bojo do processo administrativo; elevando no último grau o interesse de cada administrado e o interesse público na busca do bem comum da coletividade, verdadeira aspiração e razão de ser do próprio Estado.

Cabe aqui, pois, trazer a lume os preciosos dizeres do jurista português Pedro Machete, asseverando que:

[...] o objectivo comum de uma decisão materialmente correcta tem de traduzir-se na descoberta do bem comum (*Gemeinwohlfindung*) e, por isso e na medida em que todos os procedimentos públicos constituem determinações do bem comum, também a participação procedimental dos particulares significa colaboração na determinação do bem comum. O reconhecimento da participação constitui, deste modo, expressão e consequência da verificação de que o 'público', o 'bem público', o 'interesse público', a vinculação ao bem comum e a determinação do bem comum, como problema central de toda sociedade estadual, (já) não são apenas uma questão exclusiva do Estado, mas sim uma missão (pública) dos cidadãos e dos grupos de cidadãos [...].<sup>183</sup>

A título de **(Complemento)**, é interessante trazer à colação parte do voto exarado pelo Ministro Franciulli Netto no RESP 212346/RJ<sup>184</sup>, ocasião em que disserta sobre a relação existente entre Estado e direitos fundamentais, e, citando o jurista Ives Gandra, destaca o ser humano como única razão para a existência da figura do Estado.

Tal análise serve perfeitamente, pois, para a ilustração do estudo ora posto em voga, nos seguintes termos:

[...] Destarte, defronte de um direito fundamental, cai por terra qualquer outra justificativa de natureza técnica ou burocrática do Poder Público, uma vez que, segundo os ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins, 'o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo'.<sup>185</sup>

Nesta esteira, existe ainda a tormentosa questão dizente a como fidelizar cada administrado, conscientizando-o de seu papel e tornando plenamente viável o comprometimento deste perante o grupo social e a própria Administração Pública, para que

<sup>183</sup> MACHETE, Pedro. **A audiência dos interessados no procedimento administrativo**. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1996.p. 95/96.

<sup>184</sup> DJ 04/02/2002, p. 321.

<sup>185</sup> Lei Positiva e Lei Natural.Caderno deDireitoNatural, n°. 1, Centro de Estudos Jurídicos doPará, 1985. p. 27.

se tenha a real efetivação, em termos práticos, dos diretos e interesses daqueles perante o Poder Público.

Tudo isso, frise-se, através do Princípio da Participação Popular e do processo administrativo, na qualidade de instrumentos jurídicos concretizadores de tal fim.

Esta questão encontra guarida na área da Psicologia Organizacional, à qual nos socorremos, para fazer menção à chamada "Teoria das Relações Humanas"; decorrência evolutiva da Escola da Administração Científica, iniciada no começo do século XX pelo engenheiro americano Frederick Winslow Taylor.

Vale ressaltar, porém, que não faz parte do presente estudo a análise da obra de Taylor, mas apenas e tão somente a verificação da supramencionada teoria, que propiciou, inclusive, a formação de toda principiologia basilar da Escola das Relações Humanas.

Com isso, que fique bastante claro, nosso objetivo primordial é analisar a realidade da participação popular dos grupos de administrados, ou estes de forma individual, no processo administrativo, utilizando-se de recursos interdisciplinares para o cumprimento de tal intento.

Assim, após realizadas algumas experiências em ambiente laborai, os estudiosos do tema, a exemplo de Hawthorne<sup>186</sup>, constataram a existência de uma verdadeira "organização informal", construída por grupos informais (organização humana da empresa) paralela à estrutura formal estabelecida na época.

No bojo destes grupos, o que se prestigiava era, na verdade, a constante interação social, a questão do apoio do grupo disponibilizado ao indivíduo, a importância dos aspectos emocionais, dentre outras perspectivas de ordem humanística.

Neste contexto, surge, pois, uma nova realidade fática, profundamente passível de experimentação cotidiana por cada ser humano integrante do corpo social. Dessa forma\*, observa-se o pensamento de Chiavenato:

As relações humanas são as ações e as atitudes desenvolvidas a partir dos contatos entre pessoas e grupos. Cada pessoa possui uma personalidade própria e diferenciada que influi no comportamento e nas atitudes das outras com quem mantém contatos e é, por outro lado, igualmente influenciada pelas outras. As pessoas procuram ajustar-se às demais pessoas e grupos: querem ser compreendidas, aceitas e participar, no intuito de atender a seus interesses e

---

<sup>186</sup> CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

aspirações pessoais. O comportamento humano é influenciado pelas atitudes e normas informais existentes nos grupos dos quais participa.<sup>187</sup>

Mais adiante, o supracitado autor, apegando-se a uma perspectiva "Neoclássica" da Administração, que preconiza a busca de resultados concretos e palpáveis, exterioriza os seguintes dizeres:

Para os neoclássicos, a "Administração consiste em orientar, dirigir e controlar os esforços de um grupo de indivíduos para um objetivo comum. E o bom administrador é, naturalmente, aquele que possibilita ao grupo alcançar seus objetivos com o mínimo de dispêndio de recursos e de esforço e com menos atritos com outras atividades úteis" [...] O ser humano cada vez mais necessita cooperar com outras pessoas para atingir seus objetivos.<sup>188</sup>

Desta feita, diante desse novo quadro apresentado na realidade fática de qualquer atividade administrativa, inclusive no setor público, alcança-se a questão da reciprocidade (norma de reciprocidade) que deve existir entre o indivíduo e qualquer tipo de organização, estabelecendo-se o chamado "Contrato Psicológico".

É importante salientar que Chiavenato profere esta análise, conforme mencionado alhures, dentro de um cenário empresarial; porém, tal perspectiva pode se verificar da mesma forma no âmbito da Administração Pública, onde a atividade do administrador público, para que seja coroada de êxito, deve, certamente, experimentar condutas desta ordem.

Neste espeque, tem-se:

O **contrato psicológico** refere-se à expectativa recíproca do indivíduo e da organização estender-se muito além de qualquer contrato formal de emprego que estabeleça o trabalho a ser realizado e a recompensa a ser recebida [...] Cada pessoa, no fundo, representa seus próprios contratos que regem tanto as relações interpessoais, como os relacionamentos que esta mantém consigo mesma (relações intrapessoais) [...] Todo sistema social pode ser encarado em termos de grupos de pessoas, ocupadas com o intercâmbio de seus recursos com base em certas expectativas. Esses recursos são constantemente permutados e, sem dúvida, não se limitam apenas a recursos materiais, pois abrangem idéias, sentimentos, habilidades e valores.<sup>189</sup>

Volvendo ao cerne de nosso estudo e transportando os escritos acima elucidados para a seara da Administração Pública democrática, pode-se asseverar que o real

<sup>187</sup> CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

<sup>188</sup> CHIAVENATO, Idalberto. Op. cit., p. 153-154.

<sup>189</sup> CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004. p. 94-96.

comprometimento dos administrados na participação das decisões administrativas se dará somente com o estabelecimento de um verdadeiro pacto psicológico entre estes e a própria Administração.

Isto porque cada administrado, seja individualmente, seja coletivamente considerado, deve se sentir parte da Administração Pública, mesmo porque eles estão inseridos dentro de uma "organização informal" e, indubitavelmente, desejam, diuturnamente, ser notados, compreendidos e satisfeitos em suas necessidades.

Lado outro, no tocante à Administração Pública, esta deve proporcionar àqueles uma interação social e jurídica de tal forma que os administrados se sintam valorizados, beneficiados e prestigiados em todos os aspectos da questão em voga, procurando-se entender, inclusive, suas necessidades enquanto pessoas humanas, no momento em que se verificar a participação.

Certamente, tudo isso contribuirá para o fechamento de um ciclo em que todos ganham: os administrados, com a realização prática de seus direitos e interesses, e a Administração Pública, com o cumprimento de sua eterna missão, que é canalizar todos os esforços possíveis e instrumentos existentes visando atingir o objetivo único do bem-estar de cada indivíduo ou coletividade à qual esteja juridicamente vinculada.

Enfim, após todo o exposto, pode-se inegavelmente afirmar que o Princípio da Participação Popular é um importantíssimo instrumento jurídico constante no cerne do ordenamento brasileiro.

Neste diapasão, tem-se que ele é o verdadeiro responsável pela integração, humanização e estreitamento dos laços entre Administração Pública e administrados, inclusive, com a prerrogativa de promover o exercício da cidadania.

Esta posição leva-o a ser consubstancialmente aplicado dentro do processo administrativo, sendo, para tanto, expressamente recepcionado pelo texto da lei que regulamenta o aludido processo; o que lhe confere, ainda mais, uma real e efetiva legitimidade na questão de sua aplicação e realização prática.

Para arrematar, tem-se que o processo administrativo, a seu turno, dispondo de mecanismos dados pela própria legislação constitucional e infraconstitucional, e na qualidade de primordial instrumento operacionalizador de normas jurídicas principiológicas, estabelece forte vínculo com o referido princípio, na busca incessante de uma feitura do querer administrativo cada vez mais incrustado nos reais anseios e necessidades de todos os cidadãos.

Portanto, chegamos, pois, a uma inarredável constatação: a adoção e, principalmente, a aplicação do Princípio da Participação Popular no Processo Administrativo vem ao encontro, primeiramente, da efetivação do Princípio do Estado Democrático de Direito no ordenamento jurídico brasileiro; e, em um segundo momento, ao propiciar a inserção dos administrados nos trabalhos da Administração Pública, tem o condão de provocar uma verdadeira evolução na formação cultural da sociedade, estreitando os laços entre ambos e, acima de tudo, valorizando o ser humano em toda sua plenitude.

### 3.4 A QUESTÃO DA PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA COMO GARANTIA DA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PLANO DA EFICÁCIA

A Constituição Republicana de 1988, analítica por essência, assegura aos cidadãos brasileiros, tanto a existência de direitos fundamentais inerentes a todos os sujeitos de direito, assim juridicamente considerados, quanto a garantia à formação de um contraditório livre de quaisquer máculas, bem como uma ampla defesa nesse mesmo contexto; extensivo também à seara administrativa. Nesse sentido, procedendo a um corte jurisprudencial contemporâneo, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, manifestando-se acerca da abrangência da cláusula constitucional do *dueprocessoflaw*, exarou o seguinte entendimento, em sede de decisão monocrática:

“Abrangência da cláusula constitucional do *dueprocessoflaw*, que compreende, entre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova. O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa. Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do *dueprocessoflaw* a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da pública administração”<sup>190</sup>

<sup>190</sup> STF. RMS 28.517, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º-8-2011, DJe de 4-8-2011.

No campo específico do processo administrativo tributário, o atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Joaquim Barbosa, também se manifestou jurisprudencialmente na mesma linha. Senão, vejamos:

“Os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se plenamente à constituição do crédito tributário em desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo, irrelevante sua nomenclatura legal (contribuintes, responsáveis, substitutos, devedores solidários etc). Porém, no caso em exame, houve oportunidade de impugnação integral da constituição do crédito tributário, não obstante os lapsos de linguagem da autoridade fiscal”<sup>191</sup>

No âmbito da mais alta Corte Constitucional brasileira, essa é, portanto, a orientação hermenêutica, o ponto de vista jurídico relacionado ao devido processo legal administrativo. A questão da processualidade administrativa, neste viés, além de se mostrar uma realidade altamente perceptível na jurisprudência brasileira, está intimamente vinculada ao respeito de direitos dos administrados no cotidiano da máquina pública dentro da complexidade temática afeta à gestão pública hodierna.

Historicamente, a ideia de processualidade também afeta à função administrativa começa a ser desenhada no final da década de vinte, com uma gradual evolução em termos de difusão nos anos setenta e oitenta. É, pois, nessa perspectiva, as lições da Professora Odete Medauar, *verbis*:

“[...] a partir do final dos anos 20, entre os administrativistas, e dos anos 40, entre os processualistas, começa a despontar o entendimento no sentido da aceitação de uma processualidade ligada ao exercício dos três principais poderes estatais. Às manifestações episódicas deste período seguiu-se, nas décadas de 50 e 60, um aumento expressivo dos estudos a respeito, culminando, nos anos 70 e 80, numa convergência de processualistas e administrativistas em torno da afirmação do esquema processual relativo aos poderes estatais, sobretudo. Essa postura denota evolução nas concepções de processualistas e administrativistas, tendo como ponto referencial comum os dados do contexto sócio-político das últimas décadas deste século e a busca de novas chaves metodológicas, adequadas a esse contexto e ao melhor exercício dos poderes estatais que o Direito processual e o Direito administrativo disciplinam”<sup>192</sup>

A aludida doutrinadora ainda menciona as razões pelas quais a ideia de processualidade, também na seara pública administrativa, começou a ganhar corpo na órbita social, a saber:

“Por seu lado, a doutrina administrativista passou a se preocupar com a processualidade, movida certamente por alguns dados nucleares. A

<sup>191</sup> STF. RE 608.426-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 4-10-2011, Segunda Turma, DJe de 24-10-2011.

<sup>192</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 15.

progressiva aproximação entre Administração e administrado, reflexo do menor distanciamento entre Estado e sociedade, levou à necessidade de tornar conhecidos os modos de atuação administrativa e de propiciar ocasiões para que o cidadão se faça ouvir. Por outro lado, o aumento da ingerência estatal teve como contrapartida o cuidado na fixação de parâmetros para a atividade administrativa, em especial a discricionária. Além do mais, despertou-se a atenção para o aspecto das garantias prévias a serem propiciadas aos cidadãos nas atuações administrativas, daí a tônica sobre os momentos que antecedem a edição dos atos administrativos<sup>193</sup>

E assim, a novel realidade de interconexão entre Direito Processual e Direito Administrativo começou a ser implementada no ordenamento jurídico nacional com o claro intuito, por parte dos estudiosos de ambas essas ciências autônomas, de conferir uma maior legitimidade também aos atos administrativos exarados por agentes públicos perante o próprio sistema jurídico, além, por óbvio, do necessário reconhecimento e incidência do princípio da legalidade preconizado constitucionalmente<sup>194</sup>.

Dessa forma, a processualidade administrativa vem, diuturnamente, se consolidando no cenário jurídico-constitucional, mormente em situações fáticas que rendem ensejo a aplicações de sanções ou imposição de penalidades na órbita extrajudicial.

A essa altura do texto dissertativo em análise, o amigo leitor já percebeu nossa linha metodológica com relação à temática enfrentada: seguimos a ideia, a orientação hermenêutica da “*processualidade ampla*”, como quer a Professora Odete Medauar<sup>195</sup>, porquanto trata-se de um fenômeno concreto presente em todos os Poderes. Vale, nesse ponto, fazer alusão aos ensinamentos da mencionada Catedrática quanto à questão da processualidade enquanto fenômeno dinâmico, *verbis*:

“A processualidade exprime o 'vir a ser' de um fenômeno, o momento em que algo está se realizando. No âmbito do Direito, quando existe esse período de dinâmica, em que atuações evoluem, sobressai uma situação dinâmica e, portanto, uma situação de vínculos processuais. A processualidade denota, assim, o aspecto dinâmico de um fenômeno que vai se concretizando em muitos pontos no tempo. [...] A figura do processo é distinta da figura do ato, mas não pode dele separar-se totalmente”<sup>196</sup>

<sup>193</sup> MEDAUAR, Odete. Op. Cit., p. 16.

<sup>194</sup> Vale aqui mencionar que a Professora Medauar aduz em sua clássica obra, acerca da processualidade administrativa, que o jurista Themistocles Brandão Cavalcanti, já no ano de 1938, portanto ainda na década de trinta, procedia a estudos dedicados à investigação científica relacionada à identidade entre processo administrativo e processo judicial, cuja finalidade não era outra senão bem aplicar os princípios de justiça em contexto de equilíbrio jurídico efetivamente conservado.

<sup>195</sup> Destaca-se as lições da Professora Odete Medauar, para quem “a despeito do difundido uso do termo 'procedimento' no âmbito da atividade administrativa, mais adequada se mostra a expressão 'processo administrativo'”. (MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 41)

<sup>196</sup> MEDAUAR, Odete. Op. Cit., p. 24/26.



Essa é, portanto, a essência da processualidade administrativo em seu viés mais amplo, qualificada como processo. Terminologicamente, é importante que se diga, a vigente Constituição Republicana brasileira positiva, em mais de uma oportunidade, a expressão “processo administrativo”, a exemplo do que normatizam os incisos LV e LXXII, *alínea “b”*, ambos do art. 5º, bem assim o inciso XXI do artigo 37 e o § 1º do artigo 41<sup>197</sup>.

Nesse contexto, é importante que sejam abordadas no tópico em apreço algumas das principais finalidades que a processualidade administrativa traz consigo na perspectiva da legitimação dos atos administrativos e, via de consequência, dos direitos dos cidadãos. Sobretudo pela função garantista atribuível ao processo no âmbito extrajudicial, é que a Professora Medauar lança as seguintes considerações:

“Atribui-se ao processo administrativo a condição de 'primeiro círculo' de garantia das posições jurídicas do administrado, enquanto supõe que a atividade administrativa tem de canalizar-se obrigatoriamente por parâmetros determinados, como requisito mínimo para ser qualificada de legítima. No esquema processual o cidadão não encontra ante si uma Administração livre, e sim uma Administração disciplinada na sua atuação”<sup>198</sup>

Seguindo, portanto, o entendimento da processualidade administrativa ampla, o estudioso tem condições de vislumbrar, cientificamente, uma série de atributos inerentes à ideia de processo no desempenho da função administrativa diretamente responsáveis pelo sucesso na entrega, pelo Poder Público, dos direitos dos cidadãos<sup>10</sup>.

Além do aspecto garantista do qual se reveste o processo administrativo, os mencionados atributos, dentre outros, encerram-se em melhor conteúdo das decisões administrativas, uma maior eficácia das mesmas, bem como facilita a aproximação entre Administração e cidadãos, legitimando o Poder Estatal em uma perspectiva de aceitação e cumprimento dos comandos exarados pela Administração Pública.

Cabe aqui ressaltar alguns trechos da obra de Medauar a respeito dessa nova ótica afeta ao desempenho da função administrativa dentro da perspectiva processual:

<sup>197</sup> Art. 5º, inciso LV – aos litigantes, em *processo* judicial ou *administrativo*, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; Art. 5º, inciso LXXII, alínea “b” - conceder-se-á habeas data [...] b) para retificação de dados quando não se prefira fazê-lo por *processo* sigiloso judicial ou *administrativo*; Art. 37, inciso XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante *processo de licitação pública*; Art. 41, § 1º – o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante *processo administrativo* em que lhe seja assegurada ampla defesa (grifos nossos). É importante que se mencione, ainda, o fato de que a própria Lei Federal que regulamenta a matéria (Lei nº 9.784/99) traz em sua ementa a disposição sobre o “*processo administrativo*”, o que demonstra a coerência observada com o próprio texto constitucional pelo legislador infraconstitucional federal.

<sup>198</sup> MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 62/63.

“No processo administrativo, os interessados são ouvidos, apresentam argumentos e provas, oferecem informações. Contribuem, portanto, para a determinação do fato ou da situação, objeto do processo”<sup>199</sup>

“A decisão resultante do processo administrativo, embora imputada a uma autoridade, decorreu da realização de vários atos, para os quais colaboraram interessados. [...] Por isso, a decisão é mais suscetível de aceitação e de cumprimento, do que outra, oriunda, praticamente do nada e que se pretende impor aos indivíduos”<sup>200</sup>

“O processo administrativo estende as superfícies de contato entre sujeito público e sujeito privado, instrumentalizando, assim, as exigências pluralistas do contexto sócio-político do fim do século XX e a demanda da democracia na atuação administrativa”<sup>201</sup>.

“O processo instituído implica organização racional da edição de muitos atos administrativos. Sistematizam-se, desse modo, várias atividades. Sob o ângulo da Administração, representa meio de simplificar práticas, pois não se pode pedir a cada servidor que reinvente, a cada questão que surge, todas as medidas que devam ser adotadas. Para o administrado, permite o conhecimento do modo de exercício da função administrativa [...] Conhecendo o modo pelo qual se desempenha a função, o administrado (indivíduo ou grupos) detém melhores condições para pleitear o reconhecimento de seus direitos”<sup>202</sup>

Não obstante, a doutrina administrativista contemporânea, a exemplo do Direito Português, também tem prestigiado a noção de “*procedimento administrativo*” na designação terminológica do aludido fenômeno dinâmico responsável pela formação da vontade administrativa quando do desempenho dessa função. É sobre o que dissertaremos a seguir a título de contraponto com a linha metodológica ora proposta.

Nesse diapasão, os ensinamentos da autora Luísa Cristina Pinto e Netto:

“A atividade administrativa não se desenvolve sempre por caminhos repletos de complexidade e marcados inexoravelmente pelo contraditório com a participação dos sujeitos interessados em simetria de posições subjetivas. Este enquadramento pode servir para uma grande extensão administrativa, mas deixa de fora procedimentos sem complexidade e procedimentos internos. [...] Desse modo, apesar de a expressão consagrada no Brasil ser 'processo administrativo', parece que a opção disseminada em diversos

<sup>199</sup> Cumpre aqui mencionar interessante análise da Professora Odete Medauar com relação a esse ponto. Em seu entendimento, com o qual, aliás, concordamos, “diferentemente do pensamento que associa justiça, de modo exclusivo, ao Poder Judiciário, coloca-se um postura que atribui também à Administração uma tarefa de justiça. Tal postura importa em mudança das condutas administrativas inertes ou negligentes, movidas por má-fé ou não, no atendimento de direitos (muitas vezes cristalinos) de cidadãos ou funcionários. Muito comuns se tornaram frases e comentários, em tom de jactância, do seguinte teor: 'Se acha que tem direitos, vá procurá-los no Judiciário', como se a função administrativa pudesse permanecer alheia a direitos dos indivíduos, como se fosse meritório deixar de reconhecer direito de alguém”. (MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 66/67).

<sup>200</sup> MEDAUAR, Odete. Op. Cit., p. 64/65.

<sup>201</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 67/68.

<sup>202</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 68.

países da Europa – não por esta razão, mas pelo que restou dito – afigura-se mais coerente e conveniente [procedimento administrativo], por uma série de razões que se deixaram antever”<sup>203</sup>.

Todavia, embora o referido entendimento europeu esteja calcado em padrões científicos metodológicos legítimos e aceitáveis, fato é que, conforme demonstrado no início do presente tópico, a própria hermenêutica jurídica brasileira, consubstanciada na aplicação prática de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, ressaltam a necessidade de observância (e aplicação direta) do *dueprocessoflaw* também na seara da função administrativa.

É nessa tônica que deve ser analisada a ação administrativa, considerada em seu aspecto macro e não de forma pontual ou isolada. Nesse sentido, o próprio jurista português, Professor José Manuel Sérvulo Correia, reconhece que a processualização (procedimentalização em seu entendimento) da função pública administrativa constitui importante marco evolutivo da ciência jurídico-administrativa do último século, a saber:

Um dos traços marcantes da evolução do Direito Público nas últimas décadas é a procedimentalização do exercício da função administrativa. Embora com ritmos diversos consoante as culturas e as ordens jurídicas nacionais, o procedimento administrativo afirmou-se como um dos institutos centrais do Direito Administrativo<sup>204</sup>

Toda essa projeção, este cenário hodierno, revela um campo fértil, um terreno propício para que os direitos dos administrados sejam observados e respeitados na prática. Com espreque, pois, nas ideias de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos em geral o doutrinador Marcos Bernardes de Mello lança os seguintes apontamentos:

O **ato inexistente** corresponde a atitude de resposta do órgão decisor em face de uma mensagem que ele rejeita como mensagem, ou seja, desconfirma sua natureza de mensagem. O **ato nulo** corresponde àquele em que o decisor reconhece tratar-se de uma mensagem, mas recusa-se a aceitar o conteúdo. O **ato ineficaz** é aceito como mensagem e conteúdo, mas os efeitos são deliberadamente suspensos pela autoridade decorosa<sup>205</sup>. (grifos como no original)

Portanto, o prestígio da ideia de devido processo legal/processualidade também no âmbito administrativo, além de ter se tornado um instituto de excelência na órbita do direito administrativo contemporâneo, consiste no instrumento que dota os atos administrativos, de uma forma geral, de um grau de eficácia capaz de gerar efeitos práticos,

<sup>203</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 58-59.

<sup>204</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 13.

<sup>205</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 175/176.

concretos e perceptíveis, considerando os direitos dos cidadãos que, diuturnamente, travam relações jurídicas com o Poder Público.

## CONCLUSÕES

Após o desenvolvimento de todo o estudo esposado ao longo do presente trabalho, faz-se necessário trazer à baila as seguintes conclusões.

O movimento Pós-Positivista foi o grande responsável pela elevação do grau de normatividade dos princípios, vez que, em períodos anteriores (fases Jusnaturalista e Juspositivista), tais comandos ficavam adstritos somente a um campo abstrato, com função meramente subsidiária e limitados a garantir a aplicação suprema do texto legal.

A doutrina constitucionalista mundial, a partir do estudo desta nova concepção referente às normas principiológicas nos ordenamentos jurídicos, mais precisamente nas últimas décadas do século XX, inicia um trabalho de afirmação da verdadeira juridicidade dos princípios.

Tal realidade culminou, inclusive, na influência dos textos das Constituições promulgadas neste cenário, acentuando, pois, toda a carga normativa e axiológica dessas normas jurídicas em comento.

O modelo proposto pela chamada "Democracia Representativa", que já não consegue se sustentar inteiramente no contexto social contemporâneo, vem cedendo espaço para outra modalidade consubstanciada na chamada "Democracia Participativa".

Esta, a seu turno, defende a participação direta dos administrados no âmbito da Administração Pública, fazendo com que o Poder Público identifique as reais necessidades de toda população, legitimando, assim, suas ações perante esta. Surge, então, a figura jurídica do Princípio da Participação Popular, prestigiado, de forma implícita, pelo vigente texto da Carta Magna de 1988.

Neste contexto, o processo administrativo apresenta-se como a ferramenta operacional que realizará, no plano fático, as aspirações dos administrados, com relação aos trabalhos desenvolvidos pela Administração em variados setores, segundo a regência de cada interesse envolvido.

Assim, tal perspectiva gerará o nascimento, na consciência de cada administrado, bem como no íntimo dos próprios agentes que movimentam a máquina estatal, de um moderno paradigma de gestão pública, que prima pela forma cooperada de trabalho entre governo e sociedade, estabelecendo-se entre ambos, até mesmo, um vínculo psicológico que proporcionará o satisfatório envolvimento e comprometimento de todos com esse sistema.

Neste diapasão, a legislação constitucional, infraconstitucional bem como os institutos de participação popular previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro, dão a exata medida da verdadeira relevância desta temática em nosso regramento.

Com efeito, o cidadão brasileiro não tem conhecimento acerca da plena vigência (e sobretudo do conteúdo) da legislação atinente ao processo administrativo nas três esferas da federação. Cumpre pontuar, *in casu*, a existência da Lei que regula o processo administrativo no âmbito federal (Lei 9.784/99), no âmbito do Estado de Minas Gerais (Lei 14.184/02) e no âmbito do Município de Uberlândia (Lei 8.814/04), sendo estes os prioritários campos de pesquisa.

A cada cidadão é disponibilizada, neste desenho, uma estrutura jurídica real com orientações acerca da deflagração de um processo administrativo para que sejam ali tratados variados assuntos de seu pessoal interesse, bem como a forma (princípio do formalismo moderado) de todos os atos respectivos, existência de prazos em cada fase alcançada durante o *iter* processual, e, após a prolatação da decisão pela autoridade administrativa competente, a possibilidade de reexame da questão pela autoridade hierarquicamente superior (fase recursal).

O mencionado desconhecimento culmina em ações que desconsideram o *status* e a força constitucional afetos aos direitos fundamentais sociais, a par da existência do devido processo legal administrativo consoante acima mencionado, da garantia principiológica constitucional da celeridade processual no âmbito da Administração Pública (artigo 5º, inciso LXXVIII) e de toda legislação infraconstitucional administrativa criada para imprimir um grau mínimo de eficácia às **prestações positivas obrigacionais** insculpidas no artigo 6º da Constituição republicana de 1988. Esta é a hipótese confirmada da investigação científica em tela.

Dessa forma, o Princípio da Participação Popular, ao se achar incrustado, de forma visceral, no interior de um processo administrativo, certamente, há de estabelecer o liame necessário entre a estrutura jurídica brasileira existente na atualidade, e a urgente solidificação de um novo modelo de gestão pública, perpetrando no tempo a tão almejada sensação de bem-estar destinada à sociedade hodierna.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano da Siva. **Do Processo de Consulta, em novo Processo Tributário**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações Administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática**. São Paulo: QuartierLatin, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL..ADI n°. 490/AM, ADI n°. 123/SC, ADI n°. 640/MG.

\_\_\_\_\_. STF. RMS 28.517, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º-8-2011, DJe de 4-8-2011.

\_\_\_\_\_. STF. RE 608.426-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 4-10-2011, Segunda Turma, DJe de 24-10-2011

\_\_\_\_\_. **VadeMecum Saraiva**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17.ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei n°. 9.784, de 29/1/1999)**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004.

COSTA, Nelson Nery. **Processo Administrativo e suas espécies**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DÓRIA, A. de Sampaio. **Princípios Constitucionais**. São Paulo: São Paulo Editora, 1926.

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

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo e Constituição de 1988**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n°. 01, 1993.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Pela BBR 14,724 e atual. Pela ABNT 30.12.05. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do Estado**. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEITE, George Salomão (org ). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Temas de Direito Tributário II**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MACHETE, Pedro. **A audiência dos interessados no procedimento administrativo**. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1996.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993,

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MELO, Luiz Carlos Figueira de. **Novos Paradigmas da Processualidade Administrativa no Brasil**. 2002. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte – MG.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001,

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela Cautelar no Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.



MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, EgonBockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política: legislativa, administrativa, judicial**. Rio de Janeiro: Renovar. 1992.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Tradução: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

NETTO. Luísa Cristina Pinto e. **Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

QUEIROZ, C. **Direitos Fundamentais sociais- Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra,

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009,.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Direito Administrativo de Participação (Cidadania, Direito, Estado e Município)**. Belo Horizonte. Del Rey, 1997.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais